

GUILLERMO F.
MARGADANT S.

DERECHO
ROMANO

WILLERMO FLORIS MARGADANT S.

ABOGADO

CONSEJO DE LA ABOGACIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

EL DERECHO PRIVADO ROMANO

COMO INTRODUCCION A LA CULTURA

JURIDICA CONTEMPORANEA

"Por su propia naturaleza, la ocupación con el derecho se expone a un doble peligro: el de evaporarse, mediante teorías, hacia las elevadas abstracciones de un pretendido derecho natural, o el de degenerar, mediante la práctica, en una técnica banal, insatisfactoria. Contra ambos peligros el derecho romano, utilizándolo bien, ofrece un remedio seguro. Nos fija sobre el firme suelo de una existencia real y liga nuestro pensamiento jurídico, por una parte a un magnífico pasado, por otra al derecho de otros países contemporáneos, con los cuales conservamos así una comunicación que para ambas partes resulta igualmente benéfica." SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*, prefacio al tomo VII.

TERCERA EDICION

1908

EMPRESA EDITORIAL S.A. DE LA PLAZA

BOGOTÁ

1908

108

GUILLERMO FLORIS MARGADANT S.

DOCTOR EN DERECHO

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DERECHO PRIVADO ROMANO

COMO INTRODUCCION A LA CULTURA
JURIDICA CONTEMPORANEA

*

VIGÉSIMA TERCERA EDICIÓN

Corregida y aumentada

*



EDITORIAL ESFINGE, S.A. DE C.V.

Esfuerzo 18-A

Naucalpan Edo. de México.

1998

Primera edición: 1960

Vigésima tercera edición: 1998

DERECHOS RESERVADOS

©

Editorial Esfinge S.A. de C.V.

Calle Esfuerzo No. 18-A

Naucalpan, Estado de México.

La presentación, disposición y demás características de esta obra son propiedad de Editorial Esfinge, S.A. de C.V.

Prohibida la reproducción o transmisión total o parcial, mediante cualquier sistema o método electrónico o mecánico de recuperación y almacenamiento de información, sin autorización escrita del editor.

ISBN 970-647-180-4

IMPRESO EN MÉXICO

PRINTED IN MEXICO

PREFACIO A LA PRIMERA EDICION

Por regla general, nadie lee los prólogos: *praefationes non leguntur*. Es una lástima, porque el lector hubiera encontrado, en estas primeras páginas, algunas indicaciones que quizá le habrían servido de algo.

Todo romanista ha tenido, en los principios de su carrera, la vaga esperanza de escribir algún día un libro de texto "completo", "definitivo": una *Summa iuris romani*. Pero, muy pronto, con el transcurso del tiempo, se da cuenta de lo ilusorio de este propósito. El derecho romano —por desarrollarse desde sus orígenes arcaicos hasta el período clásico y, luego, a través de la etapa "vulgarista", justinianea y medieval, hasta el *Usus modernus Pandectarum*, la pandectística alemana y el neohumanismo —aparece como un mar insondable, en que alternan temas de cultura jurídica general, especialidades para paladares refinados y elementos de mero interés histórico. Por tanto, un libro de texto sólo puede presentar una selección.

Esta, sin embargo, debe responder a los siguientes requisitos:

- a) Ofrecer un punto de partida, para que el alumno que se interesa en estos estudios pueda comenzar a leer obras romanísticas por cuenta propia.
- b) Acentuar los temas que tengan alguna relación con los problemas jurídicos modernos, principio violado a menudo por los neohumanistas.
- c) Aunque se subrayen especialmente los aspectos dogmáticos, no descuidar totalmente la perspectiva histórica —pecado cometido frecuentemente por los pandectistas del siglo XIX—, sin que se llegue a fastidiar a los alumnos con meras antiguallas, carentes de interés sociológico o dogmático, con "los desperdicios, las virutas que vuelan por el taller de la historia, cuando ésta trabaja".¹

Por tanto, no queremos pura dogmática —como los pandectistas—, ni tampoco pura historia jurídica. Buscamos un equilibrio entre ambos aspectos, tratando de animar la exposición mediante consideraciones sociológicas, opiniones críticas sobre las soluciones antiguas, y la explicación de las relaciones que existen entre el derecho romano y el derecho moderno, mexicano y comparado.

He intentado ajustar este libro de texto a las necesidades de la enseñanza jurídica de América Latina, especialmente de México, por medio de una constante referencia a problemas contemporáneos de la vida jurídica de esta parte del continente, teniendo en cuenta que el alumno medio de nuestras Facultades no tiene muy extensos conocimientos de historia antigua y de latín. En cuanto a esta última circunstancia, no ha sido mi propósito evitar las

¹ JHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, 8ª edición, I. 69. De ahora en adelante, cuando citamos como título: *Espíritu*, nos referimos a esta obra.

frases latinas, ya que abundan en la literatura dogmática moderna y es conveniente que nuestros juristas vean las más famosas sentencias en su forma original para que posteriormente las reconozcan en sus lecturas. Tampoco he querido correr el riesgo de ofender al lector añadiendo siempre las traducciones de estas frases; sólo cuando el latín se aparta mucho del español, he decidido prestar una ligera ayuda al respecto.

No sólo he tratado de aumentar la eficacia de la enseñanza romanista, sino que he intentado hacerla más fácilmente digerible. Nunca he creído que un estilo fosco sea garantía del nivel científico de una obra. Me he permitido, además, aprovechar didácticamente los diversos aspectos pintorescos y plásticos de nuestra especialidad. ¿Cómo podría ser aburrida una materia ligada a un casuismo tan estimulante para la fantasía del alumno? La impopularidad del derecho romano en nuestras Facultades es fruto de una deficiencia en la enseñanza, que debemos tratar de vencer.

Sin embargo, no es tarea del catedrático la de transportar a sus alumnos en cómodas butacas hacia la cúspide del Parnaso. Si, por una parte, debemos tratar de hacer la enseñanza romanista más atractiva, por otra debemos hacerla más profunda, relacionándola con los grandes temas de la dogmática jurídica moderna, sembrando dudas intelectuales en los discípulos y estimulando la formación de una actitud crítica. Hacerles ver, en forma clara, algún problema, es a veces más útil que enseñarles una serie de sucesivas soluciones del derecho positivo.

He limitado al mínimo las referencias bibliográficas. El alumno generalmente no las consulta, y casi nunca tiene a su disposición las obras respectivas. Para sustituir esta carencia de indicaciones bibliográficas, recomiendo la obra de Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*,² donde el alumno encontrará la más importante bibliografía de centenares de temas romanistas, alfabéticamente ordenados. Generalmente, Berger hace referencia a artículos publicados en la *Revista Savigny*, el *Bullettino dell'Istituto del diritto romano*, los *Studia et documenta historiae et iuris*, etc. Dichos artículos puede el alumno generalmente obtenerlos por poco dinero en forma de micropelícula, por medio del Instituto Franklin o de la biblioteca de su Universidad. Especialmente, la Universidad de Miami —que compró la biblioteca del difunto romanista Wlassak—, la de Columbia, en Nueva York, y la Universidad Católica de América, en Washington, disponen de casi todos los textos que el romanista pudiera necesitar, y prestan el servicio de preparar y enviar las micropelículas respectivas.

Recomiendo al alumno que lea este libro, cuando menos, dos veces: primero, rápida y superficialmente, sin fijarse en los detalles, sin forzar la memoria o tratar de comprenderlo en su totalidad, y, luego, meditando los pormenores, subrayando lo esencial, memorizando los rasgos generales del contenido. Este método se impone por el hecho de que cada tema no sólo se explica por los anteriores, sino que también se relaciona íntimamente con los posteriores, de manera que, para comprender su importancia, es a veces necesario tener ya cierta noción de temas futuros. Ni el más perfecto desarrollo didáctico de la materia —que no pretendo haber alcanzado, desde luego— podría resolver el problema inherente a las ciencias sociales en gene-

² Filadelfia, 1953.

ral, que consiste en que todo se relaciona con todo. No es como en las matemáticas, por ejemplo, donde el principiante comienza con problemas sencillos que van aumentando gradualmente en dificultad. No; en nuestra disciplina encontramos, ya desde los primeros capítulos, referencias a grandes problemas tratados en los ulteriores.

Sé que mi consejo de tener a la mano el *Corpus iuris*, durante el estudio de este libro, no será puesto en práctica; por eso, ni siquiera lo recomiendo al lector. Pero, cuando menos, espero que lea, paralelamente a esta obra, algunas páginas de las *Instituciones* de Gayo, las *Instituciones* de Justiniano, y del *Digesto*, con el fin de perder el miedo a las fuentes.

El alumno inicia ahora el estudio de una materia, rica en facetas, abundante en sorpresas, pero nada fácil. No importa. En una época en que la meta de todos parece ser la jornada laboral de media hora, el jurista continúa siendo un trabajador sin limitación de horario, obligado a continuar estudiando toda la vida y a sacrificar gran parte de sus noches al trabajo. Es mejor que el alumno comience ya de una vez a acostumbrarse. Y si la dificultad resultare invencible, debe el estudiante recordar que, también en profesiones distintas de la jurídica, puede realizarse una labor socialmente útil y lograr cierta felicidad personal.

Quiero expresar aquí mi agradecimiento a mi ex-alumna, Marina Reyes, quien me hizo eliminar varias de mis favoritas divagaciones —bajo el lema faulkneriano de "Kill all your darlings"— y cuya intervención será más apreciada probablemente por el lector que por mí.

México, D. F., 1960

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Las modificaciones aportadas a esta segunda edición van más lejos que una mera cirugía plástica. En vista de la carencia de un curso de historia general del derecho, he ampliado considerablemente el tema del desarrollo postjustiniano del derecho romano. Expreso aquí mi gratitud a mis diversos colegas y alumnos que me han dirigido acertadas sugerencias para esta nueva edición. A causa del nacimiento algo cesáreo de la primera edición, no hubo tiempo para añadirle un índice alfabético, defecto que ahora se ha corregido.

México, D. F., 1965

PROLOGO A LA TERCERA EDICION

Estos últimos años han aportado importantes modificaciones al ambiente romanista de nuestra Facultad. Los Cursos de Formación de Profesores de Derecho Romano, autorizados por el ex-director, César Sepúlveda, y de los que fui coordinador, nos otorgaron un grupo de jóvenes romanistas bien preparados, algunos de los cuales inclusive recibieron su perfeccionamiento luego en cursos especiales en Italia. En todos los aspectos de la enseñanza e investigación romanista en nuestra Facultad se siente ahora el benéfico influjo de esta inyección de talentos jóvenes. Gracias a ellos fue posible una reforma al plan de estudios que incorpora ideas que desde 1960 había expresado en mi *El significado del Derecho Romano*, UNAM, y precisamente este nuevo plan, al que ahora he adaptado mi libro, explica los principales cambios entre esta edición y las dos anteriores.

Además, cediendo a la presión de los alumnos, he añadido traducciones a varios de los brocárdicos, citas y términos latinos que he utilizado.

México, D. F., 1968

PROLOGO A LA CUARTA EDICION

Pocos cambios hay entre esta cuarta edición y la anterior. Descubrí algunos errores muy evidentes, tan evidentes que difícilmente habrán despistado a algún lector cuidadoso, y mejoré algunas formulaciones; pero, en general, ha sido cuestión, ya no del hacha, sino sólo de la lima y del cepillo.

México, D. F., 1970

PROLOGO A LA QUINTA EDICION

Quiero expresar mi agradecimiento a los maestros Manuel López Medina y Sara Bialostosky por su ayuda durante la cuidadosa revisión a la que he sometido este libro para su presente edición.

México, D. F., 1974.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO ROMANO? Originariamente, es el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 d. de J. C. y, desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas —estrictamente hablando, hasta 1453— dentro de su territorio. Conocemos este derecho, sobre todo, por la gran compilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiniano (527-565) y llamada, desde la Edad Media, el *Corpus iuris civilis*, para distinguirla del *Corpus iuris canonici*.

Sin embargo, lo anterior resulta demasiado estrecho, no abarca todo lo que navega con bandera de "derecho romano". Por ejemplo, nuestro estudio comprende un análisis de las compilaciones de derecho romano de los reyes bárbaros (*leges romanae barbarorum*) y las reinterpretaciones del derecho compilado en tiempos de Justiniano hechas —por los glosadores y, sobre todo, los postglosadores— desde la temprana Edad Media, hasta el siglo pasado (la pandectística alemana). Estas reinterpretaciones se hicieron con fines prácticos o dogmáticos y, a menudo, se alejan considerablemente de la original intención de los juristas romanobizantinos, pero a veces han tenido una poderosa influencia en el derecho positivo moderno. Por tanto, debemos añadir a nuestra definición anterior estos dos últimos ingredientes, aunque este aditamento no aumente ciertamente su elegancia definitoria.

En vista de las consideraciones anteriores, una definición realista del objeto de nuestros estudios romanistas sería: el análisis del *Corpus iuris*, de sus antecedentes y de sus reinterpretaciones sucesivas hasta llegar a la época de las grandes codificaciones.

2. ¿POR QUÉ ESTUDIAMOS EL DERECHO ROMANO? Por muchas y poderosas razones:¹

a) *Para completar nuestra cultura juridicohistórica en general.* Pobre es el hombre que con su espíritu no abarca tres milenios como mínimo. La visión histórica forma parte integral de la cultura contemporánea; da a nuestra existencia cierto sentimiento de relatividad y modestia, ya que nos muestra la época actual como un mero eslabón de una enorme cadena; y también nos ayuda a desarrollar el sentido de lo que es constante y de lo que es variable en la herencia que nos trasmite el pasado.

Sin embargo, el derecho romano no debe confundirse con la historia del derecho. Por una parte, ofrece un terreno más amplio, lleno de temas de un interés mucho más dogmático que histórico, y por otra, es evidente que, visto

¹ Para el pro y el contra del estudio romanista en el siglo XX, véase mi libro *El significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, 1960, especialmente el segundo capítulo, en el cual asumo con frecuencia el papel de *advocatus diaboli*.

desde un ángulo netamente histórico, sólo cubre una pequeña parte de la historia jurídica en general.

b) *Para conocer los antecedentes de nuestro derecho actual.* Con excepción de las regiones de derecho musulmán e hindú, del derecho clásico chino, de derechos primitivos consuetudinarios y de los sistemas comunistas, el mundo está repartido en dos grandes familias de sistemas jurídicos: la anglosajona y la romanista. México pertenece a la segunda.

El derecho romano influyó en el derecho mexicano por cuatro conductos principales:

1. El derecho español; por ejemplo, las *Siete Partidas*, que en parte tenían carácter de derecho vigente en México hasta la expedición del Código Civil de 1870.

2. El derecho napoleónico y los otros grandes códigos europeos, todos los cuales contienen mucho derecho romano y sirvieron de inspiración a las codificaciones mexicanas.

3. El estudio intensivo del *Corpus iuris* que realizaron generaciones anteriores de juristas mexicanos.

4. El influjo de la dogmática pandectística y la gran autoridad científica de los grandes romanistas alemanes del siglo pasado, como von Savigny, von Jhering, Windscheid, Dernburg y otros.

Por todos estos contactos, basta ya una ligera vuelta del calidoscopio jurídico para convertir el derecho romano en el moderno derecho mexicano, especialmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.

Sin embargo, la circunstancia de que el derecho romano se estudie muy seriamente en las universidades inglesas demuestra que no es sólo el carácter de antecedente lo que motiva la inserción del derecho romano en nuestros planes de estudio.

c) *Para crear una plataforma jurídica, donde juristas de diversos países de la familia romanista puedan encontrarse.* El derecho romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional, las principales reglas según las cuales se combinan estos conceptos y las bases terminológicas. Por el acceso de todos los juristas a estos fundamentos, los especialistas de diversas naciones se entienden a menudo con medias palabras. Según una frase feliz de Maine, el derecho romano ha llegado a ser la *lingua franca*² de los juristas.

De la misma forma, la discusión jurídica en el interior de una nación ahorra explicaciones por el dominio general de las ideas romanistas, condensadas a menudo en forma muy concisa. Cuando el jurista oye: *Nemo plus...*³ o *Cuius commodum, eius etiam incommodum*,⁴ comprende inmediatamente a qué alude su colega. Breves indicaciones, como *mora creditoris*, *dolus incidens*, etc., establecen en seguida una firme base de comprensión. Es como si, en ajedrez, dijéramos "apertura escocesa", en vez de "P4R-P4R; C3AR-C3AD; P4D", etc. Un lenguaje breve para iniciados es un requisito en toda ciencia,

² Es decir, el latín común y corriente que sirvió durante muchos siglos como lengua internacional para todo el occidente de Europa; una especie de esperanto, pero sin la artificiosidad y estricta unidad de éste.

³ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derecho del que él mismo tenga).

⁴ El que lleva las ventajas, debe soportar las desventajas.

y el derecho romano nos lo ofrece tanto para el uso nacional como para el internacional.

Además, un indispensable instrumento para el trabajo jurídico es la claridad en la expresión; sólo ella permite claridad en el pensamiento. Que el derecho romano se encuentre ligado a un idioma tan concentrado y transparente como el latín, es, a este respecto, una gran ventaja. Asimismo, el hecho de que sea el latín una lengua muerta no constituye inconveniente alguno. Al contrario. De esta forma, nuestra terminología profesional queda sustraída precisamente a los cambios que provoca el uso cotidiano de las lenguas vivas.

d) *Para conservar cierta unidad supranacional en la ciencia jurídica.* Es importante que todos continuemos desarrollando nuestro sistema positivo y nuestra doctrina prudentemente, al hilo de una tradición de más de dos milenios, conservando un equilibrio entre dos extremos: una ciega fidelidad a lo antiguo⁵ y un igualmente ciego entusiasmo por fantásticas innovaciones revolucionarias en el derecho privado. Como en tantas ramas de la cultura, debemos primero conocer cuanto han producido las grandes escuelas del pasado;⁶ y luego, con todo el tacto que requiere una materia tan delicada como la nuestra, se deben preparar, mediante una amplia discusión entre especialistas, las innovaciones estrictamente necesarias, siempre en íntimo contacto con aquellos dos grandes tesoros de experiencia jurídica, el derecho romano y el comparado, dos materias que además forman el cordón umbilical que une la ciencia jurídica nacional a la supranacional.

e) *Para darnos cuenta de ciertas particularidades del propio derecho positivo.* "Quien sólo sabe su derecho, ni su derecho sabe." A este respecto, el derecho romano ofrece una ventaja que le es común con el comparado.

f) *Para afinar nuestra intuición jurídica,* estudiando los casos concretos que presenta el *Digesto*, preguntándonos si comprendemos las soluciones propuestas por los jurisconsultos antiguos y si estamos conformes con ellas. El contacto directo con el *Corpus iuris* puede enseñarnos la habilidad de los clásicos en el manejo de los conceptos jurídicos, "la capacidad de convertir sin dificultad lo abstracto en lo concreto y viceversa".⁷ Es también un ejercicio saludable buscar el fondo dogmático de los diversos casos que nos relata el *Digesto*, en conexión con un solo tema jurídico: la latente, tácita, y quizá subconsciente, teoría general que los romanos tenían a este respecto.⁸

⁵ Mencionemos aquí el famoso lema de JHERING, "a través del derecho romano, hasta por encima del mismo" (*Espíritu*, I. 14). Para poder realizar este ideal, no debemos aceptar el derecho romano como la última palabra, sino que conviene estudiarlo con espíritu crítico, distinguiendo, por una parte, los elementos íntimamente ligados a la sociología o psicología jurídica del mundo antiguo, y, por otra, los valores permanentes que encontramos en el mencionado derecho. El derecho romano es como la famosa pareja de gemelos, Cástor y Pólux, unidad compuesta de dos elementos de los cuales uno es mortal, mientras que el otro tiene vida eterna.

⁶ Recuérdese aquel versículo de GOETHE: "Don Fulano me dice: no pertenezco a ninguna escuela; no dependo de ningún maestro; no he necesitado a los muertos para mis conocimientos. Si lo comprendo bien, quiere decir con esto: soy un bruto por propia cuenta..."

Para citar a GOETHE una vez más: "Primero debes someterte a la cadena de la tradición; luego te permitiremos que seas algo en particular..."

⁷ JHERING, *Espíritu*, II. 2. 313.

⁸ Con cuidado de no incurrir en los errores de la pandectística y de introducir, hasta donde el material lo permita, una dimensión histórica en la investigación, bus-

En muchas ocasiones, los puntos de vista dogmáticos que así descubrimos, ofrecen "normas de decisión completamente satisfactorias todavía para relaciones y cuestiones que sólo el mundo moderno ha producido".⁹

No resisto a la tentación de insertar aquí una cita del gran humanista Melanchton, quien observó en 1525 el hecho de que muchos jóvenes ingleses iban a estudiar a Alemania el derecho romano, "y a la pregunta de por qué razón se empeñaban tanto en conocerlo, ya que no tenía validez en su propio país, contestaban que aprendían del derecho romano el alma y el espíritu de las leyes en general, es decir, se ilustraban sobre el poder y la esencia de la equidad, para poder luego juzgar mejor sus propias leyes nacionales".

g) Para encontrar un campo ideal en los estudios de sociología jurídica. Precisamente, del antiguo mundo mediterráneo conocemos el ciclo completo de su vida jurídica, política, religiosa, filosófica, artística, etc. Hallamos, pues, aquí una magnífica oportunidad para elaborar y contrastar teorías sobre las relaciones mutuas entre el derecho y otros aspectos de la vida social.

3. LA CULTURA JURÍDICA. En verdad, *non scholae, sed vitae discimus*,¹⁰ pero la vida exige en el jurista no sólo un dominio de nudas reglas prácticas, sino también aquella intuición del significado general y del fondo de nuestra actuación profesional, que podemos calificar como "cultura jurídica". Comprende ésta elementos de historia, de filosofía, de sociología, y además una aguda conciencia de lo dudoso y cuestionable en muchas de nuestras instituciones jurídicas, que al profano le parecen un simple hecho ("¡así es!"), pero que para el jurista constituyen un perpetuo problema ("¿debería ser así?").¹¹

De este modo, materias como sociología, teoría general del Estado, historia del derecho, filosofía del derecho, etc., no son meramente "de relleno", sino que contribuyen a la formación completa del moderno jurista-intelectual, pues proporcionan una especie de tercera dimensión a su capacidad profesional.¹²

¡Cuidado con los argumentos de los mezquinos utilitaristas que no merecerían respirar el noble aire de nuestras universidades! Ya Gayo nos advierte que no debe tocarse el derecho con "manos sin lavar".¹³ Quien ha de buscar la solución justa de algún conflicto concreto o quiere colaborar en la fijación

cando no tanto "la dogmática romana" en relación con dicho tema, sino más bien el desarrollo dogmático romano.

⁹ JHERING, *Espíritu*, II. 2. 348.-3.

¹⁰ No aprendemos para la escuela, sino para la vida.

¹¹ De ahí la fórmula extremista de RADBRUCH, según la cual "sólo con mala conciencia puede uno ser un buen jurista".

¹² A este argumento de carácter objetivo, cabe añadir otro más bien subjetivo. En el mundo moderno que pretende homogeneizarnos a todos, es recomendable cierto ascetismo diluido, cierto grado de consciente alejamiento combinado con una afición particular vinculada a las poderosas tradiciones culturales del pasado. Esto nos ayuda a conservar nuestra propia personalidad. Precisamente el derecho romano se presta a un interesante quehacer del jurista, por su mezcla de aspectos históricos, dogmáticos y sociológicos. En nuestra disciplina hay lugar para la lupa del detective y para el telescopio del filósofo. Todo jurista inteligente encontrará alguna faceta que le interese y le ofrezca tema para investigaciones estimulantes en sus ratos disponibles. Así, el estudio obligatorio del derecho romano dará al joven jurista un posible punto de partida para lecturas sistemáticas que podrán enriquecer su vida privada.

¹³ D. I. 2. 1.

de normas generales, debe ser algo más que un mero "leguleyo"; debe poseer algo más que un buen conocimiento del derecho positivo. De él esperamos que comprenda el espíritu del derecho, respecto del cual las leyes de cada momento no son sino una manifestación temporal e incompleta; que tenga intuición de las relaciones que existen entre lo jurídico y los demás aspectos de la variable vida social; que sepa algo de los orígenes y fundamentos de nuestras sociedades; que posea cierto sentido de las posibilidades y peligros del porvenir.

El jurista —abogado, juez o funcionario administrativo— es un guardián del derecho, y "la función del guardián supone cierta capacidad de mirar más allá de las fronteras".¹⁴

4. PLAN DE EXPOSICIÓN. La debida sistematización de las materias jurídicas es muy importante. Un buen sistema ofrece una especie de árbol genealógico de conceptos, en el que cada figura ocupa su lugar racional y muestra las relaciones de parentesco dogmático, más o menos íntimas, existentes entre las diversas figuras jurídicas. Por su concentración, puede facilitar el dominio de una materia tan vasta como la nuestra, incluyendo, al mismo tiempo, sugerencias para el desarrollo ulterior de nuestra dogmática o nuestro derecho legislado. Por esta última razón, Jhering afirma que los errores de sistematización no sólo son *productos*, sino también *fuentes* de una equivocada comprensión del derecho.

¿En qué orden sistemático expondremos ahora el derecho romano?

Después de una introducción histórica y de una breve explicación de ciertos conceptos generales ("derecho" y sus clasificaciones, justicia, interpretación, etc.), conviene dedicar un capítulo al concepto de "persona", concepto central para todo el derecho, tanto el de familia, como el patrimonial y sucesorio.

En cuanto a la materia que ahora nos queda pendiente, conviene recordar que Gayo, en su famoso libro de texto de la época clásica, separa el derecho material (sustantivo) del derecho formal (adjetivo, procesal). Dentro del derecho material establece una división básica que se relaciona con la observación, evidente, de que el amor y el hambre mueven el mundo. De la primera circunstancia nace un conjunto de reglas jurídicas sobre *el matrimonio y el parentesco*, a las que siguen normas sobre ciudadanía, esclavitud, etc., y de la segunda, otro grupo de reglas relacionadas con el patrimonio. De este modo surge la división entre el *ius quod ad personas pertinet* (personas y familia) y el *ius quod ad res pertinet* (relaciones patrimoniales).

Esta segunda categoría abarca derechos reales (propiedad y sus desmembraciones) y derechos personales (que autorizan al titular a exigir de ciertas personas determinada conducta). Gayo habla de las normas sucesorias referidas a la adquisición de los derechos reales, y comete, desde luego, un error de sistema: el derecho sucesorio se refiere también a créditos y deudas, es decir, a la cuestión de derechos personales. Preferimos, por tanto, separar de los derechos reales el derecho sucesorio y dedicarle un capítulo aparte.

Llegamos así a la necesidad de distribuir el derecho romano sustantivo cuando menos en cuatro capítulos:

¹⁴ MARCIC, *Der Richter bei Aristoteles und Thomas von Aquin*, Juristenspiegel, 1959, pág. 124.

1. Familia.
2. Cosas.
3. Obligaciones (o derechos personales).
4. Sucesiones.

Sin embargo, conviene añadir unas materias introductorias: en primer lugar, la historia del derecho romano en su aspecto "externo" (o sea, la historia de sus *fuentes*, no de sus *instituciones*), y, en segundo, algunos conceptos generales, entre los cuales el de *persona* es tan importante y complejo que merece un capítulo aparte.

¿Y dónde colocaremos el derecho adjetivo, el procesal? La tendencia moderna europea es la de tratar esta materia inmediatamente después del tema de la "persona"; por su gran importancia para la comprensión del derecho sustantivo romano, viene antes de éste.

Así hemos llegado al siguiente esquema de exposición:

- Capítulo I. Introducción histórica:
Primera parte: el fondo histórico-político general.
Segunda parte: la historia externa del derecho romano.
- Capítulo II. Conceptos generales.
- Capítulo III. Personas.
- Capítulo IV. Derecho procesal civil romano.
- Capítulo V. Derecho de familia.
- Capítulo VI. Derechos reales.
- Capítulo VII. Obligaciones.
Primera parte: obligaciones en general.
Segunda parte: fuentes de las obligaciones en particular.
- Capítulo VIII. Sucesiones.

CAPÍTULO I

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION HISTORICOPOLITICA GENERAL

El derecho romano no debe estudiarse, a la manera de los pandectistas del siglo pasado, como una *fotografía*, sino como una *película*. Y, para comprender su desenvolvimiento, es necesario saber algo de

- a) la historia general del Mediterráneo hasta Justiniano, y
- b) la historia de las instituciones públicas del mundo antiguo.

De esto tratan las páginas que siguen.

5. PREHISTORIA DE ITALIA. Aunque la arqueología y la paleoetnología han hecho enormes progresos en los últimos decenios, no existe todavía una *communis opinio* siquiera sobre las líneas generales de la prehistoria italiana. En relación con muchos puntos, debemos pronunciar un *resignando non liquet*. Por fortuna, la actitud moderna frente al derecho romano, de nuevo orientada en sentido más bien dogmático que histórico, no nos obliga a conocer *ab ovo* la historia de Roma.

Expondré aquí las ideas más generalmente aceptadas en la actualidad, para proporcionar un punto de partida, desde el cual puede el alumno ir investigando por cuenta propia las diversas opiniones, en caso de tener especial interés por la arqueología del derecho.

En varias oleadas migratorias, desde 2 000 a. de J. C., los arios —indoeuropeos procedentes de la llanura bactriana, según unos, y del noroeste de Rusia, según otros—, penetraron en la región mediterránea. Se trataba de un pueblo de pastores, enérgico, inquieto, con familia patriarcal, que tenía por costumbre incinerar a sus muertos.

Encontraron en los países de la cuenca mediterránea una cultura preindoeuropea, bastante desarrollada, con rasgos no muy homogéneos, en España, Italia, Grecia y el norte de Africa. Esta cultura era sedentaria y agrícola; y el hecho de que los pueblos que la componían enterraran a sus muertos ayuda a los arqueólogos a distinguirla de la influencia aria.

Entre los mediterráneos y los arios se estableció una coexistencia que llegó a cierto grado de fusión.

Los arios que penetraron en Italia eran, en su mayoría, los umbrios, quienes expulsaron hacia el noroeste de Italia y el sur de Francia a la antigua población autóctona: los ligures.¹

Otro grupo de los invasores arios era el de los ilirios, que se establecen en la costa oriental de la península; y un tercer grupo, que se establece en la llanura de Lacio, en la parte central de la costa occidental, era el de los latinos.

A fines del segundo milenio antes de Cristo, cuando el Mediterráneo comienza a conocer el hierro, Italia sufre otra invasión, por parte de un pueblo procedente de Asia menor, puesto en movimiento por las invasiones dóricas: los etruscos, pueblo no indoeuropeo, de piratas y magos, ingenieros y artistas, amigo de todos los placeres de la vida, cuya lengua sigue siendo un enigma.

La presencia de este pueblo en Italia ha dado lugar a una gran cantidad de problemas científicos, estudiados por la etruscología.² Este nuevo huésped se estableció en la región toscana. Al sur de ellos, una ramificación de los umbrios, los latinos, fundaron varias aldeas pequeñas, agrupadas en una confederación bajo la hegemonía de Alba Longa. Una subliga se formó entre unas aldeas "de las siete montañas", quizás en parte latinas, en parte sabinas (distinción no radical, ya que tanto los latinos como los sabinos eran ramas de los umbrios). Esta unión, posiblemente formada con el fin de defenderse contra los etruscos, puede haber sido el origen de Roma. Desde el siglo VIII a. de J. C. comienza en el sur de Italia la colonización griega, separada de la zona de los latinos por el pueblo de los samnitas.³ Una coalición entre los etruscos y Cartago no logró detener su influencia en Italia, donde introdujeron el alfabeto, adoptado luego por los etruscos y llevado por éstos hacia Roma. Los griegos sólo formaban entre sus ciudades una débil red de alianzas.

Así, el Lacio, de unos 2 000 km², pobre y pantanoso pero con la ventaja del Tíber y buena situación para el comercio, pudo desarrollarse entre dos grandes culturas: la etrusca, al norte, y la griega, al sur. Esta posición, junto con ventajas indiscutibles, traía consigo también determinados peligros; los etruscos, sobre todo, eran vecinos molestos.

¹ Según algunos autores, estos ligures fueron el resto de una invasión aria anterior (De Michelis). Generalmente, empero, se consideran parte de la población mediterránea residente en dicha zona, antes de las invasiones (Brizio y otros).

² De la amplia literatura al respecto, la obra que quizá más fácilmente encuentre el alumno que se interesa por este asunto, es el sugestivo librito de M. PALLOTTINO, *The Etruscans*, edición Pelican, 1956, aunque no todos están de acuerdo con las opiniones del autor sobre el origen italiano de los etruscos.

³ Italia, con su suelo fértil, pero su costa insuficientemente desarrollada, impulsaba a sus pobladores hacia la agricultura; Grecia, con su suelo pobre, pero su abundancia de buenos puertos, estaba predestinada para la navegación y el comercio. De ahí la diferencia entre la mentalidad campesina del romano, con su tradicionalismo, su paciencia, su obstinación, y el carácter cosmopolita del griego, con su fantasía, progresismo y volubilidad.

Tales datos sobre el origen de Roma no coinciden con la historia que los mismos romanos nos transmiten al respecto. Pero me atrevo a decir que, gracias a la arqueología y a los modernos métodos críticos, sabemos ahora más de la verdadera prehistoria italiana que el culto romano de la época de Augusto.

La explicación es sencilla. La historia arcaica de Roma que encontramos en los historiadores romanos es, en gran parte, producto de la fantasía. Se escribió —y en parte se ideó— después de las guerras púnicas, basándose en tradiciones nacionales y en datos tomados de los archivos sacerdotales (donde se solían registrar los acontecimientos más importantes), embelleciéndole el resultado con pintorescos relatos entresacados de la historia de ciudades griegas o con invenciones fantásticas, en que con frecuencia se nota el afán de situar a familias, importantes en tiempos del historiador, sobre un imponente pedestal histórico.

Los historiadores romanos de la época de transición de la república al imperio tuvieron buen cuidado en ligar los orígenes de Roma con las más bellas tradiciones griegas, haciendo de Roma —a través de Alba Longa— la heredera de Troya. Eneas había huido de las ruinas humeantes de Troya, su ciudad, y, finalmente, habíase establecido en Italia, casándose con una princesa del Lacio. El hijo de Eneas fundó Alba Longa, y posteriormente, uno de sus descendientes, Amulio, destronó allí a su hermano Numitor, matando a sus hijos y condenando a su hija, como sacerdotisa de Vesta, a virginidad perpetua. Por fortuna, intervino el dios Marte, y así la sacerdotisa dio a luz unos gemelos, que fueron abandonados en el Tíber por órdenes de su receloso tío. Una loba los cuidó, y fueron más tarde educados por un pastor. A causa de rivalidades con los jóvenes de Alba Longa, los condujeron ante el rey y se descubrió la verdad. La población de Alba Longa se unió a los gemelos para destronar al usurpador y reponer a Numitor en el trono. Luego, Rómulo y Remo se retiraron para fundar su propia ciudad, Roma.

Según los autores romanos, esta fundación ocurrió el 21 de abril del año 753 a. de J. C., cuando aventureros de diversas razas se unieron para establecer los cimientos de la nueva ciudad, bajo la dirección de los dos hermanos.

Algún tiempo después, mediante el fratricidio, llega Rómulo a ser el primer monarca de Roma, atrayendo a los hombres hacia su ciudad mediante un generoso derecho de asilo, y a las mujeres mediante el rapto de las sabinas.

6. LA MONARQUÍA. Según la leyenda, este primer rey crea y organiza la propiedad. El segundo, Numa (un sabino), da a Roma su religión, fruto de sus pláticas nocturnas con una bella ninfa. El tercero, Tulo Hostilio, un enérgico militar, crea las normas de la guerra. El cuarto, Anco Marcio, es el último rey pre-etrusco en esta serie legendaria. Luego viene

la conquista de Roma por los etruscos; el primer rey etrusco es Tarquino el Antiguo. Su sucesor, Servio Tulio, agrupa a los ciudadanos en centurias, para fines militares y cívicos, según una tradición muy inverosímil (actualmente se prefiere ligar esta reorganización a la derrota de Roma por los galos: 390 a. de J. C.). Y finalmente, Tarquino el Soberbio, el tirano, provoca el descontento del que nace la república en 509 ó 510 a. de J. C.

Aunque evidentemente legendarios, estos datos ofrecen aspectos interesantes. En primer lugar, el dualismo Rómulo-Remo, que —combinado con la tradición de que hubo dos tronos en Roma— sugiere el origen dual de la ciudad (latinos-sabinos). Es significativo que el romano no pueda concebir que sus instituciones nacieran en forma orgánica, por la paulatina conversión de prácticas repetidas en “derecho”, sino que se imagina la voluntad concreta, la intención deliberada de individuos poderosos como fuente de las instituciones sociales. Esta idea, falsa desde luego, corresponde exactamente a la tendencia práctica y dominadora del romano, a su inclinación innata a querer regular los acontecimientos e intervenir constantemente en la realidad social.⁴

La dominación etrusca fue benéfica para la cultura romana: para sus obras de desagüe y cloacas, sus edificios y sus puentes, los romanos aprendieron mucho de la superior ingeniería etrusca.

Sin embargo, en 510 a. de J. C., cuando el poderío etrusco ya está en decadencia, los romanos aprovechan el escándalo referente a Lucrecia para expulsar al rey Tarquino el Soberbio. Según la tradición, con este acontecimiento comienza la república.

7. LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS BAJO LA MONARQUÍA. El rey no era designado por el simple hecho de su nacimiento, sino que, al parecer, fue primero elegido por la representación popular, los comicios; más tarde elegía cada uno, con libertad, a su sucesor. En ambos casos, empero, necesitaba la aprobación del senado. Ello introdujo un matiz republicano en la monarquía romana. No obstante, como la función monárquica era vitalicia, el término *monarquía* no es incorrecto.

Al lado del rey encontramos el senado, compuesto por venerables ancianos (*senes*).⁵ Los senadores eran designados por trescientos grupos de familias (*gentes*); en principio parece que hubo, aproximadamente, trescientos senadores. Este senado era un elemento oligárquico y gerontocrático.

El tercer factor de la estructura política antigua de Roma son los comicios, la asamblea de los ciudadanos. En ella, no tenía todo ciudadano exactamente la misma influencia sobre las decisiones colectivas (como sucede en los sistemas inorgánicos, mecánicos, de votación), sino que

⁴ JHERING, *Espíritu*, I. 96.

⁵ La expresión *senes de ponte* se refiere a una fábula que procede de épocas arcaicas. Tal vez sea un recuerdo de sacrificios humanos ofrecidos al dios Tíber. Desde que conocemos la vida romana con cierto detalle, encontramos que se caracteriza por un gran respeto a los ancianos.

previamente se repartía la población en treinta curias, compuesta cada una de diez *gentes*.⁶

La mayoría de las curias determina el resultado de la votación, de manera que los miembros de curias poco numerosas tenían más influencia que los de curias más nutridas.

La función original de estos comicios por curias fue, probablemente, la de elegir el nuevo rey, a propuesta de cierto miembro del senado, el *interrex*. El recuerdo de esta función sobrevive, en tiempos históricos, en el hecho de que los *comitia curiata* tenía que otorgar el *imperium*, o sea, el poder discrecional, a los magistrados superiores, mediante una *Lex curiata de imperio*.

En época posterior (de acuerdo con la leyenda, desde una reforma serviana, a cargo de Servio Tulio, el penúltimo rey, o, según la ciencia moderna, a consecuencia de una reforma militar, necesaria por las invasiones de los galos, alrededor de 390 a. de J. C.),⁷ surgieron, coexistiendo con los comicios por curias, y para la votación de otros asuntos, los comicios por centurias. En éstos, mediante un censo, celebrado cada cinco años, la población se repartía de acuerdo con su riqueza en ciento noventa y tres grupos (centurias), cada uno de los cuales recibía un voto. Los más ricos, los “caballeros”, recibían en total dieciocho centurias. El resto de la población se dividía en cinco clases, de las cuales la primera contaba con ochenta centurias. De esta forma, los ciudadanos más ricos, en caso de aliarse, determinaban las decisiones de los comicios por centurias, las cuales, por tanto, tenían un carácter plutocrático.

Sin embargo, por el hecho de atribuir a cada clase una cantidad igual de centurias de *iuniores* (hasta los cuarenta y cinco años) y de *seniores* (mayores de cuarenta y cinco años), los ciudadanos de más edad tenían mayor influencia política individual que los jóvenes. Esto añadía un rasgo gerontocrático al carácter plutocrático de los comicios. Es verdad que éste fue suavizado cuando, entre 241 y 218 a. de J. C., cada clase recibe 70 centurias; pero los caballeros conservan su privilegio de las 18 centurias extraordinarias, y sólo 40 de las 368 centurias correspondían a la ciudad de Roma, de manera que los grandes terratenientes de fuera de Roma predominaban de todos modos.

El resultado corresponde, imperfectamente, al ideal griego de *isegoría* con *isonomía*. En la *elaboración* de las leyes no hay igualdad (*isegoría*), ya que allí el hombre de más fortuna, de más responsabilidad, de mayor edad, tiene también más influencia.⁸ Sin embargo, en su *aplicación* todos

⁶ La exactitud numérica de esta tradición no es muy fidedigna. El atribuir diez curias cada vez a las tribus de los Ramnes, Titios y Luceres es probablemente también un dato legendario.

⁷ Por esta última hipótesis científica, no estoy muy seguro de que deban contarse los comicios por centurias entre las instituciones monárquicas.

⁸ Este carácter se expresa en la antigua máxima: *dat census honores*. La participación en la vida pública —*honores*— depende de los resultados del censo.

reciben el mismo trato (*isonomía*), ya que *privilegia ne inroganto*,⁹ como disponen las XII Tablas.

Desde la creación de los comicios por centurias, los comicios por curias se ocupaban en asuntos administrativos (aprobación de testamentos; adrogaciones, es decir, una forma especial de adopciones); aquéllos, en cambio, colaboraban en la formación de leyes (sin derecho de iniciativa o de enmienda) y en las elecciones de funcionarios públicos.

En estos tres órganos (rey, senado y comicios), muchos historiadores, desde Polibio, han querido ver una mezcla armoniosa de los elementos monárquico, oligárquico y democrático.

Para la expedición de una ley, se necesitaba la colaboración de estos tres factores: el rey proponía, los comicios aprobaban y el senado ratificaba. En cuanto al contenido de tales leyes, probablemente no influían mucho en el derecho privado, sino en asuntos administrativos, militares o de política exterior. El derecho privado pertenecía más bien a la competencia de otros órganos que también merecen la calificación de públicos: la *familia* y la *gens*.

La antigua Roma puede considerarse como una confederación de *gentes*; y cada *gens*, a su vez, como una confederación de *domus*, es decir, de familias. La inmadurez de la organización estatal daba a la familia, en sustitución del Estado, una importancia que en periodos posteriores no pudo ya reclamar.¹⁰

En cada *domus* encontramos un *paterfamilias*, monarca doméstico que ejerce un vasto poder sobre sus hijos, nietos, esposa, nueras, esclavos y clientes. Dicho poder incluía el *ius vitae necisque*¹¹ sobre hijos y nietos, y no disminuyó por la influencia del Estado, la cual se detenía a la puerta de la *domus*. Sólo el *paterfamilias* era propietario; también era sacerdote doméstico y juez en asuntos hogareños y mantenía en el seno de la familia una rígida disciplina.

Así la *domus* podía convertirse en excelente escuela de las espectaculares virtudes cívicas del antiguo romano, proporcionando a la grandeza nacional, ciertamente, un fundamento más sólido que las indulgentes doctrinas pedagógicas de nuestros días.

En cuanto a los clientes, eran ciudadanos romanos de segunda clase (de familias empobrecidas o quizás originariamente extranjeras) que se subordinaban a alguna poderosa *domus* aristocrática, prestándole servicios y recibiendo a cambio apoyo económico, recomendaciones, etc. Así, en caso de necesidad, el *patrón* debía ayudar a sus clientes a obtener justicia de los órganos correspondientes. Por otra parte, en la época en que los clientes tenían acceso a los comicios, debían votar como el *patrón*; se trata-

⁹ Los privilegios no deben tomarse en cuenta.

¹⁰ La censura puede considerarse como elemento típico de una fase transitoria, que se inicia cuando el Estado comenzó a asumir funciones hasta entonces reservadas a la familia y a la *gens*. Véase JHERING, *Espíritu*, I. 179.

¹¹ Derecho sobre la vida y muerte.

ba, pues, de una especie de vasallaje (la palabra *cliens* significa, probablemente, "el que escucha", "el que debe obedecer").

Cada familia tenía su propia religión doméstica, cuyos dioses eran los antepasados. Así se convertía la familia en la unión de un grupo de muertos y otro grupo de vivos. Aquéllos mandaban presagios a éstos, los cuales ofrecían sacrificios y dedicaban buenos pensamientos a los primeros. El eslabón entre los muertos y los vivos de la familia es el *paterfamilias* en su función de sacerdote doméstico.

Las familias formaban *gentes* basándose en supuestos orígenes comunes y aduciendo no pocas veces su descendencia de algún dios o héroe. Dichas *gentes* poseían, respecto de la organización de Roma, un alto grado de independencia. Por su cuenta podían incluso declarar la guerra a los enemigos de Roma (Livio, II. 50). Practicaban una religión propia, se gobernaban por su propia organización (es decir, bajo un *magister gentis*), tenían sus fiestas propias, un patrimonio independiente (para financiar sus diversiones y ayudar a miembros caídos en desgracia) y, posiblemente, sus propias normas de derecho privado, hasta el punto de que en tiempos históricos encontramos leves diferencias entre *gentes* diversas con relación a algunas materias de ese derecho. Además, ejercían funciones de vigilancia moral, con objeto de suavizar el enorme poder que el *paterfamilias* tenía sobre los miembros de su *domus*.

Por su interés político, hemos de referirnos todavía a la religión, no de cada *domus* o cada *gens*, sino de la ciudad. Es politeísta, llena de formalismos y cargada de trucos y astucias o actos ficticios que, aplicados con moderación, pueden ser de cierta utilidad en el campo jurídico (como veremos, al hablar de la *interpretatio*), pero que nos parecen de muy mal gusto en materia religiosa. Así, para citar un ejemplo extremo, se podía bautizar un cordero con el nombre de "vaca" y sacrificarlo luego, en caso de deber una vaca a los dioses como remuneración convenida por servicios que éstos hubieran prestado.

Si la democracia moderna ha sido calificada de "plebiscito diario" entre los vivos, el Estado romano era una perpetua alianza entre los vivos y las fuerzas sobrenaturales. Esta circunstancia dio gran poder político a los sacerdotes, desde luego. Cicerón pregunta cómo dos augures pueden encontrarse en la calle sin sonreír...¹²

Una especial tarea de los sacerdotes, importante para nosotros, consistía en la elaboración y conservación de las fórmulas procesales, y en dar consultas a los litigantes. Más tarde explicaremos tales funciones.

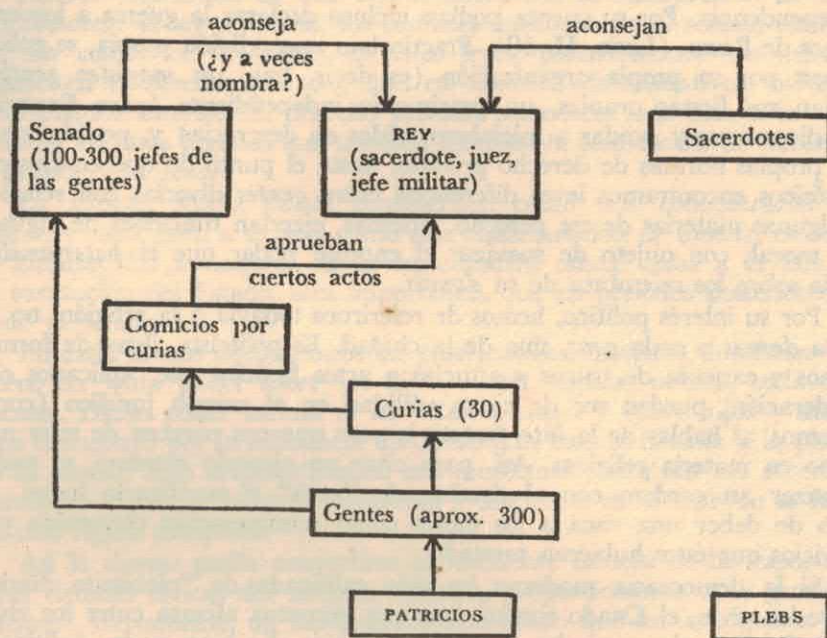
El terreno más exclusivo de los sacerdotes, empero, no es el *ius*, sino el *fas*, o sea, la conducta no impedida por tabúes religiosos. Lo *nefas* queda bajo control de los sacerdotes cuando el *ius* se les escapa por la "laicización" (o secularización) del derecho. Poco a poco, el censor extiende su

¹² Los augures eran sacerdotes que desempeñaban la misión especial de inquirir la voluntad de los dioses, analizando el vuelo de los pájaros.

control hacia lo *nefas* y, finalmente, éste se incorpora parcialmente al derecho penal, mientras que otras normas del *fas* caen en desuso.

Por tanto, como elementos de la antigua ciudad de Roma, encontramos los siguientes: la *domus*, la *gens*, los comicios por curias y por centurias, el senado, el sacerdocio y el rey. Todos estos elementos se refieren, empero, sólo a la Roma patricia. Mas, al lado de las familias patricias, vivían los plebeyos.

LA ROMA MONARQUICA



No sabemos a qué se deba tal división entre patricios y plebeyos. Estos no son simplemente los pobres, pues hay algunos que se pueden considerar hombres acaudalados. ¿Se trata acaso de un solo pueblo, dividido en terratenientes y comerciantes-industriales, a causa de un paulatino desarrollo social-económico, que finalmente produjo cierta división en castas? ¿O serían los plebeyos los autóctonos; y los patricios, los conquistadores? ¿Al contrario, quizá? ¿Serían los patricios los latinos; y los plebeyos, los sabinos? ¿Quizá viceversa, por ser Diana la diosa de los plebeyos y, al mismo tiempo, protectora de la Confederación Latina? ¿O serían los patricios los etruscos; y los plebeyos, la población latinosabina? De todos

modos, la prohibición de matrimonio entre ambos grupos es indicio de un diferente origen étnico.¹³

Los romanos mismos quieren hacernos creer que tal división debíase a un acto legislativo de Rómulo. He aquí otra manifestación de la tendencia romana a considerar la evolución sociológica como producto de una voluntad autoritaria.

Aun viviendo en Roma, los plebeyos no podían participar en la vida política de los patricios o en sus actos religiosos. Dentro de las mismas murallas vivían dos pueblos que colaboraban en la economía local, pero estaban separados en los demás aspectos de la vida. Los plebeyos tenían sus propias autoridades (ediles plebeyos, más tarde tribunos) y asambleas populares (*comitia plebis* divididos en tribus), que tomaban decisiones llamadas *plebiscitos*, y su propia religión. Sin embargo, los órganos que representaban a Roma ante otros pueblos eran los ya mencionados órganos patricios.

8. LA REPÚBLICA. Según la leyenda, en 510 a. de J. C., los patricios lograron expulsar al último rey. La próxima fase de Roma es la republicana.

Los primeros siglos muestran un doble movimiento:

a) Las *secesiones plebis*, salidas de la plebe —quizás utilizadas sólo como amenaza— que obligaron a los patricios a hacer diversas concesiones en el curso de los tres siglos siguientes, para suavizar la pugna entre uno y otro bando, hasta hacerla desaparecer completamente hacia el fin de la república.

b) Al mismo tiempo, Roma —que en los tiempos monárquicos había ya obtenido la hegemonía en la Confederación Latina, ocupando Alba Longa— triunfa, en los primeros siglos republicanos, sobre los etruscos (396 a. de J. C., toma de Veio) y sus demás vecinos, extendiendo finalmente su poder a toda la península. Sin embargo, una recaída en esta serie de victorias tuvo lugar con la ocupación de Roma por los galos (celtas), tardía oleada de arios que penetra en el mundo mediterráneo. Los galos incendiaron la ciudad (390 a. de J. C.), cobraron un rescate y se retiraron luego al norte de Italia.

Entre 264 y 202 a. de J. C., Roma derrota a Cartago, gran poder marítimo, opulento, de origen fenicio, de cultura macabra, y establece su dominio sobre la parte occidental del Mediterráneo. Aunque de origen campesino y ajenos al mar, los romanos habían comprendido que no podrían conservar su poder en una península con una línea costera tan extensa, sin destronar a Cartago. La lucha comprendió, sin embargo, la tremenda crisis de 217-207, cuando Aníbal hubiera podido tomar Roma, pero prefirió saquear el campo italiano. Finalmente, la lealtad

¹³ Bibliografía al respecto, en SCHWIND, *Römisches Recht*, Viena, 1950, pág. 7, y, además, en el *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, de A. BERGER, Filadelfia, 1953, pág. 633, bajo la voz "plebs".

de los aliados y el carácter romano aportaron el triunfo. Poco después, Roma vence a Macedonia, asegurándose el dominio en el mar Adriático; luego recibe parte de Asia Menor, como herencia del rey respectivo. Pronto ejerce también en Egipto un poder decisivo (aunque esta dominación era sólo *de facto*, hasta que Augusto le da un carácter jurídico). Así, a mediados del siglo II antes de Cristo, el Mediterráneo es el *Mare Nostrum* de los romanos.

El secreto de esta expansión romana radica en su capacidad de combinar un enérgico egoísmo colectivo con una inflexible disciplina, y esta combinación de utilitarismo con sentido de orden, y con la capacidad de ordenar y de obedecer, ofrece al mismo tiempo un firme cimiento para el desarrollo del derecho.¹⁴

Otros elementos favorables para la expansión eran la intuición del senado para discernir el instante de abandonar momentáneamente su tenacidad, haciendo alguna concesión temporal, y el hábil manejo del famoso principio: *Divide et impera*.

Tras estos grandes progresos se avecinan serios problemas internos para la república. El poder trajo el espíritu de lujo, y al mismo tiempo vemos que, en lugar de una romanización del oriente (de la misma manera en que Roma había romanizado el occidente) se produjo una helenización de Roma, de modo que la austera moral antigua iba evaporándose paulatinamente: *virtus post nummos*.¹⁵

Al mismo tiempo, la corriente de metales preciosos que viene de las minas españolas produce un aumento en la oferta de dinero, que estimula el movimiento económico y acentúa la diferencia entre ricos y pobres (*optimates* y *demócratas*). El servicio militar fomenta la misma tendencia; las guerras se hacen cada vez a mayores distancias, lo cual perjudica más al pequeño campesino que al gran terrateniente, quien puede encomendar la administración de su hacienda a inteligentes esclavos. Así comienzan a crecer los latifundios y desaparece la clase media rural. Mencionemos también, a este respecto, el hecho de que la traición cometida por muchas comunidades del sur de Italia, durante la crisis provocada por Aníbal, sirvió de pretexto para confiscar allí las pequeñas propiedades, convirtiéndolas en *ager publicus*, que a su vez se repartía —mediante un sistema de concesiones, por plazos prácticamente ilimitados— entre unas cuantas familias romanas influyentes. De este modo, varios factores contribuyeron a provocar el éxodo del pequeño propietario rural, que más tarde comenzó a incrementar las filas del proletariado urbano. Este vive —en Roma, cuando menos— de repartos gratuitos de pan, aceite y carne, y distrae periódicamente su ocioso aburrimiento con grandes espectáculos, también gratuitos: el funesto programa de “pan y juegos”. “El orgulloso pueblo de los *quirites* se había convertido en una masa proletaria, siempre

¹⁴ JHERING, *Espíritu*, I. 318 y siguientes.

¹⁵ “Primero, el dinero; luego, la virtud”.

descontenta, sin propiedades, fácil de corromper, incapaz de una responsabilidad propia dentro del Estado romano e inepta para participar en la vida pública”.¹⁶

Otro problema consistía en las enormes corrientes de esclavos que las victorias habían lanzado sobre Roma, los cuales en gran parte lograban su libertad en unas generaciones, debilitando la antigua raza latina.

Los hermanos Graco proponían medidas para la desproletarización de Roma y la redistribución de la tierra, dos ideas necesariamente ligadas entre sí en una economía agrícola. Querían poner en vigor una legislación *Licinia Sexta* de 367 a. de J. C., que limitaba las concesiones en el *ager publicus* a un máximo, y que con el tiempo había llegado a ser letra muerta. Propugnaban una redistribución de estas concesiones, sin indemnización y con prohibición de traspasar las nuevas parcelas, y la venta de trigo por el Estado a precios populares. Además favorecían constantemente a los équitos con el fin de quitar influencia al senado.¹⁷ Desgraciadamente, su rebelde actitud frente al senado, su intolerancia e impaciencia, convierte a estos idealistas políticos puros en una calamidad nacional. Su actividad desencadena una guerra civil de unos cien años, que —como toda fase caótica— conduce a la dictadura. Fases de esta guerra son: la democratización de Roma por Mario y la creación de un ejército profesional; la reacción senatorial bajo Sila; la guerra contra los aliados que reclaman (y obtienen) la ciudadanía romana; las rebeliones de los esclavos (Espartaco) y de Catilina; las luchas entre los grandes caudillos militares y las temporales alianzas entre algunos de ellos.

Son incalculables los daños causados por este siglo de guerras civiles. La hierba se doblega ante la tormenta, pero el roble sucumbe. Así, quedó privada Roma de gran parte de sus más eminentes figuras, paladines de sus más nobles tradiciones. Con la destrucción recíproca de la flor y nata de ambos partidos, que alternativamente se sucedían en el poder, produjo una lamentable selección al revés. Además, el pueblo romano se acostumbraba a la idea de que se hicieran las leyes bajo la presión de los ejércitos más bien que a la luz de los argumentos.

Finalmente, Julio César, el internacionalista, quiere formar un *commonwealth* de países mediterráneos. Los *optimates*, utilizando el senado como baluarte, asesinan al gran líder demócrata. En la última fase de la guerra civil, el heredero de Julio César, Octavio, el nacionalista, triunfa sobre Antonio, el cosmopolita, e inicia la reestructuración del mundo mediterráneo, agotado por las discordias. Desde 31 a. de J. C. (batalla de Actio) o desde 27 a. de J. C. (año de la consolidación de su posición

¹⁶ SCHWIND, *Röm. Recht*, Viena, 1950, pág. 56.

¹⁷ Desde hace unos siglos comenzaba a perfilarse la distinción entre las antiguas familias senatoriales, separadas del lucrativo comercio interregional (SC. Claudiano, 218 a. de J. C.) pero titulares de grandes haciendas, y los équitos, con grandes fortunas mobiliarias, especialistas del nuevo capitalismo.

constitucional), se cuenta su régimen como primer emperador; y, durante éste, nace Jesucristo.

En resumen, de la organización interna nació el poder exterior. Este, a su vez, provocó fuerzas que causaron una nueva desintegración interna, y de los disturbios subsiguientes nació, por evolución natural, una forma de dictadura. Durante los dos primeros siglos del imperio, éste toma una actitud muy liberal; pero luego degenera y se convierte en la autocracia del Bajo Imperio.

9. LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS BAJO LA REPÚBLICA. En 510 a. de J. C., el rey es sustituido en sus funciones religiosas por el *pontifex maximus*, en su función de designar a los senadores por el censor, y en lo demás por dos cónsules, nombrados en cada ocasión por un solo año. Cada uno podía paralizar la actividad del otro, mediante su *intercessio*. "Es asombroso que esta manera de organizar el poder ejecutivo de un Estado no haya provocado más estragos de los que realmente causó."¹⁸ Este pésimo sistema debíase, desde luego, al deseo del senado de enfrentarse a un poder consular débil; por esta razón convirtió el consulado en "un vehículo con más frenos que ruedas", reacción natural después de la dictadura de Tarquino el Soberbio.

Entre las facultades de los cónsules encontramos las siguientes: la *coercitio* (función policíaca), la *iurisdictio* (facultad de dirigir la administración de justicia), el mando militar, el *ius agendi cum populo* (derecho a hacer proposiciones a los comicios), el *ius agendi cum senatu* (derecho a pedir la opinión del senado), y amplias facultades financieras. El conjunto de estos poderes se designa con el nombre de *imperium* en sentido amplio, una figura juridicopolítica que viene de los etruscos, lo mismo que su símbolo: el hacha con las varas.¹⁹

Fuera de la ciudad de Roma, este *imperium* era, en principio, ilimitado; pero, dentro de dicha ciudad, cada cónsul tropezaba con fuertes limitaciones: la *intercessio* de su colega, el veto del tribuno de la plebe (lo veremos más adelante), la *provocatio ad populum* (una apelación contra la imposición de penas graves, promovida ante los comicios) y, sobre todo, el debido respeto a la severa tradición romana, expresada mediante el senado, el sacerdocio y los censores, respeto que penetra, como el agua en una esponja, toda la vida romana y es algo que actualmente podemos observar en un país como Inglaterra: "free by law, slave by custom".²⁰

¹⁸ KUNKEL, *Röm. Rechtsgeschichte*, Colonia, 1956, pág. 11.

¹⁹ Estas varas son los haces o *fasces*. Por eso, un sistema político que entrega al jefe del poder ejecutivo un *imperium* que comprende facultades pertenecientes a otros poderes, se califica de *fascista*.

²⁰ Sobre el paralelismo entre Inglaterra y Roma, véase el capítulo IV de G. PACHIONI, *Breve historia del Imperio Romano, narrada por un jurista*, trad., Madrid, 1944.

El senado es el organismo que, por su prestigio —no por sus facultades ejecutivas o legislativas, ya que no las tiene— lleva durante la fase republicana al pueblo romano de triunfo en triunfo, hasta la época de los Gracos (130 a. de J. C.), en la cual la autoridad del senado comienza a palidecer. El mérito del sistema senatorial republicano consistió, sobre todo, en haber dado vigor y expresión a una oligarquía, fundada en personas que ya habían ocupado con acierto importantes cargos públicos, sin que esta oligarquía fuera totalmente cerrada, pues con prudencia y tacto permitíase la entrada en ella de nuevas familias de la propia *civitas* y de la nobleza italiana.

La historia humana es un tejido de retos y contestaciones (Toynbee), y los responsables de las contestaciones son siempre minorías creadoras, inspiradas, que a su vez logran inspirar a las masas. Durante varios siglos, el senado romano había sido, más que un grupo dominante, un grupo inspirador que en momentos de crisis gozaba de la confianza de las masas.

En el senado, sobre todo, encontramos el baluarte de las tradiciones romanas. Y no debemos subestimar el valor que en la vida política y social de una comunidad pueden tener fuertes vínculos con el pasado. Como dice Wieacker, el hecho de rodearse de imágenes y valores pretéritos, no debilita, antes fortalece, la vitalidad de las fuerzas subconscientes, permite ahorrar las energías derrochadas en búsquedas y errores propios e impide que la imaginación y la teoría alejen nuestras facultades de la circunstancial realidad cotidiana. La utopía política significa siempre una pérdida de fuerzas: "en el campo de la política, considerada como el arte de la acción, la flemática pareja de instinto y experiencia ha ganado siempre la carrera a los nerviosos saltos de la fantasía".²¹

En el periodo republicano, se rompen las antiguas relaciones entre las *gentes* y el senado. Desde entonces, este cuerpo, compuesto de miembros vitalicios, se completa cada cinco años por decisión de los censores, funcionarios nombrados por los comicios por centurias. Los censores podían también excluir del senado a los miembros inmorales.

Al desaparecer la hermética división entre patricios y plebeyos, algunos notables plebeyos ascienden a la categoría de senadores de rango inferior, con derecho a votar, pero sin voz (los *conscripti*).

Los censores solían escoger a los nuevos senadores de entre los ex-funcionarios, de manera que el senado llegó a ser un comité integrado por personas de amplia experiencia práctica en la administración pública, un vivo depósito de sabiduría política.

Al lado del senado y de los cónsules, subsistieron los comicios por curias (para asuntos administrativos) y los comicios por centurias (para elecciones y la votación de proyectos de ley). Una reforma de 131 a. de J. C. (una *Lex Papiria*) establece en tales asambleas el sistema de votación secreta para eliminar así, por su base, el vicioso sistema de "comprar

²¹ FRANZ WIEACKER, *Vom röm. Staat als Rechtsordnung*, Friburgo, 1949, pág. 26.

votos". Desde entonces, quienes daban dinero para que otros votasen en determinado sentido no podían comprobar si el votante había cumplido su promesa.

Ya en tiempos de las XII Tablas, encontramos una tercera forma de repartir a los ciudadanos en grupos electorales: los comicios por tribus, es decir, por divisiones territoriales según el domicilio de cada *paterfamilias*. Este tercer procedimiento de estructurar la asamblea popular se utiliza, inicialmente, para la elección de los funcionarios religiosos, quienes por sus métodos de interpretar los signos, etc., tenían una enorme influencia en la designación de los magistrados y otros asuntos políticos. Desde fines del cuarto siglo a. C., los comicios por tribus sustituyen en gran parte a los comicios por centurias, por lo que se refiere a la labor legislativa.

¿Hasta qué grado correspondía la Roma republicana al ideal democrático?

Si hubo democracia, debemos buscarla en los comicios. Ahora bien, en los comicios por curias, los "clientes" tenían la obligación de votar con sus patronos. Por eso predominaban allí los *paterfamilias* más importantes, que habían atraído un mayor número de "clientes". En los comicios por centurias, no encontramos un ambiente más democrático. Los *caballeros* y la clase más rica reunían la mayor parte de las ciento noventa y tres centurias. Finalmente, tampoco son democráticos en sentido estricto los comicios por tribus, ya que Roma, con sus numerosos proletarios, no disponía más que de cuatro tribus, mientras que el campo romano se distribuía las otras treinta y una. Por tanto, los pocos hacendados ricos que podían viajar a Roma para asistir a las asambleas, tenían más influencia individual que los proletarios de la ciudad.

Notemos que la grandeza de Roma no debía nada a la democracia en el sentido que actualmente se da al vocablo. No niego que esta forma política puede tener sus méritos, pero tampoco debemos alegar la historia republicana de Roma como demostración práctica de la superioridad de la idea democrática. Sin embargo, la constitución republicana tenía sus controles y contrapesos, sus "checks and balances", como son: el veto, la *intercessio*, la necesidad de colaboración entre magistrados, comicios y senado para la legislación, la censura, la opinión pública, el tradicionalismo arraigado, la *provocatio ad populum* y el principio de que muchas funciones eran anuales, colegiadas y basadas en elección popular.

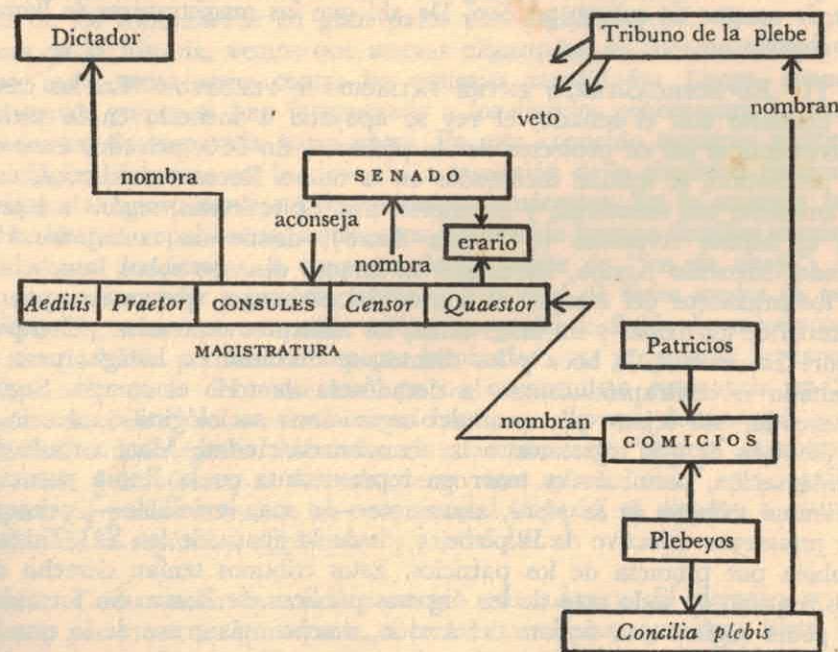
10. LA DESMEMBRACIÓN DEL CONSULADO. La frecuente ausencia de los cónsules —a causa de las continuas guerras en que Roma participaba— y la creciente complejidad de la vida colectiva obligaban a aquéllos a delegar parte de sus facultades en nuevos funcionarios. De esta desmembración del consulado nace una serie de "magistrados". Entre las nuevas funciones mencionaremos las siguientes:

1. El *tribunado militar*, creado en 444 a. de J. C. Los tribunos militares eran jefes de infantería y fueron seleccionados entre los plebeyos.

2. La *censura*, creada en 443 a. de J. C. Los censores debían organizar, cada cinco años, un censo general de la población romana; primero, con fines religiosos; y luego, con finalidades predominantemente fiscales. Además, ejercían una vigilancia moral, determinando quiénes debían entrar en el senado y quiénes debían salir de él. Decidían, por último, la concesión de los contratos en lo referente a obras públicas.

3. La *cuestura*, creada en 421 a. de J. C. Los cuestores intervenían en la justicia penal e imponían multas. Paulatinamente, comienzan a administrar parte de las finanzas públicas.

LA REPUBLICA ROMANA



4. La *pretura*, creada en 367 a. de J. C. Los pretores, gozando de *imperium*, aunque de una forma de *imperium* inferior a la de los cónsules, se encargaban de la administración de la justicia civil. Al lado del original *praetor urbanus*, para pleitos entre romanos, encontramos, desde 242, un *praetor peregrinus*, para administrar justicia en pleitos en que una de las partes o ambas eran extranjeros.

5. Los *ediles*. Nombrados desde 366 a. de J. C., eran los magistrados responsables del orden en las calles y mercados.

6. La *dictadura*. Es una magistratura extraordinaria para épocas de crisis nacional, cuando estaba en juego la existencia misma de Roma. En la situación de emergencia —pero con duración máxima de seis meses— el dictador tenía un poder ilimitado; algo semejante a nuestra “suspensión de garantías”, pero mucho más drástico.

En situaciones graves, pero no tan críticas, el senado podía conceder poderes extraordinarios a los cónsules (*senatusconsultum ultimum*), con suspensión de la *provocatio ad populum*.

Por regla general, el magistrado recibía su nombramiento de los comicios. Sin embargo, las listas de los candidatos tenían que pasar primero por el filtro del sacerdocio, el cual debía manifestar si los candidatos eran gratos a los dioses o no. Esto se prestaba a muchos abusos.

Como principio fundamental, el magistrado ejercía su función durante un año y no recibía salario alguno. Debía contentarse, pues, con el honor de ocupar un puesto público. De ahí que las magistraturas se llamasen *honores*.

11. EL ACERCAMIENTO ENTRE PATRICIOS Y PLEBEYOS. En los casos de conflicto con el senado, el rey se apoyaba a menudo en la plebe, convirtiéndose así en protector de los plebeyos. En 510, privados éstos de tal protección, se sentían incómodos en la nueva Roma republicana, con su ambiente tan senatorial, y decidieron irse. Se retiraron, según la leyenda, al Monte Aventino (o Monte Sacro), donde un embajador del senado, Menenio Agripa, les dirigió su famoso discurso sobre la rebelión de los miembros del cuerpo en contra del estómago, que recibe, por el esfuerzo de los demás y sin hacer nada, los alimentos necesarios. ¡El explotador! Las manos, la boca y los dientes, se declaran en huelga; pero el resultado es contraproducente: la decadencia de todo el cuerpo. Según la leyenda, este lejano precursor del organicismo sociológico convenció a los plebeyos de que regresaran a la abandonada ciudad. Mas, a título de compensación, permitiéndoseles tener un representante en la Roma patricia, el famoso *tribuno de la plebe*, sacrosanto —o sea, inviolable—, primero por juramento colectivo de la plebe, y, desde la época de las XII Tablas, también por promesa de los patricios. Estos tribunos tenían derecho de veto respecto de todo acto de los órganos públicos de Roma. Su formidable poder sugiere una derrota del senado, mucho más grave de lo que la historiografía romana quiere confesarlos.

En vez de un solo tribuno, pronto encontramos todo un colegio de tribunos, que son los organizadores de una serie de victorias sucesivas de la plebe. Primero obtienen la codificación de gran parte del derecho, típica medida plebeya, ya que un derecho consuetudinario, en manos de magistrados patricios, fácilmente tiende a ser un arma antiplebeya. Poco después, en 445, la *Lex Canuleya* permitió el “matrimonio justo” entre patricios y plebeyos. Un año más tarde, la nueva función de tribunos militares queda reservada a la plebe. Posteriormente, personas plebeyas

son admitidas como *conscripti* al senado. El nuevo cargo de cuestor queda abierto para ellas y desde 367 a. de J. C., uno de los dos cónsules debe ser plebeyo (una de las múltiples innovaciones debidas a las *Leges Liciniae Sextiae*). Desde 366 a. de J. C., el plebeyo puede ser edil; dictador, desde 356; censor, desde 351; pretor, desde 337; sacerdote, desde 300. A mediados del siglo III a. de J. C., la distinción entre patricios y plebeyos deja de ser problema candente.²² Sin embargo, surge una nueva división entre los *optimates* (conservadores ricos, patricios o plebeyos) y demócratas (progresistas, socialistas). La república había logrado borrar la separación entre patricios y plebeyos, pero su incapacidad para suavizar la nueva oposición entre los muy ricos, lógicamente conservadores, y las masas proletarias, que encontraban sus líderes entre los demócratas —a menudo, hijos rebeldes de familias ricas—, produjo su caída.

Aunque no debemos confundir a los plebeyos con los pobres,²³ la política de los tribunos fue en gran parte una política social. Como tantas veces en la historia, vemos que nuevas oligarquías en ascenso utilizan la gran masa como arma contra las antiguas autoridades. Luego, cuando los nuevos grupos se han incorporado a los círculos gobernantes, la masa queda tan desamparada como antes. En este conocido esquema político-sociológico, debemos ver la clave de la transición de la rivalidad patricios-plebeyos al nuevo contraste de *optimates*-demócratas. En la segunda fase de la historia republicana, ambiciosos jóvenes de buenas familias comienzan, como demócratas, a ocuparse de la suerte de “los de abajo”, no tanto para ascender a una oligarquía— a la cual de todos modos ya pertenecían—, como para oponer a ésta su poder individual, unipersonal. El senado había perdido su impacto inspirador: sus propuestas “contestaciones a los retos del momento” ya no encontraban resonancia en las masas: la “élite” se convertía simplemente en “grupo dominante” y la sociedad se desintegraba. Alrededor de una cadena de “césares”, arrancando desde Julio César, se formaba luego una nueva “élite” que lograba inspirar al pueblo romano: el cesarismo, el imperio, se dispone a ocupar el sitio de la república oligárquica y aristocrática.

12. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PRECLÁSICO. El derecho republicano pertenece, en gran parte, a la fase preclásica, que dura hasta las guerras contra Cartago. Trataremos de enumerar aquí sus características.²⁴

²² A menudo, algunos patricios se hacían adoptar por familias plebeyas, con aprobación del *consilium plebis*, para obtener así el derecho de ocupar funciones públicas, reservadas a la plebe (*transitio ad plebem*).

²³ Sólo en tiempos imperiales, el término *plebs* pierde su significado estricto y técnico que tuvo durante las luchas patricio-plebeyas de los primeros siglos de la república, y llega a designar, como en la actualidad, el gris rebaño, la gran masa popular.

²⁴ Para el estudio del derecho del segundo periodo republicano, nos referiremos a las págs. 56 y siguientes.

a) El derecho preclásico no individualiza mucho: *dura lex, sed lex*.²⁵ Busca la seguridad, aun en perjuicio de la equidad. "Estricto y riguroso, bajo y estrecho como los castillos medievales, es el derecho preclásico; pero tanto más sólidas y duraderas son sus murallas. Lo que falta en comodidades, se gana en seguridad", dice Jhering al respecto.²⁶

b) El derecho preclásico, especialmente en su fase arcaica, es un derecho nacional: muchos actos jurídicos no pueden celebrarse sino por romanos. Para gozar de la protección de las leyes, el extranjero necesita afiliarse como *cliente* a algún poderoso *paterfamilias* romano. Surge así una red de solemnes relaciones de amistad entre familias romanas y extranjeras; casi tratados entre *domus* romanas y aristócratas forasteros, suavizándose en esta forma el principio de la nacionalidad del derecho. Pero, poco a poco, se concede, dentro del propio sistema jurídico, un lugar más amplio a los extranjeros. La creación de la *praetura peregrina* (242, a. de J. C.) es un importante avance a este respecto.²⁷

c) Muchas relaciones actualmente comprendidas en nuestro derecho privado eran, en el derecho preclásico, de la competencia exclusiva del *paterfamilias*, o sea, del monarca doméstico y de la *gens*. Los consejos de familia y, más tarde, la censura, ejercen cierto control sobre esta materia.

Como señala Jhering, el principio clásico —y moderno— de que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (el derecho público no puede ser modificado por convenios entre particulares), también valía, en aquel entonces, en el sentido inverso, es decir *ius privatum pactis publicis mutari non potest* (el derecho privado no puede ser cambiado por decisiones de órganos públicos).²⁸

La autoridad pública no quería intervenir en muchas normas, actualmente consideradas como derecho privado. Mas, a medida que avanza la república, el Estado comienza a reglamentar cada vez más cuestiones del derecho privado.

d) La vida jurídica del periodo preclásico se componía de sólo unos cuantos tipos de negocios. Quizás esto impedía adaptar la práctica jurídica a las necesidades concretas de la economía romana, pero, por otra parte, tenía ciertas ventajas. "La práctica domina con mayor facilidad dos formas que veinte, y la jurisprudencia puede elaborar las teorías con tanta mayor agudeza y exactitud cuantos menos conceptos existen".²⁹ Así, el derecho romano parte de una notable "economía de conceptos": unas cuantas figuras, claramente delimitadas, que la joven ciencia del derecho comienza —tímidamente— a combinar en parejas y grupos mayores. Este

²⁵ Aunque la ley sea dura, no deja de ser ley.

²⁶ JHERING, *Espíritu*, II. 4.

²⁷ Con su típico *horror alieni*, el romano empleaba el mismo término *hostis* para el extranjero y para el enemigo.

²⁸ JHERING, *Espíritu*, I. 217.

²⁹ JHERING, *Espíritu*, II. 17.

principio era saludable, pues "una riqueza cuantitativa en conceptos y reglas jurídicas fundamentales es signo de debilidad".³⁰

La misma parsimonia aparece en materia procesal; la administración de la justicia, con sus cinco *legis actiones*, da la impresión de una máquina "magnífica por su ingeniosa sencillez",³¹ con resultados exactamente previsibles, pero incapaz de ajustarse a necesidades individuales. No hay "justicia en general"; sólo existe justicia en determinados casos, previstos concretamente en la legislación. Como observa Jhering, "una reclamación que no pudiera invocar en su favor un texto legal, no existía para el juzgador".³²

e) El derecho preclásico resulta plástico. Los actos jurídicos adoptan la forma de pequeñas obras teatrales, que se desarrollan con gran publicidad. En comparación con ello, la vida jurídica moderna es incolora.³³ No hay actos secretos; los cinco testigos de la *mancipatio* representan las cinco clases de todo el pueblo; el testamento se hace ante los comicios, y la *manumissio*, ante el pretor o con la publicidad propia del censo. Este rasgo se relaciona con la idea de responsabilidad individual y con la tradicional franqueza que penetra la antigua vida romana.

Hacia el fin de la república, todo esto cambia: introdúcese el testamento secreto, la votación en los comicios vuélvese también secreta, por razones que ya hemos mencionado, los negocios *per aes et libram* o la *in iure cessio* son sustituidos por contratos más discretos y cómodos. La vida jurídica comienza a discurrir por canales subterráneos.

f) En relación con la severidad del derecho preclásico y su publicidad, hallamos una extrema preocupación por la forma en los negocios jurídicos. "Así como el senador o el caballero se distinguen por su indumentaria, los asuntos se revisten de uniformes jurídicos que permiten diferenciarlos inmediatamente".³⁴ Estas formas son también inherentes a la tendencia clásica de manejar conceptos nítidamente separados. Todavía el romano de la fase clásica, por la necesidad de ejercer concretamente una acción determinada entre muchas acciones especiales —en vez de ejercer simplemente nuestra acción general—, quería saber siempre con exactitud qué clase de negocio estaba celebrando, y entre un préstamo en forma del contrato verbal de la *stipulatio* o del contrato real del *mutuo*, se señalaban grandes diferencias prácticas. De ahí el sumo cuidado en revestir siempre cada negocio de su forma específica.

13. LA REPÚBLICA Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL MEDITERRÁNEO. Ya hemos visto que Roma, en su fase republicana, conquista Italia y toda la región mediterránea. Ahora surge el gran problema: ¿Cómo debe organizarse el territorio sometido?

³⁰ JHERING, *Espíritu*, I. 41.

³¹ JHERING, *Espíritu*, I. 82.

³² JHERING, *Espíritu*, II. 43.

³³ JHERING, *Espíritu*, II. 8.

³⁴ JHERING, *Espíritu*, II. 18.

En Italia, Roma somete a su poder inmediato todo el *ager romanus*, la parte central de la península. Con los pueblos del resto de Italia celebra tratados, en los que se reserva la supremacía en cuestiones militares e internacionales, reclamando a menudo el pago de tributos anuales. Por lo demás, deja a los pobladores su propia organización política y su sistema jurídico local.

Roma completa este sistema de tratados con la fundación de colonias, es decir, ciudades fundadas por emigrantes romanos, que se encuentran dispersas a lo largo de Italia como pasas en un pastel, ligadas por las grandes carreteras romanas; sirven de puntos de apoyo comercial para Roma, son valiosas fuentes de información, se prestan para instalar guarniciones y constituyen focos de divulgación cultural.

Fuera de Italia, en las provincias, Roma está representada por un administrador romano y un reducido grupo de colaboradores. Este procónsul o propretor fue siempre nombrado por un solo año. Defendía los intereses de la metrópoli y administraba justicia entre ciudadanos romanos; por lo demás, no se interesaba mucho por su provincia. Mientras en ésta no hubiera tumultos y se pagaran puntualmente los tributos, la población disfrutaba de amplia libertad. La intervención de un Pilatos, por tímida que fuera, en una injusticia cometida por judíos contra un judío, excedió lo que hubiera sido la actitud normal, indiferente, de un representante de Roma. No hubo una política consciente para fomentar la economía de la provincia, o para llegar a una economía general mediterránea, inteligentemente planeada o dirigida desde Roma.

Así, Roma no era la capital de un territorio mediterráneo, sino más bien una enorme araña en el centro de una extensa red de tratados, bases militares y gobernadores provinciales.

Otro defecto del sistema era el cambio anual de los administradores de las provincias. Ello agravaba su corrupción, que comenzó a extenderse hacia el final de la época republicana. Un alto funcionario romano consideraba vergonzoso aceptar un salario por su prestigiado cargo, y, "en vista de tan altos ideales, no le quedaba más remedio que robar", según la cínica expresión de B. Brecht.

Para combatir la corrupción, se celebran entonces grandes procesos contra los administradores inmorales (cfr. Cicerón contra Verres); y como la defensa cuesta dinero, "los administradores añadían por adelantado, a lo que robaban, los gastos de los futuros procesos".

Sólo el imperio logra organizar el Mediterráneo de manera más satisfactoria, abandonando la idea de la *polis*, del Estado-ciudad, ya que ésta es una base demasiado estrecha para la organización de un territorio tan enorme.

14. PRIMERA FASE DEL IMPERIO: EL PRINCIPADO. Octavio —más tarde, Augusto, o sea, el brillante, nombre que le daba la adulación— había sido un joven insignificante, favorito de Julio César. Pero, con

sorpresa de todos, se convierte, tras la muerte de su padre adoptivo, en un enérgico líder, carente de escrúpulos. Una vez en el poder, experimenta un segundo cambio, y se transforma en un emperador prudente y sabio, dechado de virtudes ciudadanas.

No olvida la actitud del senado hacia Julio César y, por tanto, trata de dar la impresión de que está restaurando la antigua Roma republicana y senatorial. Nunca declara que ha comenzado una nueva etapa en la historia constitucional de Roma, sino que dice traer la paz, después de tantas generaciones de guerra civil, y que su época es sólo de transición, durante la cual él no hace más que preparar el camino a la restauración de la república.

Reúne en su persona varias funciones republicanas: es tribuno (de modo que tiene el importante derecho de veto y la *sacrosanctitas*), cónsul, procónsul respecto de varias provincias, *pontifex maximus*, censor (de modo que tiene la composición del senado en su poder), presidente del senado, jefe de la *annona* (organización central para el abastecimiento alimenticio de Roma), director de la moneda; dirige la política internacional; es el supremo jefe militar. Todas estas funciones ya habían existido en el periodo republicano: lo único nuevo es su concentración en una sola persona. Embellece Roma; otorga al imperio sus límites naturales (Rin, Danubio, desiertos africanos); organiza las precarias relaciones entre el senado y los "nuevos ricos", o sea, los *equites*; reorganiza el ejército y la armada. Además, administra personalmente importantes provincias. Su fortuna privada (origen del *fiscus*) es fabulosa, y el emperador, cuando es necesario, hace préstamos generosos al empobrecido erario. Sus esclavos y libertos se incrustan en la administración pública; les hace recomendaciones que ellos transmiten a los funcionarios a que están adscritos, y que éstos toman muy en cuenta. Nada indica, realmente, que fuera imposible regresar a la normalidad republicana, distribuyendo de nuevo sobre diversos ciudadanos el tremendo poder personal de Augusto; pero, de hecho, se perpetúa la situación por virtud de la cual una sola persona acumula muchas antiguas funciones, antes repartidas entre varios romanos.

El diplomático Augusto finge siempre un gran respeto por el senado. Y, como su nacionalismo coincide más con el espíritu de los senadores que el cosmopolitismo de Julio César, nunca surgen grandes conflictos entre el emperador y el citado organismo. Sin embargo, Augusto llevaba siempre una coraza bajo la toga cuando acudía a las sesiones senatoriales (dentro de las cuales figuraba como "primera cabeza", como *princeps*). También los siguientes emperadores concedían, en realidad o en apariencia, cierta importancia al senado. Por eso, esta primera fase del imperio se llama también la época de la *diarquía*, es decir, de un gobierno repartido entre el emperador y el senado.

Los comicios decaen rápidamente; después de Vespasiano (69-79), no intervienen ya en la elaboración del derecho.

En el curso de los primeros siglos del imperio, también el senado se eclipsa ante el creciente brillo del emperador. La última vez que éste se digna pedir la colaboración de los senadores en la expedición de normas jurídicas es bajo Septimio Severo (193-211).

Una burocracia imperial, con funcionarios bien pagados que ya no cambian cada año, sino cuando lo decide el emperador, surge al lado de la antigua magistratura, y los viejos organismos quedan reducidos a los límites municipales de Roma.

El problema de la organización territorial del mundo mediterráneo lo resuelve, de manera acertada, el principado. El emperador sustrae provincia tras provincia al dominio del senado. La economía de diversas regiones del Mediterráneo comienza a coordinarse. Fórmense colonias romanas fuera de Italia, y mientras Roma abre sus puertas a la influencia cultural helenística, tales colonias llevan a las provincias la cultura romana. Esto favorece cierta unificación psicológica de los diversos territorios del mundo antiguo.

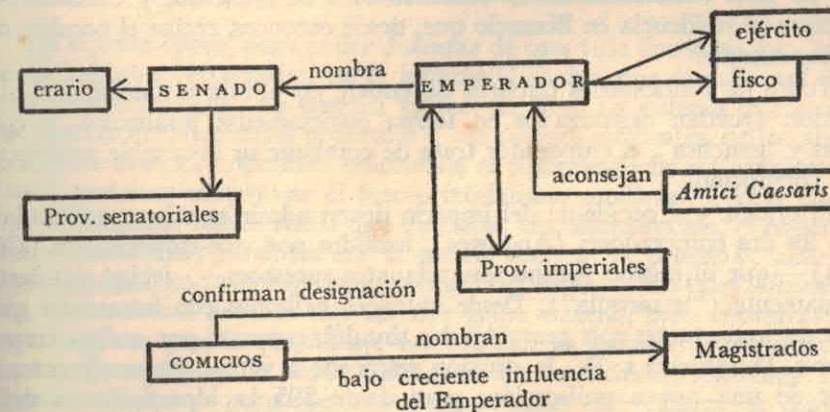
Los provincianos reciben con generosidad la ciudadanía romana y el senado se llena de aristócratas oriundos de ciudades que no pertenecen a la península italiana. Con Trajano sube al trono imperial el primer español; con Septimio Severo, el primer africano. En vez de una *polis* que dirige, mediante tratados o por conducto de un gobernador, a varios pueblos heterogéneos, encontramos un Estado supranacional, en el cual la posición de Roma pierde más importancia, desde el comienzo del imperio; y, en el curso de los siglos posteriores, la misma Italia comienza a perder su preponderancia en el ámbito del mundo antiguo.

El primer siglo imperial es una época de transición. Se habla de restaurar la república, mas en realidad se prepara una transformación política que imposibilita el retorno a las tradiciones republicanas. El ciudadano no comprende muy bien lo que está ocurriendo. El segundo siglo del imperio, que le otorga su máxima extensión, en cambio, muestra claramente que nunca se restaurará la república. Consolídase una nueva situación política en la que un solo ciudadano tiene, en forma vitalicia, un amplio poder central. Sin embargo, la presencia de una brillante serie de inteligentes —y, a veces, hasta sabios— emperadores, los Antoninos (96-196), generalmente ligados entre ellos por adopción, dora la pildora imperial. Trajano, Adriano, Antonino el Piadoso y Marco Aurelio, típicos déspotas ilustrados, proporcionan quizás al Mediterráneo su época más feliz. No faltaban, sin embargo, algunas nubes en el luminoso cielo de esta fase histórica. La población disminuye, a pesar de la legislación caducaria; el latifundismo aumenta; germanos y partos ejercen tremenda presión en las fronteras; el cristianismo, que se niega a participar en la vida pública del imperio y a rendir culto al emperador,³⁵ causa con ello

³⁵ Detalle importante, ya que éste era factor esencial y unificador en aquel imperio amenazado por fuerzas centrífugas desintegradoras. En tiempos cristianos, el Emperador, que ya no puede ser divino, cuando menos reina "por gracia divina".

problemas internos, y, en su última fase, el principado comete el error de conceder al ejército ingerencia política; en el siglo III, sobre todo, los emperadores son títeres de la soldadesca y se suceden rápidamente; con frecuencia, un asesinato pone fin a su breve gobierno. Sobre todo entre 235 y 285, fuerzas centrífugas de la peor calidad sustituyen al poder central. Es una época caracterizada por peste, inflación, hambre, piratas y bandidos; gran parte de la clase media queda eliminada. El ejército consta cada vez de menos italianos y más provincianos, y en él predomina además la capa más baja del pueblo: los enemigos del orden y de la propiedad. Para la burguesía de las ciudades era casi tan terrible sufrir el paso del ejército propio, como padecer el de los germanos o los partos. Los soldados exigían de los emperadores remuneraciones cada vez más elevadas; y, si éstos las negaban, el ejército solía sustituirlos sin vacilar. Guerras civiles devastan el imperio; el comercio decae; una abrumadora carga fiscal aplasta la economía, y sólo encontramos débiles vestigios de algo que pudiera calificarse de vida cultural. Mientras el descenso general de la natalidad causa el natural vacío demográfico en el imperio, desde fuera presionan razas jóvenes, queriendo entrar. Así como de la gran crisis de la república nació el principado, de la crisis de éste surge la siguiente fase política: la autocracia.

COMIENZO DEL PRINCIPADO



15. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DEL PRINCIPADO. En este periodo encontramos el máximo florecimiento del derecho romano, una lozanía preparada quizás en forma más bien oral, durante los últimos dos siglos de la república, en agudas discusiones y con injertos de la filosofía griega en las originales instituciones jurídicas romanas, pero que durante el principado se traduce en una abundante y espléndida *literatura* jurídica.

Si el derecho republicano se caracterizó por su inflexibilidad y rudeza y el afán de seguridad jurídica, en el derecho del principado predomina el intelecto y su deseo de realizar el principio de la equidad. Se tiende a individualizar las soluciones jurídicas, aun en perjuicio de su previsibilidad.

La famosa opinión de von Savigny, según la cual los juristas de esta época "calculaban con conceptos", no siempre responde a lo que sabemos del derecho clásico. Muchas veces debemos precisamente admirar, con von Jhering,³⁶ cómo los clásicos resisten la seducción del rigor lógico, cuando éste entra en conflicto con intereses reales.

16. SEGUNDA FASE DEL IMPERIO: LA AUTOCRACIA. El gran Diocleciano prepara al caótico siglo III un fin, si no feliz, cuando menos ordenado. Hace nuevamente del ejército un instrumento subordinado a la política nacional, quitándole su carácter de supremo poder. Desde entonces, el emperador es el único órgano importante en el Estado. Ya no tiene el senado influencia alguna. Los titulares de las otrora venerables funciones republicanas, como los cónsules o senadores, son ahora únicamente servidores del emperador; gozan de títulos honoríficos, pero a menudo tan costosos que los súbditos imperiales se esfuerzan en evitar tan magníficos nombramientos. El *honor* se había convertido en *onus* (carga).

Roma e Italia habían perdido su privilegiada situación. El emperador ya no reside allí necesariamente. Diocleciano, por ejemplo, pasó en Roma no más de unos cuantos meses en veintiún años de gobierno, y Constantino establece su residencia en Bizancio que, desde entonces, recibe el nombre de Constantinopla.

Todos los funcionarios públicos dependen, en última instancia, del emperador. Quedan organizados en forma estrictamente jerárquica, y con espías y "ganchos", el emperador trata de combatir su invariable tendencia a la corrupción.

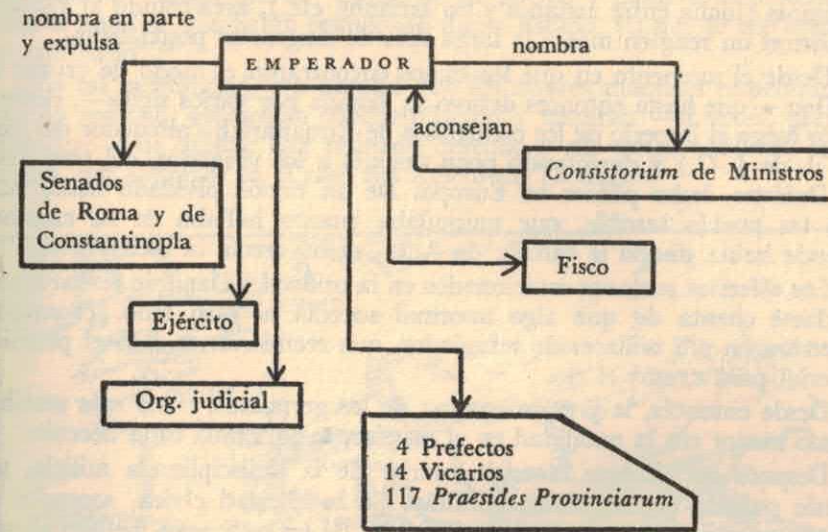
El oriente y el occidente del imperio tienen administraciones separadas, pero los dos emperadores (Augustos), asistidos por vice-emperadores (Césares) —que al mismo tiempo son presuntos sucesores—, debían ayudarse mutuamente ("tetrarquía"). Desde entonces hallamos con frecuencia que las leyes importantes son promulgadas simultáneamente por ambos emperadores. Durante el s. IV, la división retrocede a veces, temporalmente, a favor de una nueva unificación, pero desde 395 la bipartición es definitiva.

El aspecto general que nos ofrece el Bajo Imperio no es optimista: falta de libertad individual, abusos del fisco, inseguridad en las carreteras, bajo nivel cultural, constante presión desde el mundo germánico e infelicidad en alto grado (suicidio de la raza). "En las famosas ciudades de antaño, las calles están en ruinas, las casas vacías; en el foro y en el

³⁶ JHERING, *Espíritu*, I. 20.

gimnasio paca el ganado, y en el anfiteatro crece el trigo, sobre cuyas espigas sobresalen aún las estatuas".³⁷

EL BAJO IMPERIO



En aquella época, para poder disfrutar de una vida llevadera (un "refugio de tabiques refractarios, en el infierno"), había que ser alto militar o burócrata importante; no bastaba ya con ser rico. La defensa que otorgaban muchos terratenientes poderosos a sus colonos en contra de los abusos de los funcionarios imperiales estimulaba el nacimiento de un ambiente en el cual podemos vislumbrar el futuro feudalismo medieval. Podría decirse que "la principal fuerza social que quedaba, era, simplemente, el poder del Estado dictatorial; su arma era la policía secreta; el principal factor de cohesión social era la omnipresente sombra del verdugo. En tales circunstancias, una sociedad necesita sólo un leve golpe externo, para convertirse en materia prima pasiva que, luego, nuevas fuerzas sociales, empujadas por hombres procedentes de fuera, transformarán en sociedades jóvenes. Poco se necesita entonces para que miembros de sociedades caducas se conviertan en súbditos de extranjeros que todavía son capaces de sentir ideales, que disponen de alegría vital y que se sirven del patrimonio heredado de sociedades muertas para configurar otras nuevas".³⁸ Toda caída viene desde lo interior. "Lo que nos traiciona es siempre una propia falsedad interna" (Meredith).

³⁷ OSWALD SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, trad. española, Madrid, 1943; III. 155.

³⁸ Véase mi libro *El derecho romano, como afición*, Xalapa, 1959, pág. 100.

Es en esta fase que el cristianismo se convierte primero en religión tolerada (Galerio y Constantino, 311/3, edictos de tolerancia); luego, en objeto de especial cariño por parte de la corte (por ej., intervención personal de Constantino en el concilio de Nicea, 325), luego en religión oficial e intolerante (medida de Graciano y Teodosio I, 382). Las discrepancias teológicas (lucha entre arrianos y no arrianos, etc.), arrastrando al Estado, añadieron un renglón más a la larga lista de desgracias postclásicas.

Desde el momento en que los hunos encontraron el modo de cruzar el río Don —que hasta entonces detuvo su llegada por varios siglos—, destrozando luego el imperio de los ostrogodos de Ermanarich (alrededor del año 350 d. de J. C.) y derrotando poco después a los visigodos, del otro lado del Dniéster, hubo pánico en Europa. De un rincón olvidado había surgido un pueblo terrible, que aniquilaba cuanto hallaba en su camino. “Donde había pisado el caballo de Atila, ya no crecía la hierba”...

Los ejércitos romanos estacionados en la orilla del Danubio no tardaron en darse cuenta de que algo anormal sucedía al otro lado. Pronto se concentraron allí millares de refugiados, que recibieron en 376 el permiso imperial para cruzar el río.

Desde entonces, la presión externa de los germanos, tanto más sensible cuanto menor era la natalidad en el interior, se agravaba cada decenio.

Después de vencerse la crisis interior de la indisciplinada milicia, un triunfo pagado con terribles sacrificios de la libertad cívica, asomaba el peligro exterior de la invasión o infiltración de los germanos, peligro al que sucumbiría el imperio occidental.

Los germanos entraban cada vez en mayor número, con permisos colectivos, por la fuerza o clandestinamente. Cuando, por fin, el jefe bárbaro Odoacro, oficial germánico al servicio imperial, decidió mandar al último emperador de occidente, Rómulo Augústulo, a descansar en una de sus lujosas haciendas, encargándose él mismo de la responsabilidad del gobierno, mientras que otros bárbaros ocupaban el trono en diversos lugares del imperio, ocurrió un hecho que los súbditos imperiales veían venir hacía ya mucho tiempo. Este hecho no era más desagradable, para la mayoría de ellos, que otros muchos acontecimientos ocurridos desde hacía varias generaciones. Por lo demás, ese suceso no cambiaba tanto la realidad como podría sugerir el patético renglón en las tablas de fechas importantes: “476: Caída del Imperio de Occidente”. Lo que está tan bajo, no puede ya caer más.

Los nuevos jefes de los reinos visigodo, borgoñón, ostrogodo, vándalo, etc., sentían a menudo una sincera veneración por la cultura romana, y administraron sus regiones a veces con gran acierto. Pensemos en el rey ostrogodo Teodorico, enamorado de Italia y de su antigüedad, que resultó el mejor gobernante de la península en mucho tiempo.³⁹ Interesante tam-

³⁹ Véase la novelesca biografía de este pintoresco germano, por Marcel Brion.

bién es a este respecto la opinión de Ataúlfo, el rey visigodo. Primero quiso convertir el imperio romano en un imperio godo, pero pudo comprobar que los godos no sabían obedecer las leyes, y que sin éstas no hay Estado. Prefirió entonces fundar su gloria en el restablecimiento del antiguo imperio romano por la “fuerza de su pueblo y pasar a la posteridad como el hombre que había restaurado dicho Estado, ya que le fue imposible cambiarlo”.⁴⁰

Con tal mentalidad, era natural que los nuevos maestros respetaran el derecho romano, ordenaran su compilación y trataran —a veces, prematuramente— de aplicar este refinado derecho a sus toscos súbditos, como sucedió, por ejemplo, en el caso del *Edicto de Teodorico*.



El mundo antiguo, después de la caída del Imperio Romano de Occidente.

En cuanto al imperio de oriente, más rico y civilizado, con menos infiltración de bárbaros, continúa en línea recta la tradición de Augusto y de Diocleciano-Constantino. Allí vive el verdadero “emperador”, que, más tarde, se negará a reconocer la categoría imperial de Carlomagno y de sus sucesores, ya que éstos derivaron su ilegítimo título de emperador de un acto de usurpación por parte del papa León II, en la Navidad del año 800.

⁴⁰ Citado por F. WIEACKER, *Vom röm. Staat als Rechtsordnung*, Friburgo, 1949.

En la parte oriental del Mediterráneo se crea una nueva cultura, la bizantina, de rasgos muy propios, la cual —en medio de toda clase de calamidades— logra sobrevivir hasta el Renacimiento, para caer finalmente arrollada por los turcos, en 1453.

A uno de estos emperadores orientales, Justiniano (527-565), el último que trataba de conservar el latín como lengua oficial, debemos nuestro conocimiento del derecho romano, que él nos conservó en una gran compilación, el *Corpus iuris civilis*, con la cual logra, en parte, remozar el derecho y acercarlo al nivel del pensamiento jurídico del principado.

17. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DEL BAJO IMPERIO. Durante este periodo, la ciencia jurídica decayó notablemente, a tal grado que se designa como “derecho vulgar” el posterior a Diocleciano. Aunque no soy partidario de tales simplificaciones, podríamos decir que, si en el derecho preclásico ha predominado la inflexibilidad y la rudeza, y en el derecho clásico el intelecto, el derecho postclásico sufrió un exceso de sentimentalismo, no compensado por un sentido de propia responsabilidad o por penetración dogmática.⁴¹

Sería erróneo pensar que la fase postclásica ha sido pobre en creaciones legislativas: *pessima tempora, plurimae leges...*⁴² El juicio peyorativo de la vida jurídica de entonces no se refiere a la cantidad, sino a la calidad.

Las innovaciones, incorporadas en “constituciones imperiales”, consistían sobre todo en adaptaciones del derecho romano al derecho local, provincial (en gran parte una “orientalización” del derecho, tendencia aún combatida por Diocleciano pero admitida desde Constantino), adaptaciones al cristianismo y al socialismo de Estado.

En el occidente, el derecho romano vulgar perdura hasta entrada la Edad Media, pero en el oriente el ambiente vulgarista cedió su lugar al *Corpus iuris civilis*, en tiempos de Justiniano (527-565).

SEGUNDA PARTE

HISTORIA EXTERNA DEL DERECHO PRIVADO ROMANO

18. EL CONCEPTO DE HISTORIA EXTERNA DEL DERECHO ROMANO. Debemos distinguir varias clases de fuentes jurídicas:

a) *Fuentes formales* del derecho, o sea, las categorías de formas en las que se manifiesta el derecho, como son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, etc.

b) *Fuentes históricas* del derecho, es decir, los documentos por los cuales lo conocemos; como son: el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo, el manuscrito de Florencia del *Digesto*, etc.

c) *Fuentes reales* del derecho, o sea, los acontecimientos o situaciones sociológicas que han dado lugar a determinadas medidas jurídicas. Así, la desaparición de la clase media rural, relacionada con el crecimiento del proletariado, constituyó la fuente real de la legislación agraria de los Gracos.

Ahora bien, la historia externa del derecho romano es la historia de sus fuentes formales, mientras que la historia interna del mismo, a la cual nos referiremos más tarde, describe el desarrollo de cada institución (por ejemplo, el desenvolvimiento de la patria potestad, de la posesión, de la cesión de créditos, etc.).

Las fuentes del derecho privado romano que examinaremos son:

- | | |
|--|------------------------------------|
| 1. La costumbre. | 5. La <i>iurisprudencia</i> . |
| 2. La <i>lex rogata</i> . ¹ | 6. Los edictos de los magistrados. |
| 3. El <i>plebiscito</i> . | 7. La <i>constitutio</i> . |
| 4. El senadoconsulto. | |

En esta relación se destacan con letra especial los términos que en el derecho romano tienen significado distinto que en el moderno.

19. LA COSTUMBRE. Hablamos de una costumbre jurídica cuando hay cierta uniformidad en los actos positivos o negativos (omisiones) que realizan los miembros de un grupo social en determinadas circunstancias, ya desde hace largo tiempo, siempre y cuando esta uniformidad se base en una *opinio necessitatis*, en un parecer general de que “así debe uno com-

⁴¹ Para más detalles, véanse las págs. 65 y sigs.

⁴² En las peores épocas, es cuando se expiden más leyes...

portarse".^{1a} El derecho consuetudinario que entonces surge, constituye una primera manifestación de la vida jurídica, cuando un grupo primitivo comienza a transformarse en una verdadera sociedad.²

20. LEGES ROGATAE. Estas leyes surgen de la colaboración entre los magistrados (cónsules), los comicios (por centurias) y el senado. Su proyecto, presentado por los cónsules con consentimiento del senado, era sometido a la opinión de los comicios durante un periodo preparatorio de veinticuatro días en el cual se podía discutir en asambleas informativas (*contiones*), con *dissuasiones* en contra y *suasiones* en pro. Luego se rechazaba o aprobaba en su totalidad, sin que los comicios pudieran introducir modificaciones.³ La votación se hacía depositando en las urnas pedacitos de cerámica, con *A* (*Antiquo*) o *U* (*Uti*) *R* (*Rogas*), es decir, "según el antiguo derecho" o "como propones ahora". Una antigua moneda nos representa todavía este acto público: un ciudadano pasa por una plataforma y, en presencia de la asamblea, deposita en la urna uno de sus dos "boletos" de barro. (Véase la figura.)



Votación en los comicios. Un ciudadano pasa por una plataforma artificial y recibe sus dos pedazos de cerámica, de mano de un funcionario sentado abajo. Otro ciudadano deposita en la urna uno de los dos pedazos.

El nombre de una ley indica generalmente quiénes fueron los cónsules durante el año de su aprobación (por ejemplo: *Lex Papia Poppaea*). A veces se añade también alguna indicación sobre su contenido (por ejem-

^{1a} Este requisito no está claramente formulado en el *Corpus iuris*. C. 8. 52. 2 se acerca más.

² Véase también el párrafo 51.

³ La *Lex Caecilia Didia* de 98 a. C. prohibió la viciosa costumbre de reunir en un solo proyecto de ley diversos asuntos, no relacionados entre ellos, con el fin de hacer aprobar una medida no muy popular, como parte de un paquete de medidas, en su mayoría populares y necesarias. Como los comicios no tenían derecho de enmendar el texto del proyecto, esta práctica por parte de los cónsules podía ser peligrosa.

plo: *Lex Licinia Sumptuaria*, contra el *sumptus*, o sea, el lujo; la *Lex Plaetoria de minoribus*, sobre la protección de los menores de veinticinco años, etc.).

Una *lex rogata* se componía de los elementos siguientes:

- a) la *praescriptio*, una mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación;
- b) la *rogatio*, el contenido dispositivo de la norma, y
- c) la *sanctio*, la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley.

Si falta la *sanctio*, hablamos de una *lex imperfecta*; si la sanción consiste en un castigo al transgresor, quedando intacto el resultado del acto violatorio, la *lex* es *minus quam perfecta* (menos que perfecta); y, si la sanción consiste en la anulación del acto violatorio de la ley, se trata de una *lex perfecta*. Como esta terminología no se deriva del *Corpus iuris*,⁴ nada se opone a que una ley cuya *sanctio* combinaría el castigo del transgresor con la anulación de los resultados del acto respectivo, se califique de *lex plus quam perfecta* (más que perfecta).

Desde Teodosio, el quebrantar una prohibición legal implica automáticamente la nulidad del acto violatorio, de manera que desaparecen las *leges imperfectae*, pero también las *minus quam perfectae*, solución demasiado rigurosa en la práctica.

Conocemos unas ochocientas *leges rogatae* (una modesta cosecha para siete siglos de labor legislativa), y sólo unas cuarenta son interesantes para el derecho privado. La razón estriba en que el romano desconfía del derecho legislado y prefiere que las normas jurídicas nazcan espontáneamente como derecho consuetudinario, o que surjan de las opiniones de prestigiados jurisconsultos y de medidas procesales tomadas por los magistrados más íntimamente vinculados a la administración de la Justicia: el pretor y el edil. A este respecto, la actitud romana se halla más cercana de la anglosajona que de la nuestra. Si Allen dice que el derecho producido por el juez es vivo y humano, mientras que el creado por el legislador no tiene ni humanidad ni humor, estamos en presencia del equivalente inglés a la opinión de Livio de *legem rem surdam, inexorabilem esse* (la ley es algo sordo, inexorable), como señala Schulz.⁵ En ambos casos la tendencia nacional al empirismo incita a un método inductivo en la creación del derecho. Se rechaza en gran parte el "derecho proléptico" que fija de antemano reglas para cuanto pueda suceder algún día, y prefiere esperar a que los acontecimientos se presenten, para buscar luego una equitativa solución. Cada caso, acertadamente resuelto, lo consideran los romanos como una contribución a la formación del derecho objetivo. Lo mismo vale para el derecho anglosajón, con la diferencia de que allí el

⁴ Sólo un fragmento aislado de una obra de ULPIANO, cuyo texto exacto se discute (Ulp. fragm. tit. 1.2), parece ofrecer un punto de apoyo a esta terminología.

⁵ *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, pág. 6.

excesivo respeto al precedente, el *stare decisis* (apegarse a lo decidido), ha llevado a cierta esclerosis, cierta rigidez. El derecho romano, cuando menos hasta su fase postclásica (con su *Ley de Citas*, etc.), supo conservar más elasticidad, más libertad frente a las grandes decisiones aconsejadas por el pasado.⁶

El método inductivo romano se expresa claramente en la primera cita de un famoso título del *Digesto*, D. 50.17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), en la forma siguiente: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (el derecho no debe nacer de alguna regla, sino que la regla debe nacer del derecho ya existente).⁷

Esta característica postura romana explica la lentitud del crecimiento del derecho romano y, con ella, su solidez. De los cuatro elementos creadores del derecho (o sea: a) la conciencia popular; b) la práctica judicial; c) la doctrina, y d) el legislador) es este último el que puede trabajar con mayor rapidez y producir cambios vertiginosos (el derecho revolucionario suele ser derecho legislado), pero también es el que corre más riesgo de arrojar sobre la sociedad nubes enteras de lo que Jhering llama "moscos de un solo día".

Es verdad que Pompeyo, y luego Julio César, temiendo la decadencia de la ciencia jurídica romana por el influjo de la oratoria, querían codificar el derecho para salvarlo, utilizando un remedio inspirado en el helénismo contra un mal producido por aquella misma corriente. Sin embargo, esta idea era antirromana (como muchos elementos de la ideología de este político). Augusto, mucho más nacionalista que su padre adoptivo, prefirió otro camino para combatir el citado peligro: en lugar de codificar, dedicóse a levantar el espíritu de los mejores jurisconsultos mediante una intervención que luego estudiaremos.

Todavía por unos siglos más, la evolución del derecho quedaría en manos de quienes dedicaban sus vidas a la práctica y teoría jurídicas, y no de los legisladores. Sin embargo, desde el comienzo del imperio, notamos una nueva tendencia que durante el período postclásico dominará el campo de la creación jurídica. Como una nueva idea en una obra musical, que primero se anuncia tímida, casi imperceptiblemente, para luego dominarla, surge el derecho legislado; pero no ya en forma de *leges rogatae*, sino como medidas decretadas por el emperador: las *Constitutiones*, de las cuales hablaremos después.

Algunas de las no muy numerosas *leges rogatae* se estudiarán en este libro.

⁶ Véase RADBRUCH, *Geist des englischen Rechts*, Gotinga, 1958, especialmente las págs. 33 y siguientes.

⁷ También para el derecho inglés valdría esta fórmula; sólo cuando una materia ha pasado, desde hace mucho tiempo, por el filtro de la práctica judicial, la reglamenta finalmente el legislador inglés, por medio de alguna *consolidation act*. La versión norteamericana del derecho anglosajón tiende a acentuar el papel del legislador.

También encontraremos la figura de *leges datae*, impuestas a alguna comunidad recién incorporada a la organización territorial republicana o imperial, expedidas por un alto funcionario romano (en tiempos imperiales, por el emperador), sin intervención directa por parte de los comicios o del senado. Para el derecho privado, esta figura tiene escasa importancia.

21. LAS DOCE TABLAS. Tras estos datos sobre las *leges rogatae* en general, debemos mencionar la primera ley importante del derecho romano, que conocemos en gran parte: la *Ley de las XII Tablas*, resultado de las labores de una comisión especial.⁸

Esta codificación de las bases de los derechos privado y público de la antigua Roma significaba una victoria para los plebeyos. Según la leyenda, el tribuno Terentio Arsa pidió, desde 462 a. de J. C., que el derecho se fijara por escrito. Luego de tenaz resistencia (ya que el derecho consuetudinario es el arma de los patricios, de cuyo seno surgen los jueces que deciden si una costumbre constituye derecho o no) envió Roma, en 454, una embajada a Grecia —en realidad, probablemente a las ciudades colonizadas por los griegos en el sur de Italia—, para inspirarse en el superior derecho griego (recordemos la legislación de Solón). A su regreso, en 451, los *decemviri* (todos patricios) codificaron en diez tablas los puntos esenciales, con la siguiente distribución:

Tablas I-III.—Derecho *procesal*.

Tabla IV.—Derecho de *familia*. Contiene la reglamentación de la patria potestad, siguiendo tradiciones arias. Allí encontramos también la disposición de que el padre debe matar al niño que nazca deforme.

Tabla V.—Derecho *sucesorio*, con la libertad testamentaria, tan sorprendente desde el punto de vista sociológico.

Tabla VI.—Derecho de *cosas*. Se esboza la distinción entre propiedad y posesión.

Tabla VII.—Derecho *agrario*. En esta tabla se incluyen las diversas servidumbres legales, materia tan importante para una comunidad agrícola como Roma.

Tabla VIII.—Derecho *penal*, con el sistema del talión para lesiones graves y tarifas de "composición" para lesiones de menor importancia, con la meritoria diferenciación entre culpa y dolo en materia de incendio y la especificación de muy graves penas para ciertos delitos que afectaban el interés público, como son el testimonio falso o la corrupción judicial.

Tabla IX.—Derecho *público*.

Tabla X.—Derecho *sacro*. En ella encontramos también disposiciones prohibiendo manifestaciones lujosas durante las exequias.

⁸ Conocemos unos fragmentos de leyes anteriores, las *leges regiae* o el *ius Papirianum* (véase las *Fontes* de BRUNS). Por lo poco que podemos concluir de tales restos documentales, se trataba especialmente de disposiciones sacramentales, que se refieren más bien al *fas* que al *ius*.

Poco tiempo después, hubo necesidad de hacer algunas modificaciones y añadiduras, y una segunda comisión (esta vez, con participación plebeya) formuló un proyecto de dos tablas adicionales, que fueron aprobadas en 449 a. de J. C.

Según la leyenda, estas tablas, de madera, se quemaron durante la invasión de los galos (390 a. de J. C.). Quizá fueron luego grabadas de nuevo; también es posible que sólo se transmitieran por tradición oral. Ciertamente es que formaron parte del programa de las escuelas, cuando menos hasta la época de Cicerón, y en tiempos imperiales estaban en la plaza de la nueva Cartago, colonia romana fundada sobre las ruinas de la antigua enemiga de Roma.

Con base en múltiples citas y referencias indirectas, se ha logrado reconstruir gran parte de su contenido.

La legislación de las XII Tablas ha dado lugar a muchas dudas y discusiones.

a) En primer lugar, ¿existió realmente? ¿No se tratará de una confusión, embellecida por leyendas y datos, sólo parcialmente históricos, con la "indiscreción de Cneo Flavio" de 304,⁹ como sugiere País? ¿O bien, era una colección de máximas jurídicas, surgidas en épocas distintas de la vida forense, que reunió finalmente Sexto Aelio Paeto (204), como opina Lambert? Efectivamente el lenguaje de las tablas, aunque algo arcaico y a veces oscuro por su excesiva condensación, no siempre corresponde al siglo V a. de J. C., ya que en su contenido hay manifiestos anacronismos de fondo.

Es, pues, evidente que las leyendas sobre el origen de las XII Tablas presentan puntos anacrónicos en relación con acontecimientos posteriores, y que no merecen mucha confianza. Sin embargo, la opinión dominante reconoce hoy la existencia de una legislación romana elaborada unos cinco siglos antes de Jesucristo, y cuyo contenido, a grandes rasgos, corresponde a los textos transmitidos de las XII Tablas, aunque en la tradición respectiva se infiltraron también algunas normas de época posterior.¹⁰

b) ¿Se trata, verdaderamente, de un derecho inspirado en la vida jurídica de Grecia? No es probable. Figuras típicas de las XII Tablas, como la libertad testamentaria, no existían en la Grecia de aquella época. Además es inverosímil, desde el punto de vista sociológico, que una codificación hecha en el siglo V a. de J. C. haya copiado derechos extranjeros. Para tal "recepción" de un derecho ajeno, los sistemas jurídicos arcaicos están demasiado vinculados a costumbres y religiones nacionales. Más bien pudo tratarse de una fijación del derecho consuetudinario romano, con algunas innovaciones destinadas a conciliar los opuestos intereses de patricios y plebeyos. Sin embargo, no puede negarse que algunos términos (como *poena*) tienen un marcado sabor griego.

⁹ Véase pág. 55.

¹⁰ Véase BONFANTE, *Historia*, II. Apéndice 1, con bibliografía.

c) ¿Acaso se trata de una hazaña jurídica? No; esta primera fase del derecho romano corresponde a la fórmula ruda "unas cuantas normas severas y procesos cortos". En realidad, es una mezcla de reglas primitivas (como la muerte dada al deudor incumplido —siempre y cuando el acreedor no prefiera venderlo como esclavo—;¹¹ la pena del talión; la muerte a niños deformes, etc.) con otras sorprendentemente progresistas para el siglo V a. de J. C. (la libertad testamentaria, la *usucapio*, diferenciación de la pena por incendio, según que éste sea causado por malicia o por descuido).¹² A pesar del entusiasmo de Jhering por esta legislación, Bonfante está en lo cierto cuando opina que en la historia jurídica occidental se mencionan las XII Tablas de la misma manera que se recuerdan las obras juveniles de hombres que luego realizaron auténticas proezas.

Los romanos mismos, que sienten por la tradición idéntico respeto que otro gran pueblo conquistador y organizador, el inglés, continuaban venerando este monumento jurídico como *fons omnis iuris* (fuente de todo el derecho). En pleno periodo clásico se publican aún comentarios al mismo y, todavía mil años después, el *Corpus iuris* cita varias de sus disposiciones.

Para explicar esta popularidad de la legislación de las XII Tablas, aun en épocas mucho más avanzadas, no basta la referencia al tradicionalismo. Debemos recordar también que se trata probablemente del resultado de una apasionada lucha entre patricios y plebeyos, y "lo que nace con dolor tiene para nosotros un valor distinto de lo fácilmente ganado".¹³ Así surgió hacia las XII Tablas una cierta veneración mística, comparable a la que encontramos en relación con la Carta Magna de Inglaterra, el derecho nacido de la Revolución Francesa o el resultado jurídico de la Revolución Mexicana.

d) ¿Es la legislación de las XII Tablas algo así como un código? No. Los códigos actuales tienen pretensiones de hermetismo, de dar soluciones a cualquier caso que pueda presentarse. Por el contrario, las XII Tablas fijan sólo el derecho en ciertas hipótesis, pasando en silencio muchas normas consuetudinarias "que todo el mundo conoce". Concretan una cantidad de costumbres jurídicas, fijando exactamente los plazos, los equivalentes en dinero de ciertas lesiones, etc., pero no ofrecen solución a los muchísimos casos que la variada realidad social puede ofrecer.

Finalmente, quiero observar que —como en toda creación jurídica importante— no falta en esta legislación el tono político. Tiene, entre otras, la función de ser un armisticio, una pausa en la lucha entre patricios y plebeyos, una plataforma común entre el derecho patricio y el derecho

¹¹ Esta dureza para con el deudor insolvente constituye un típico rasgo de las sociedades campesinas, en las cuales la propiedad se adquiere difícilmente, arrancándosela con sudor a la naturaleza. Es bien sabido que el campesino medio tiene una mentalidad de propietario más desarrollada que el comerciante y, en general, que el hombre de la ciudad.

¹² En materia penal, los derechos primitivos suelen sancionar el resultado sin tener en cuenta la intención.

¹³ JHERING, *Espíritu*, II. 63.

plebeyo, que seguramente también existió. Victorias plebeyas son varias disposiciones loables que pueden considerarse como precursoras de nuestras "garantías individuales", a saber, la igualdad de todos ante la ley (*privilegia ne inroganto*), el principio de que nadie puede ser ejecutado sin proceso, y la apelación de una sentencia de muerte ante la asamblea popular: la *provocatio ad populum*. Otro triunfo plebeyo es el de señalar el deber del patrón de ayudar honradamente a su cliente.

En cambio, en la relación deudor-acreedor no encontramos nada de esta moderadora influencia plebeya. Reina aquí una dureza cruel. Tras un procedimiento rápido y enérgico, el acreedor puede vender al deudor *trans Tiberim* (prueba de que esta reglamentación es anterior al año 396 a. de J. C., cuando el Tíber dejó de ser frontera romana), o matarlo.

22. PLEBISCITOS. Son medidas administrativas o legislativas, tomadas por los *consilia plebis* e inicialmente válidas sólo para la plebe misma. Pero desde una *Lex Hortensia*, de 287 a. de J. C., la Roma patricia también tenía que acatar estos plebiscitos. Tal cosa fue prueba de una espectacular derrota de los patricios, que la historiografía romana prefiere dejar en discreta penumbra.¹⁴

A partir de esta *Lex Hortensia*, se designa también a los plebiscitos con el nombre genérico de *leges*. Sin embargo, podemos muchas veces distinguir los plebiscitos posteriores y las *leges rogatae*, por el hecho de que aquéllos llevan un solo nombre —el del tribuno que tomó la iniciativa (por ejemplo, *Lex Cincia*)—, mientras que las *leges rogatae* llevaban dos, es decir, los de ambos cónsules (por ejemplo, *Lex Papia Poppaea*).

23. SENADOCONSULTOS. Desde épocas muy remotas, el senado había en cierto modo intervenido en la formación del derecho romano, ya que se necesitaba su ratificación para que una *lex rogata* fuera válida. Pero, además, el senado expedía senadoconsultos, que originalmente eran simples consejos paternos dirigidos a otras autoridades o al pueblo. Muchas veces se trataba de contestaciones a algún magistrado que solicitaba la opinión del senado sobre algún problema que no quería resolver bajo su propia responsabilidad.

También los pretores podían recibir tales consejos senatoriales, y, como cualquier otro funcionario romano, solían tomar muy en cuenta lo que el senado opinaba; así, éste contribuía, casi subrepticamente, a la formación del derecho honorario.

Sin embargo, la influencia senatorial en la creación del derecho no se limitaba a lo anterior. Desde el siglo II a. de J. C., en momentos de crisis nacional (como en el caso del Senadoconsulto *de Bacchanalibus* de 186 a.

¹⁴ Las referencias a presuntas leyes anteriores incluso a la época de las XII Tablas, que hubieran dispuesto *ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret* (lo que le plebe haya dispuesto en sus comicios por tribus será obligatorio para todo el pueblo) —Livio, III. 55— no merecen confianza alguna.

de J. C.),¹⁵ el senado expedía las normas necesarias para hacer frente a la situación, especialmente en el último siglo antes de Jesucristo. Efectivamente, cuando los comicios se hallaban bajo la influencia de demagogos y no servían ya para labor técnica seria (como es la tarea legislativa), el senado, que tenía temporalmente más poder que los demócratas, expedía en forma de senadoconsultos normas de obligatoriedad general, especialmente en materias administrativas. Mencionemos a este respecto la acertada observación de Schwind¹⁶ de que la Roma antigua, no teniendo una constitución escrita en el sentido moderno, concedía gran importancia a la "influencia normativa de lo facticio", en relación con la creación del derecho.

A fines de la república, en la fase de los grandes líderes autocráticos, el senadoconsulto degenera y se convierte en una mera confirmación de la voluntad del caudillo. He aquí lo que dice Montesquieu a este propósito: "César, siempre enemigo del senado, no pudo ocultar el desprecio que le inspiraba ese cuerpo, casi ridículo desde que no tenía poder; su misma clemencia era insultante. Los senadores se dieron cuenta de que no perdona, sino que meramente desdénaba el castigo. Llegó su desprecio al punto de elaborar por sí mismo los senadoconsultos y firmarlos con el nombre de los primeros senadores que se le ocurrían: Me entero a veces —dice Cicerón en sus *Cartas familiares*, IX. 15— de que un senadoconsulto que aparece firmado por mí, ha sido llevado a Siria y a Armenia, antes de saber yo que existía tal documento; y muchos príncipes me han escrito cartas dándome las gracias por haber opinado que se les concediera el título de reyes y no sólo ignoraba yo que eran reyes, sino que además desconocía por completo su existencia."¹⁷

Los primeros emperadores no se atreven a violar tan descaradamente las normas. Recordando lo que le pasó a Julio César, procuran conservar una apariencia de respeto en sus relaciones con el senado. De todos modos, el contenido de los senadoconsultos del principado —que, desde entonces, versan con frecuencia sobre materias de derecho privado— corresponde exactamente a la voluntad del emperador, el cual a menudo dirige al senado la iniciativa correspondiente en forma de una epístola u *oratio*. Sólo por cortesía se viste aún la legislación imperial con el ropaje republicano de los senadoconsultos. Después de Caracalla, desaparece esta forma de derecho.

En el curso de estas páginas encontraremos frecuentemente que, mediante senadoconsultos, se reglamentaron importantes materias de derecho privado, como en el caso de los senadoconsultos macedoniano, jувenciano, pegasiano, tertuliano, etc. En general, llevan el nombre del cónsul o emperador que tomó la iniciativa correspondiente, pero en esto hay excep-

¹⁵ *Remains of old Latin*, Harvard Univ. Press, pág. 255 y siguientes.

¹⁶ *Römisches Recht*, Viena, 1950, pág. 38.

¹⁷ *Grandezza y decadencia de los romanos*, Col. Austral, 1944, pág. 76 y siguientes.

ciones (como el senadoconsulto macedoniano que lleva el nombre del asesino cuyo crimen dio lugar a esta medida).

24. JURISPRUDENCIA. Es éste un término que por sus varios sentidos resulta peligroso. Significa:

- a) La ciencia del derecho en general.
- b) El conjunto de tesis judiciales importantes (terminología especialmente francesa).
- c) El conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos (terminología típicamente romana).
- d) Las doctrinas e ideas que se exponen, en México, en nuestro curso de "Introducción al estudio del derecho" (terminología específicamente inglesa).

En la literatura mexicana encontramos el término, sobre todo, en los dos primeros sentidos. En este libro lo utilizaremos en el tercero, o sea, como caudal de opiniones expresadas por peritos en derecho que, basados en su conocimiento del derecho positivo y en su fina intuición de lo justo, resuelven casos problemáticos, reales o hipotéticos. Aunque predomina en sus obras el carácter casuístico, en ocasiones también formulan, o tratan de formular, reglas abstractas, algunas veces inspiradas en la filosofía helénica y, otras, en los casos concretos de cuyo análisis se han ocupado. Sus contestaciones, peritajes y opiniones se coleccionaban, discutían y comparaban. Formábase así un abigarrado conjunto de decisiones concretas, de consejos e ideas, que es la jurisprudencia romana, parte de la cual se ha conservado en el *Digesto* de Justiniano.

La influencia de estos jurisconsultos en la formación del derecho ha sido enorme. En ninguna fase de la historia jurídica la ciencia de los peritos del derecho ha creado derecho positivo de una manera tan directa, como durante el florecimiento del derecho clásico romano.

Los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender. El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia,¹⁸ y, aún en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Incluso, cuando la cultura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como lo demuestra la Edad Media con sus "juicios de Dios". Así vemos en la Roma arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los *libri pontificales*. Un factor adicional que explica tan destacada posición de los hierofantes en la vida jurídica estriba en el hecho de que éstos eran casi los únicos que sabían leer y escribir.

¹⁸ Para las relaciones entre el derecho romano y la magia puede consultarse (con alguna precaución) la curiosa obra de A. HAGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, Upsala, tomo I, 1927; tomo II, 1941.

Tras la expedición de las XII Tablas, hicieron los sacerdotes aplicaciones prácticas de las normas respectivas, que los creadores de las Tablas nunca hubieran sospechado, desvirtuando el sentido del texto jurídico respectivo, a fin de satisfacer mejor las necesidades modernas. Ilustraremos esto con algunos ejemplos.

Las XII Tablas disponían que un padre perdía la patria potestad por tres "ventas" sucesivas de un hijo (se trataba de ventas con efectos temporales, seguidas de retrocompras; mientras tanto, el hijo tenía que trabajar para el "comprador"). Los sacerdotes permitieron luego que se utilizara esta sanción para realizar, con tres ventas ficticias, una emancipación, figura desconocida en el derecho arcaico.

Otro ejemplo. Las XII Tablas disponían que el demandado que no se defendiera, perdería el proceso. Los sacerdotes utilizaron esta norma con el fin de crear un nuevo procedimiento para la transmisión de toda clase de derecho: el adquirente y el enajenante sostenían ante el pretor un pleito ficticio y como el enajenante-demandado no se defendía, el pretor reconocía que el derecho por transmitir correspondía al adquirente-actor. Esta figura de la *in iure cessio* no se limitaba a transmisiones de la propiedad, sino que extendía su campo de acción a figuras como la *manumissio*, o sea, la liberación de un esclavo, la constitución de servidumbres, el traspaso de la patria potestad (adopción) o de la tutela.

Un ejemplo más. Las XII Tablas disponían que las partes podían añadir cuantas cláusulas quisieran a una *mancipatio* (solemne venta formal), y los sacerdotes utilizaron luego esta disposición para crear, desnaturalizando la *mancipatio*, contratos como el comodato, la prenda, el depósito. También permitieron la *mancipatio "nummo uno"* ("por un centavo") para formalizar una donación, e inclusive utilizaron la *mancipatio* combinada con acuerdos verbales para crear una nueva forma de testamento: la venta de todo el patrimonio, *nummo uno*, a un amigo del testador, con la cláusula de que éste distribuiría el patrimonio, después de la muerte del vendedor, según instrucciones paladinas o secretas de éste.

En resumen, los *decemviri* no hubieran reconocido muchas veces lo que los sacerdotes habían hecho en su obra con tales acrobacias jurídicas, o sea, mediante tal *interpretatio* (en cuyo término la raíz *pret*, que volvemos a encontrar en "priest" o "prêtre", recuerda la antigua influencia sacerdotal en nuestra disciplina).

Para que comenzara el verdadero florecimiento de la jurisprudencia romana, era necesario sacar la ciencia del derecho del reducido círculo de los sacerdotes, es decir, secularizarla.

Esta secularización se realizó en varias etapas. Primero, según la leyenda, el plebeyo Cneo Flavio —auténtico Prometeo democrático, como dice Schulz,¹⁹ ya que llevó el fuego del derecho desde el cielo hasta los

¹⁹ SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1953, pág. 10.

hombres—, secretario del ciego sacerdote plebeyófilo Apio Claudio, publicó de repente toda la colección de fórmulas jurídicas que los sacerdotes habían elaborado, a fin de que las partes las utilizaran en sus actos jurídicos y sus procesos, aconsejadas en esto por los sacerdotes. Era una especie de libro de recetas de derecho, un epistolario jurídico, *Ius Flavianum*. A esta indiscreción, que tuvo lugar en 304 a. de J. C. (por la cual el pueblo agradecido colmó a Cneo Flavio, hasta su muerte, de altas funciones y honores), sigue, cincuenta años después, la elevación del plebeyo Tiberio Coruncanio al alto colegio de sacerdotes. Este hombre comenzó a dar consultas públicas sobre cuestiones jurídicas, apoyándose en los archivos sacramentales en los que tantos datos había sobre la debida práctica jurídica. Y de nuevo, cincuenta años más tarde, Sexto Elio Peto publica el primer tratado sistemático de derecho, el *Tripertito*, en 204 a. de J. C. (*Ius Aelianum*).

Al mismo tiempo, el pensamiento helenístico penetra en Roma con la filosofía griega. De esta combinación del antiguo derecho campesino de Roma, sólido y algo tosco, con el refinado pensamiento griego, nace la famosa literatura jurídica clásica, tras un período de incubación que dura dos siglos más. Como observa Schulz,²⁰ el influjo helenístico llegó en un momento feliz. El derecho romano se había desarrollado ya lo suficiente para poder absorber una influencia extranjera sin perder su esencia, mientras que, por otra parte, no se había petrificado todavía, y, por lo mismo, aún era capaz de recibir el benéfico influjo de la filosofía griega. Así, desde el siglo II a. de J. C., “lo que los griegos no habían logrado, aunque poseían mentalidad superior a la romana, es decir, forjar una ciencia del derecho, lo hicieron los romanos con la ciega seguridad de los favorecidos por la gracia divina”.²¹

A partir del siglo II a. de J. C., salimos de la fase arcaica del derecho romano y entramos en una etapa preparatoria del derecho clásico, que recibe en la gran obra de Schulz el nombre de “fase helenística”.²² De ella poco sabemos, ya que no nos dejó una literatura jurídica. Después, desde Augusto, comienza el derecho clásico con sus tres periodos: el juvenil, el evolutivo y el de culminación; este último tuvo a su vez una fase de epígonos o sucesores.

La razón de esta diferencia entre la fase helenística, o preclásica, y la clásica aparece en los mismos escritos clásicos. Los autores de los tres primeros siglos de la era cristiana se refieren a juristas anteriores a Augusto como a los *veteres* (antiguos), mientras que los juristas a partir de Augusto son tratados por los posteriores en un tono de igualdad.²³

²⁰ SCHULZ, *History*, etc., pág. 38.

²¹ W. SCHOENFIELD, *Juristenspiegel*, pág. 45.

²² Sin embargo, sólo en tiempos de Cicerón, su amigo Servio Sulpicio Rufo aplicó la dialéctica griega por primera vez sistemáticamente al derecho, según parece.

²³ SCHULZ, *History*, etc., pág. 100.

Desde el siglo II a. de J. C., llega a ser el derecho deporte intelectual favorito y el “gentleman’s hobby” de los romanos. Todo hijo de buena familia debía tener conocimientos jurídicos y los casos interesantes se discutían en toda la ciudad. Buscaban todos el estímulo de esta gimnasia espiritual; los jóvenes sabían que, mediante el conocimiento del derecho, tendrían mejores perspectivas de éxito en su *cursus honorum*,²⁴ y los viejos encontraban en el quehacer consultivo un medio de continuar sirviendo a la comunidad, aumentar su prestigio al mismo tiempo que combatir el aburrimiento, ese gran peligro de la senectud, sin cansarse demasiado o tener que someterse a un horario estricto. Gran parte de las casas aristocráticas se convirtieron en una especie de oficinas de información jurídica gratuita (el consejo jurídico era casi una *res communis*, como el aire o el agua, al decir de Jhering),²⁵ y esta abundancia de asistencia jurídica debió de ser de enorme ayuda para la vida económica romana, sobre todo teniendo en cuenta que ningún jurista tenía interés en complicar o alargar los procesos, ya que su tarea no se pagaba con dinero, sino con prestigio cívico. Notemos también que su actividad era, sobre todo, de carácter profiláctico, mientras que la del abogado moderno es más bien de tipo terapéutico.

Con frecuencia, estos antiguos jurisconsultos se dedicaban, en forma simultánea, a varias faenas, tales como la docencia (el *scribere*), la rutinaria formulación de contratos (*cavere*), la noble actividad consultiva (*respondere*) y la asistencia procesal (*agere*). Este último aspecto parece no haber sido el más prestigioso. Hablando de Tubero, D. 1. 2. 2. 46 dice que *transiit a causis agendis ad ius civile* (primero se dedicó a “arreglar asuntos” y después al derecho) o, en otras palabras, de simple conecedor de trámite o leguleyo se convirtió en jurista.²⁶

Los jurisconsultos daban además, con frecuencia, consejos a los pretores. Estos eran a menudo jóvenes aristócratas para quienes la pretura no constituía otra cosa que un escalón en su carrera. El no ser precisamente especialistas en derecho se compensó, empero, con su sentido de responsabilidad que les inducía a rodearse de auténticos expertos jurídicos, y tomar en serio sus consejos. En tal forma la joven jurisprudencia secularizada se desarrollaba en íntimo contacto con la práctica y con la enseñanza.

Como esta fase de la jurisprudencia no produjo todavía una amplia literatura, es raro conocer detalles de la discusión jurídica en este periodo. Entre las excepciones al respecto, sobresalen la *causa Curiana*, en la que se trataba de saber si debemos interpretar un testamento de acuerdo con la evidente voluntad del testador o según su texto escrito, en cuya cues-

²⁴ Carrera oficial.

²⁵ *Espíritu*, II. 2. 417.

²⁶ Al lado de los leguleyos y de los juristas encontramos, desde varios siglos antes de Jesucristo, a los oradores forenses, cuya actividad es la de *causas orare*, dirigiéndose más bien al corazón que al cerebro de los jueces.

tión el nuevo pensamiento griego, con su tendencia a la equidad, oponiéndose a la antigua severidad formal del campesino romano.

Entre los jurisconsultos preclásicos lograron cierta fama los siguientes: Sexto Elio Peto, autor del *Tripertito*; Porcio Catón, el malhumorado censor, y su hijo (conocido por su afán de formular reglas fundamentales dentro de la gran diversidad de figuras jurídicas); Quinto Mucio Escévola, víctima de Mario (a quien el derecho moderno debe todavía la *presunción Muciana* de que toda mujer casada debe cualquier enriquecimiento al marido, salvo prueba en contrario, y la *cautio Muciana*);²⁷ Servio Sulpicio Rufo, amigo de Cicerón, quien lo coloca por encima de Mucio Escévola, y C. Aquilio Gallo.

En tiempos de Augusto surgió la necesidad de reglamentar la actividad de los jurisconsultos. Para la ciencia del derecho, la retórica —el arte de decir en mil palabras lo que se puede expresar en tres— es un veneno,²⁸ y precisamente el influjo cada vez mayor de la cultura griega, en aquellos años, confundía el arte de analizar situaciones jurídicas y el de charlar con exceso. Ya Julio César había visto el peligro y se proponía una codificación general del derecho para dar a una disciplina tan importante base más sólida que las nebulosas discusiones de los jurisconsultos, versados quizás en filosofía y oratoria, pero no en el debido manejo de conceptos jurídicos. Sin embargo, su hijo adoptivo, Augusto, de espíritu más romano, desconfiaba de la creación y fijación del derecho por medio del legislador y prefería continuar la tradición romana de dejar el desenvolvimiento jurídico en manos, sobre todo, de los jurisconsultos, separando, empero, entre éstos, el grano de la paja.²⁹

La noticia que nos transmiten al respecto Pomponio, Gayo y Justiniano no es muy clara. Parece que Augusto decidió otorgar su apoyo moral a determinadas soluciones, mientras que su sucesor, Tiberio, prefería acentuar el prestigio general de ciertos juristas (el primero, Sabino), concediéndoles en forma permanente el *ius respondendi ex auctoritate principis* (derecho de contestar a problemas de carácter jurídico, con la autorización del emperador). A causa del predominio de los senatoriales entre los juristas beneficiados, es lícito pensar que esta innovación haya sido una faceta de la política de los primeros emperadores para reforzar el quebrantado prestigio de la clase senatorial. La siguiente fase se inicia en tiempos de Adriano, cuando las opiniones de esta suprema categoría de juristas llegan a ser obligatorias para los jueces.

Durante el régimen de Augusto hay que señalar todavía otro acontecimiento importante para el desarrollo de la ciencia jurídica. La discusión

²⁷ Véase el párrafo 254. *Cautio es fianza*.

²⁸ Para una elocuente defensa de la opinión contraria, véase RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del derecho*, México, 1951, pág. 136.

²⁹ Característico de la actitud tan típicamente romana, que adoptaba Augusto respecto a problemas como éste, era su *festina lente* ("apresúrate lentamente"); nada de cambios bruscos.

polémica es siempre estimulante para el desenvolvimiento de una disciplina científica. Por eso resultó favorable a la ciencia del derecho el que, en tiempos de este primer emperador, surgieran dos escuelas contrarias de jurisconsultos: la de los sabinianos y la de los proculeyanos. En el ambiente de estos dos clubes de juristas con sus aprendices, surge la literatura clásica, con sus comentarios a Sabino y al Edicto, sus colecciones de *responsa* y *questiones*, y sus panorámicos *Digesta*. Esta literatura fue transcrita a mano y degeneró bastante en las primeras copias postclásicas. En tiempos de Constantino se hizo, sin embargo, una tentativa de regresar a la pureza clásica de los textos (un movimiento que quizá coincidía con la general transcripción de rollos —*volumina*— a libros —*codices*—). Desde entonces los textos ya no sufrieron muchos cambios, y como el *Corpus iuris* contiene muchos fragmentos de la literatura sabiniana y proculeyana, tomados de tales copias postclásicas, podemos tratar de formarnos una idea de los puntos de discusión y discrepancia entre ambas escuelas. Sin embargo, no es factible encontrar radicales diferencias de espíritu en general. La antigua opinión de que los sabinianos fueron más conservadores, y los proculeyanos más progresistas, resulta hoy insostenible.

25. EL CONCEPTO DE ESCUELA CLÁSICA. El régimen de Augusto suele considerarse como el comienzo del período clásico. Mas, en realidad, ¿qué quiere decir *clásico*? En general, cuando una evolución cultural ofrece algún período en que sus representantes manifiestan cierta unidad espiritual, combinada con un perfecto dominio de su materia, una notable seguridad y sencillez en la expresión y una plétora creadora, las generaciones posteriores que desean utilizar como modelo los productos culturales de tal período, hablan de *los clásicos*. Así, encontramos que se emplea el término en escultura, pintura, música, arquitectura y literatura.³⁰

Apliquemos lo anterior a la historia del derecho romano.

a) Es evidente la unidad espiritual de los juristas de los primeros siglos de la era cristiana. A pesar de las numerosas discrepancias entre las dos escuelas citadas o entre jurisconsultos individuales, notamos que todos se hallan imbuidos de los mismos principios y métodos. Sin embargo, es exagerada la opinión de von Savigny, según la cual los juristas clásicos son como "unidades fungibles", intercambiables. Precisamente, en los últimos tiempos, hemos logrado una mejor distinción entre las diversas mentalidades de los clásicos más destacados. Después de convivir algún tiempo con el *Digesto*, todo estudioso advierte con facilidad, para citar ejemplos extremos, la diferencia entre el estilo de Papiniano, tan denso, y el de Juliano, modelo de claridad.³¹ Mas, a pesar de tales diferencias de estilo y orien-

³⁰ Véase FRANZ WIEACKER, *Ueber das Klassische in der röm. Jurisprudenz*, Tübinga, 1950.

³¹ Igualmente descubre un contraste entre las páginas sistemáticas de Gayo y sus momentos de plena locuacidad. Por eso en las *Instituciones* atribuidas a este autor se ofrecen dos niveles diferentes: un fondo de fría calidad intelectual, sobre el que un maestro hábil, pero no muy profundo, borda sus ejemplos y aclaraciones.

tación entre individuos o grupos, dentro de la corriente clásica predomina la unidad espiritual, el *consensus omnium* (acuerdo de todos) en puntos importantes.

b) La serenidad y sencillez, características de una fase que posteriormente será considerada como clásica, tampoco faltan en la jurisprudencia romana del periodo comprendido entre Augusto y Alejandro Severo (235 d. de J. C.). A estas cualidades contribuye también el latín jurídico de la época, rama aparte de este idioma, que constituye un habla profesional de gran claridad y transparencia.

Tales rasgos se pierden después de Diocleciano. El hecho de que Constantino llenara su cancillería con *rhetores* no significa ningún servicio al pensamiento o a la expresión jurídicos. La ampulosidad de un estilo barroco sustituye, desde entonces, a la serenidad de lo clásico. Y todavía más tarde, en tiempos de Justiniano, el estilo afectado en que se redactan las nuevas normas jurídicas impresiona con frecuencia al lector en forma desagradable.

c) Una característica más de la fase clásica es su plenitud, tan opuesta a la naturaleza fragmentaria del derecho anterior. Los clásicos hacen un minucioso examen de cuantos casos pudieran presentarse en la realidad jurídica, y buscan su solución, si es posible, a la luz de la ciencia jurídica republicana o reformando ésta en caso de necesidad, añadiendo entonces elementos de equidad, libertad y elegancia a las conquistas preclásicas de seguridad y responsabilidad individual. De esta actitud clásica nace una extraordinaria abundancia de ejemplos reales o imaginarios (cuyo análisis encontramos en la jurisprudencia clásica) y el desarrollo de innumerables distinciones y matices que deben guiar la aplicación de las reglas tradicionales. "El boceto hecho por los juristas republicanos fue completado por los clásicos hasta los últimos detalles."³²

Al lado de estas meritorias cualidades que confieren a esta fase de la historia del derecho romano la categoría de clásica, hemos de mencionar algunas fallas, que en parte brotan de su misma excelencia.

a) Los clásicos retrocedieron en la formulación de teorías jurídicas generales. Por una parte, es loable que, al ocuparse de casos concretos, no se sintieran como un noble Pegaso, uncido al arado, y que desarrollaran, sobre la marcha, la ciencia jurídica. Pero, por otra, fueron un poco lejos en su casuismo y su escepticismo hacia las declaraciones dogmáticas generales. Es verdad que toda enunciación general en nuestra materia debe tomarse *cum grano salis*; que el derecho debe aplicarse con prudencia; que *omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim ut non subverti possit* (toda definición, en el *Ius civile*, es peligrosa; es raro encontrar una definición que no pueda ser interpretada en sentido absurdo),³³ y que, a menudo, los bizantinos posteriores llegan a lamentables resultados

cuando tratan de formular categóricas reglas abstractas (poniéndolas a veces, indebidamente, en labios de los clásicos). Pero unas discretas adiciones de dogmática jurídica general no hubieran perjudicado al tono de la concepción clásica.

b) Por esa misma actitud casuística, la sistematización clásica de la materia jurídica tiene varios defectos. El antiguo sistema de Mucio Escévola era tosco; lo mejoraron, primero, Sabino y, después, Gayo (o quizás un autor desconocido que haya servido de modelo a Gayo). Poco antes de la publicación de las *Instituciones* de este autor (161 d. de J. C.), encontramos en el *Edicto Perpetuo* otra tentativa de sistematización, muy criticable. Todos estos intentos de agrupar las normas jurídicas en un sistema razonable y cerrado, no estaban a la altura de las otras conquistas de la escuela clásica.

c) También se quedaron atrás los clásicos en historia, filosofía y sociología jurídicas. Por lo que se refiere a la historia, encontramos excepciones —no muy brillantes— en Gayo y Pomponio.³⁴ Lo que en el derecho clásico aparece como filosofía del derecho presenta generalmente una anti-pática vaciedad retórica (como los famosos tres *praecepta iuris*) o una desconcertante falta de claridad (como los conceptos de *ius gentium* y *ius naturale*).

d) Las explicaciones etimológicas que encontramos en los escritos clásicos son, a menudo, absurdas (*ius* viene de *iustitia*; *mutuo* se deriva de que "lo mío se vuelve tuyo", etc.).

e) Aunque los clásicos suelen tomar muy en cuenta la elegancia de las soluciones jurídicas —es decir, su sencillez, transparencia y naturalidad—, en algunos casos (y especialmente hacia el fin del periodo clásico) se llega a conclusiones excesivamente sutiles, sofisticadas. Tres siglos después, Justiniano se queja a menudo de la *nimia subtilitas veterum* (excesiva sutileza de los antiguos autores).

Conviene hacer aquí una última observación. Es posible que con nuestras alabanzas a la escuela clásica cometamos una injusticia para con los juristas anteriores. Los críticos modernos están convencidos de que los juristas de la fase helenística, preclásica, habían llegado ya a un nivel apreciable, aplicando hábilmente unos cuantos principios básicos de acuerdo con métodos uniformes. Sin embargo, repetimos, esta fase del pensamiento jurídico romano no nos ha legado una verdadera literatura jurídica. Por eso, cualquier juicio sobre la calidad del derecho preclásico es un poco hipotético, mientras que, gracias a la investigación de las interpolaciones y al hallazgo de las *Instituciones* de Gayo, conocemos el derecho clásico

³⁴ A este respecto, la comparación de Roma con Inglaterra nos muestra, por excepción, una profunda diferencia: Inglaterra ha producido una historiografía jurídica de primera calidad (Maitland, Pollock, etc.), lo cual es, en realidad, una reacción, más explicable que la romana, ante una situación en que el derecho positivo descansa en tradiciones y decisiones que vienen del pasado.

³² SCHULZ, *History*, etc., pág. 126.

³³ IAVOLENO, D. 50. 17. 202.

con detalle suficiente como para estar en condiciones de emitir una opinión sobre sus méritos.

26. LOS GRANDES CLÁSICOS. *Labeón*, fundador de la escuela proculeyana y brillante jurista, cuyas opiniones llegadas hasta nosotros son agudas y correctas en su expresión, era un enemigo del joven imperio. Repartía su tiempo entre su casa en Roma, donde enseñaba derecho, y su casa de campo, donde escribió unos cuatrocientos "libros" (rollos). Por lo general, sus definiciones son acertadas, pero, de acuerdo con la moda clásica general, sus derivaciones etimológicas a veces nos parecen infantiles.

Rival suyo fue *Capitón*, fundador de la escuela sabiniana, partidario del imperio y amigo personal de Augusto. Conocemos de este jurista unas cuantas citas, transmitidas en forma indirecta; quizá sus funciones oficiales no le dejaron tiempo para dedicarse a escribir.

Los discípulos de estos dos juristas dieron a las escuelas sus nombres: *Próculo* era discípulo de *Labeón*; *Sabino*, de *Capitón*. Sólo la siguiente generación de juristas advirtió que las diferentes opiniones de *Labeón* y *Capitón* estaban originando dos distintas corrientes de jurisprudencia, fundadas en la *pietas* de otros tantos grupos de juristas hacia dos grandes pensadores jurídicos de un pasado inmediato.

Sabino es, sin duda, el jurista más destacado de la segunda generación. Escribió una síntesis del derecho privado (*tres libri iuris civilis*) que tuvo un éxito duradero. Siglos después aparecen todavía comentarios a esta obra. Como todos los juristas romanos, procedía de familia prestigiosa, pero en lo personal era tan pobre que sus discípulos tenía que mantenerlo (cosa rara en la antigua Roma, donde los aristócratas solían dedicarse al derecho, exclusivamente, por el honor y el prestigio cívicos que confería).

Más importante que *Próculo*, era *Celso*, de la tercera generación. Breves y sustanciosas son sus frases, que los modernos citan todavía con frecuencia. Define el derecho como *ars boni et aequi*³⁵ ("el arte de lo bueno y de lo equitativo"); señala que *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*³⁶ ("para conocer las leyes, no basta con el conocimiento de sus palabras, sino que debemos penetrar en la fuerza y el alcance de éstas", es decir: debemos buscar el espíritu de la ley, tras de la fachada de sus palabras); que *impossibile nulla obligatio est*³⁷ ("a lo imposible, nadie está obligado"), y que *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*³⁸ ("es indebido emitir un juicio o dar una consulta basándose en alguna frase de una ley, sin haberla estudiado en su totalidad"). Presenta la famosa fórmula de que *nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*³⁹ ("la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir

³⁵ D. 1. 1. 1 pr.

³⁶ D. 1. 3. 17.

³⁷ D. 50. 17. 185.

³⁸ D. 1. 3. 24.

³⁹ D. 44. 7. 51.

CUADRO SINOPTICO DEL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA CLASICA

<i>Fundadores:</i>	<i>PROCULEYANOS</i> Marco Antistio <i>Labeón</i> (42 a. de J. C. — 22 (?) d. de J. C.)	<i>SABINIANOS</i> Ateyo <i>Capitón</i> (¿ — 22 d. de J. C.)
<i>Clásicos jóvenes:</i> algo más doctrinarios que sus sucesores.	<i>Próculo</i> (bajo Tiberio) M. Cocceyo <i>Nerva</i> (pa- dre) (¿ — 33 d. de C.) M. Cocceyo <i>Nerva</i> (hijo) <i>Pegaso</i> (bajo Vespasiano) P. Juvencio <i>Celso</i> (pa- dre) (bajo Domiciano)	Massurio <i>Sabino</i> (desde Tiberio hasta Ne- rón) Gayo <i>Cassio Longino</i> (Vespasiano) Celio <i>Sabino</i> (Vespasiano)
<i>Escuela clásica en vías de madurez:</i> casuismo acentuado, a base de casos reales o imaginarios; juristas que ejercen una cre- ciente influencia en la burocracia imperial, to- mados ya no tanto de la clase senatorial, sino más bien de la ecues- tre, favorecida por el emperador.	L. <i>Neracio</i> (bajo Traja- no) P. Juvencio <i>Celso</i> (hijo) (Cónsul en 129 d. de J. C.)	L. <i>Javoleno Prisco</i> (bajo Trajano y Adria- no) Tusciano Salvio <i>Juliano</i> (bajo Adriano)
<i>Acercamiento progresivo de ambas escuelas:</i>		Valente <i>Aburnio</i> (bajo Antonino Pío) Sexto Cecilio el <i>Africano</i> (bajo Antonino Pío) Sexto <i>Pomponio</i> (bajo Antonino Pío) Gayo (hasta Cómodo)
<i>Culminación clásica:</i>	Q. Cervidio <i>Escévola</i> (bajo Marco Aurelio) maestro de Emilio <i>Papiniano</i> (Septimio Severo, Caracalla)	
<i>Ordenación definitiva del material clásico:</i>	Domicio <i>Ulpiano</i> (170-228) Julio <i>Paulo</i> (Alejandro Severo)	
<i>Epígonos clásicos y clásicos de segundo orden, de la época de Septimio Severo, Ca- racalla y Alejandro Se- vero.</i>	Calistrato Trifonino Menandro Tertuliano (¿el teólogo?) Marciano Herennio <i>Modestino</i> (Alejandro Severo)	

mediante un juicio el derecho que le corresponde a uno"). Su superioridad le lleva a ser impaciente con espíritus menos dotados. "Tu pregunta es estúpida...", así comienza una de sus contestaciones...

En tiempos de Celso, al comienzo del siglo II, el jefe de la escuela sabiana era el africano *Salvio Juliano*, que hizo una de las más brillantes carreras administrativas durante el régimen de Adriano, y que, como codificador del *Edictum Perpetuum*, fue, en realidad, "el legislador de su siglo" (Kreller). Se cree que por la enorme autoridad de este jurista, comenzaron a borrarse las diferencias entre ambas escuelas. En vez de ser admirador de Labeón, Capitón o Sabino, el jurista del siglo II era más bien discípulo espiritual de Juliano.

En cuanto a Gayo, fue probablemente maestro de derecho en la parte oriental del imperio —no precisamente una lumbrera, pero sí un buen pedagogo—. Simplifica cuando puede, e ilustra la materia con claros ejemplos.⁴⁰ Nunca llegó al *ius publice respondendi*, y sus contemporáneos no lo mencionan; pero, póstumamente, alcanzó gran fama, y, más adelante, veremos cómo Teodosio II le invita inclusive a sentarse en el "jurado de difuntos" establecido por la *Ley de Citas*. Siendo un jurista mediocre durante la fase clásica, la época del derecho vulgar generalizado halla en sus obras precisamente el tono que necesitaba. Ello le concedió una popularidad que no lograron autores de superior categoría, como Juliano o Celso. Gayo disfruta de especial estimación entre los romanistas, por la razón siguiente: en 1816, Niebuhr encontró en Verona un palimpsesto, es decir, un pergamino raspado y utilizado de nuevo, que contenía el texto de las *Instituciones* de Gayo bajo una transcripción de las cartas de San Jerónimo. Gayo escribió este libro probablemente en 161 d. de J. C., pero la copia de Verona es del siglo II o VI (y fue completada, entre tanto, con los fragmentos de *Oxyrhynchite* del siglo III y de *Antinoite* del siglo IV). Sin embargo, es probable que el texto, tal como lo conocemos ahora, no haya sido modernizado esencialmente por los copistas.

El estilo resulta claro y agradable, y después del *Corpus iuris* constituye nuestra principal fuente de información en lo que al derecho clásico se refiere. "Es una estrella de tercer o cuarto orden en el firmamento de la jurisprudencia romana, pero, por lo azaroso de los caminos a través de los cuales llegó a nosotros el derecho romano, es la estrella que nos ilumina desde más cerca y, por tanto, con mayor brillantez" (Kunkel).

Pomponio, de la misma época, era más bien un vulgarizador que un jurista de primera categoría. Logró un nivel científico algo superior a Gayo y quizá fue pedagogo como éste. A él le debemos gran parte de nuestro conocimiento sobre historia de la ciencia jurídica romana, a través de un extenso fragmento de su *Enchiridium* (un libro de texto para estudiantes) que encontramos en D. 1. 2. 2.

⁴⁰ Según una frase feliz de BUCKLAND, las *Instituciones* de GAYO son un ejemplo de "periodismo inspirado". Lo califican también como el mayor de los jurisconsultos menores.

En tiempos de Gayo, la diferencia entre ambas escuelas se borra, y, precisamente entonces, comienza, con Papiniano, Paulo y Ulpiano, la fase más importante de la jurisprudencia clásica.

Papiniano ha sido calificado de príncipe de los jurisconsultos. Mas no debemos olvidar que él pudo aprovechar el pensamiento de muchas generaciones anteriores. A pesar de la innegable profundidad y frecuente originalidad de Papiniano, y de su talento para eliminar de una situación concreta cuanto no fuera relevante para la solución jurídica, fueron quizá más geniales Juliano, dos generaciones anterior a él, o Sabino, con siglo y medio de antelación. Recuérdese el conocido hecho de que el enano, subido en la cabeza del gigante, divisa más que éste. Papiniano no es un romano puro; procede de Siria. Tal vez fue pariente de la emperatriz Julia Domna. Llega a ser amigo y consejero de Septimio Severo. Cuando después se niega a justificar el asesinato de Geta por su hermano Caracalla, fue decapitado, con su hijo, ante el emperador (212). El típico casuismo de la alta escuela clásica se manifiesta inmediatamente en los títulos de sus obras principales, las cuales no son monografías, sino colecciones de casos resueltos por él: *quaestiones, responsa*.

Domicio Ulpiano (de Tiro, Fenicia, lo que destaca cómo la cultura imperial llega a ser mediterránea, en vez de ser sólo romana) y *Julio Paulo*, fueron colaboradores más jóvenes de Papiniano. Compiten entre sí y nunca se refieren el uno al otro. Poco después de la ejecución de Papiniano, ambos fueron exiliados (bajo Heliogábalo), pero después regresaron a ocupar puestos públicos de gran importancia. No se trata ya de grandes creadores, sino que, más bien, se dedican a compilar. Recogen la gran cosecha clásica, ordenan el material, eliminan contradicciones y dan a la *iurisprudencia* una forma más asequible. Por su volumen y por la amplitud del panorama tratado (sobre todo en el caso del políscrito Paulo), es enorme la producción literaria de estos dos hombres, quienes ocupaban al mismo tiempo puestos muy importantes en la burocracia imperial. Sobresalen comentarios de ellos *ad Edictum (Ius honorarium)* y *ad Sabinum (Ius civile)*. Sus citas llenan, respectivamente, la tercera y la sexta parte del *Digesto*. Ulpiano, más fácil, menos original o dogmático que Paulo, llega a ser favorito del emperador Alejandro Severo; es enemigo de la milicia rebelde, aunque formalmente jefe de ella. Pasa los últimos años de su vida como el hombre más poderoso de la administración pública, pero amenazado por intrigas y revoluciones. Finalmente es muerto en presencia del horroizado emperador, durante un motín nocturno de los militares, irritados por algunas medidas de tipo económico que inspiró este jurisconsulto. Hemos entrado ya en la fase de la indisciplina militar.

El último de los grandes clásicos es *Modestino*, alumno de Ulpiano.

La muerte de Alejandro Severo (235) suele considerarse como término de esta espléndida etapa del pensamiento jurídico.

27. EL DERECHO VULGAR. Durante el catastrófico siglo III, la jurisprudencia interrumpe su desarrollo. Para llegar a su florecimiento, la ciencia

del derecho necesita un mínimo de paz y de orden. Sin embargo, lo ganado anteriormente se conservó durante varias generaciones, pero sin aumentar. Aun en tiempos de Diocleciano, la Cancillería Imperial dispone todavía de algunos juristas evidentemente capaces de comprender los conceptos clásicos y de aplicarlos —como veremos claramente, luego de un análisis de las decisiones imperiales de aquella época—. Sólo después de Diocleciano el mundo antiguo pierde, incluso, la capacidad de conservar sus conquistas espirituales, y el derecho entra en las tinieblas por espacio de dos siglos de vulgarismo. “La gracia de Dios se había retirado repentinamente de la jurisprudencia romana”.⁴¹ La primitiva lógica del campesino o del soldado choca con los refinados conceptos de un derecho esotérico... ¡y triunfa!

Del intervalo comprendido entre Modestino y el régimen de Justiniano, tres siglos después, conocemos solamente unos cuantos nombres de juristas. Esto se debe, en parte, a la circunstancia de que —como veremos— el emperador había absorbido la tarea legislativa; y los juristas, que antes emitían opiniones bajo su propia responsabilidad, estaban ahora trabajando en las cancillerías imperiales, produciendo anónimamente las decisiones que actualmente sobreviven con el nombre de algún emperador.

No sería propio decir que el derecho dejó de desarrollarse durante los siglos que van de Alejandro Severo a Justiniano. Todavía hubo actividad innovadora, la cual consistía en lo siguiente:

a) Se adaptaba el derecho clásico al ambiente económico e ideológico de los siglos postclásicos, no con nuevas obras, sino con modificaciones en los textos clásicos (interpolaciones prejustinianas).

b) Se modernizaba el derecho, mediante “constituciones” imperiales, despojándolo de su carácter romanista e incorporándole elementos orientales, cristianos y cambios inspirados en el nuevo “socialismo de Estado”. Un rasgo típico del derecho postclásico es el esfuerzo de defender a los *humiliores* en contra de los *potentiores*. En el ambiente académico se hacían sobre todo condensaciones de las grandes obras anteriores (una tendencia a la que debemos las *Sentencias de Paulo*).

Por lo que conocemos de la literatura jurídica de los siglos postclásicos, vemos claramente que la ciencia del derecho decayó de manera notable. Obras como los libros de derecho siriorromano reflejan una desalentadora imagen de la mediocre preparación jurídica común entre los juristas del Bajo Imperio. En los últimos decenios se han hecho profundas investigaciones sobre la degeneración del pensamiento jurídico clásico en el período “vulgar”. No coincide éste con el derecho postclásico en general (que tuvo también algunos méritos) o con el derecho provincial romano. Es un derecho clásico degenerado, que ya en la fase clásica existía en los bajos fondos de la práctica o enseñanza jurídicas, pero que aflora a la superficie en tiempos postclásicos, para influir finalmente en la creación oficial del derecho, contagiando a la Cancillería Imperial. Si Diocleciano intentaba

⁴¹ BESELER, *Bull.* XLV, 1938, pág. 170.

todavía defender la pureza clásica, su sucesor, Constantino, muestra un evidente carácter vulgarista en sus creaciones jurídicas.

El derecho vulgar es, por tanto, una subcorriente jurídica que siempre ha existido y siempre existirá, pero que sólo se manifiesta claramente cuando desaparece la capa superior de juristas adecuadamente preparados. Así, en el período vulgar, jueces y abogados de insuficiente preparación profesional resolvieron los problemas, ya no con el refinado arsenal de conceptos heredado de los clásicos, sino con un popular, y a menudo engañoso, “sentido común”.

Ernst Levy⁴² ha descrito en detalle cómo esta actitud vulgar ha repercutido en la práctica y en la teoría jurídicas del imperio occidental, después de Diocleciano, y mostrado cómo los claros conceptos jurídicos elaborados por los jurisconsultos anteriores, perdieron poco a poco sus nítidos perfiles. Los juristas comenzaban a confundir la propiedad con la posesión. En vez de respetar la clara diferencia entre la propiedad (el derecho real por excelencia sobre una cosa *propia*) y los *iura in re aliena* (o sea, los derechos reales sobre una cosa *ajena*), estos últimos fueron considerados como una especie de propiedad de rango inferior. En la compraventa, ya no se distinguía con claridad entre el efecto creador de obligaciones y el efecto traslativo de dominio. La línea divisoria entre acciones reales y personales comenzaba a borrarse (la acción *personal* para reclamar la entrega de una *cosa* se confundía con una acción *real*). La severa tipicidad de los contratos clásicos cedió su lugar a una proliferación de contratos innominados. El pago del precio fue considerado requisito esencial para la validez de una compraventa; y la compraventa a crédito necesitaba, a su vez, un especial negocio crediticio, como apéndice a la venta. Ante el gran problema del efecto extintivo o adquisitivo de la prescripción, el derecho vulgar muestra una clara indiferencia, etc.; es superfluo continuar esta serie de ejemplos: en todos los sectores del derecho se reflejaba el espíritu vulgar que acabó con las grandes conquistas intelectuales logradas durante el período clásico.

A F. Wieacker debemos, junto a las detalladas investigaciones de Levy, una fenomenología del derecho vulgar.⁴³ Opone el clasicismo al vulgarismo, como dos estilos de cultura en general, y muestra luego cómo se refleja esta oposición en el campo especial de la cultura jurídica. No se trata de una diferencia entre teoría y práctica, pues el jurista práctico puede manejar con brillantez los sutiles conceptos clásicos, y la enseñanza teórica de un maestro de segunda fila puede descender a un nivel típicamente vulgar. En realidad, la diferencia estriba en que los estilos clásico y clasicista del derecho aceptan la presión y la tensión de formas severas, de nítidas distinciones, de tradiciones, de disciplina mental y de abstracciones.

⁴² *Westroman vulgar law (property)*, Filadelfia, 1951, y *Weströmisches Vulgarrecht, Obligationenrecht*, Weimar, 1956.

⁴³ FRANZ WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955.

En cambio, el derecho vulgar se caracteriza por su realismo y su interés en los resultados económicos de los asuntos, antes que por la debida construcción dogmática y formal de los medios; por su indiferencia hacia un lenguaje profesional bien perfilado, por su sentimentalidad⁴⁴ y su "pathos", y por su desprecio hacia los formalismos,⁴⁵ en combinación con un impertinente tono moralizador, muy distinto de la aristocrática frialdad que tanto nos cautiva en los textos clásicos.

En la segunda parte del segundo tomo de su gran libro, nos explica Jhering cómo un buen derecho consta de dos elementos: una buena ética, incorporada a una buena técnica. El uno sin el otro produce una insatisfactoria vida jurídica. La buena técnica exige, a su vez, lo siguiente:

a) Una simplificación cuantitativa, o sea, una cimentación del derecho en un mínimo de conceptos claramente limitados, es decir, un económico *alfabeto jurídico*.

b) Reglas sensatas que gobiernen el funcionamiento y la mutua acción de estos conceptos.

c) Una buena sistemática que asigne a cada figura jurídica su lugar debido en el *árbol genealógico* de los conceptos del derecho.

d) Una clara y constante terminología jurídica.

e) La formulación del derecho positivo de tal manera que pueda ser dominada por juristas de talento y esmero comunes.

Al derecho vulgar le faltan todos los requisitos técnicos, mientras que su ética sufre una parasitaria exuberancia de sentimentalismo social.

En el oriente, este vulgarismo cesó con la intervención de Justiniano, quien provocó un forzado renacimiento del espíritu clásico, sin alcanzar siempre con éxito su meta. Por eso su derecho era más bien clasicista que clásico. En cambio, en el occidente, el vulgarismo continuó su camino, amalgamándose luego con derechos germánicos.

En esta parte del imperio están los documentos más interesantes del derecho romano vulgar, como son la *interpretatio* al *Codex Theodosianus*, y las *Sentencias* de Paulo, o el *Epítome* de Gayo. Así se explica que los brillantes estudios de Ernst Levy se refieran especialmente al derecho romano vulgar occidental.⁴⁶

Durante estos siglos de relativa decadencia jurídica se destacan algunas facultades de derecho del imperio oriental. Aunque con miras pragmáticas, sin originalidad, sin entusiasmo, escuelas como las de Berito o Constantinopla, continúan estudiando a los grandes clásicos y conservan intacto el hilo sutil de la gran tradición jurídica, desarrollando inclusive nuevas ideas dogmáticas (como en relación con el *animus* en materia de contra-

⁴⁴ Esta sentimentalidad se manifiesta también en la costumbre imperial de basar las decisiones jurídicas en la idea de "gracia", no de derecho, a tal punto que los mismos emperadores tuvieron que prohibir la aplicación análoga de sus *rescripta* (JHERING, *Espíritu*, II. 2. 343, nota 496).

⁴⁵ Cfr. C. 2. 57. 1.

⁴⁶ Para la comparación entre el derecho vulgar occidental y oriental, véase también de LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, ZSS, 1959.

tos) o sistematizaciones (como en el caso del concepto *servitus*, con sus subdivisiones: véase párr. 143). Gracias a ellas, bajo Justiniano, la ciencia jurídica romana pudo tener todavía su "indian summer".

28. LOS EDICTOS DE MAGISTRADOS. Las fuentes que acabamos de examinar —costumbre, *leyes*, plebiscitos, senadoconsultos y *iurisprudencia*— componen la rama del derecho romano que se denomina *ius civile*. Antes de pasar a las manifestaciones de la voluntad legislativa del emperador, quien acapara finalmente toda la creación del derecho, debemos hablar de la segunda gran rama del derecho romano: el *ius honorarium*.

Paralelamente con el *ius civile*, el pretor —y, en segundo lugar, el edil, gobernador provincial o cuestor de éste— construye el derecho honorario, no con normas de derecho sustantivo o consejos sobre la justa solución de casos difíciles (como sucede en el caso del *ius civile*), sino otorgando ciertas medidas procesales, de derecho adjetivo, por tanto, en beneficio de litigantes que se encontraran en determinadas situaciones jurídicas que el pretor considerase dignas de protección. Tales nuevas medidas procesales (acciones, excepciones y otras figuras de índole protectora o, más bien, organizadora) las tomaba el pretor ateniéndose a su propia conciencia, aunque se inspiraba a menudo en el *ius gentium* o en figuras ya existentes del *ius civile*.

A veces el *ius honorarium* ofrecía una tramitación más fácil y rápida para quienes apoyaban sus derechos en el *ius civile*. En otras ocasiones llenaba los huecos de éste. Pero tampoco era extraño que las soluciones del *ius honorarium* contradijeran al *civile*, creando nuevas instituciones jurídicas, más equitativas y de mayor eficacia procesal que las análogas que pudiéramos encontrar dentro del *ius civile*, y que son, a veces, injustas o poco prácticas. En tales casos, las antiguas y venerables figuras del *ius civile* no se suprimían. Esto hubiera sido contrario al respeto que el romano debía a la tradición, y además el pretor no estaba en condiciones de poder derogar leyes existentes.

Por tanto, se colocaba al lado de la institución criticable del *ius civile* otra institución del *ius honorarium* con mayor eficacia procesal. Ningún pretor habría estado dispuesto "a destrozar a un hombre de carne y hueso entre los impasibles engranajes de la lógica del *ius civile*, sólo para salvar las tradiciones de la administración de justicia" (usando con alguna variante una conocida frase de Calamandrei). Por eso el *ius honorarium* ofrecía siempre un refugio contra el rigor del *civile*, o sea, contra los inconvenientes del tradicionalismo romano. Así, podía decir Papiniano que el *ius honorarium* a veces ayudaba al *ius civile*, o bien lo completaba; y a veces incluso lo corregía. Sin embargo, en este último caso, no se trataba de derogar el *ius civile*, sino meramente de paralizarlo yuxtaponiéndole nuevas figuras del *ius honorarium*, que recibían un tratamiento procesal privilegiado.

Como repercusión de las acciones pretorianas, excepciones, etc., ideadas para remediar los inconvenientes del vetusto *ius civile*, surge, especial-

mente durante el último siglo republicano, un ala nueva en el palacio del derecho romano, más moderna y cómoda, mientras que las alas antiguas no son demolidas, sino abandonadas por los cortesanos.

Al iniciarse la tarea anual de cada pretor, edil, gobernador o cuestor provincial, publicaban éstos en la pared blanca (*album*) de su oficina la lista de las acciones, excepciones, etc., que se proponían conceder al público, durante el año en cuestión. Tal lista valía sólo por ese año; si el siguiente magistrado no estaba conforme con alguna parte de este edicto anual, determinadas partes del derecho honorario desaparecían de pronto.

A partir de una *Lex Cornelia*, de 67 a. de J. C., los magistrados estaban en la obligación de acatar estrictamente sus propios edictos anuales, aun cuando advirtiesen que determinadas medidas en ellos insertas no eran acertadas (se trata quizá de una reacción sobre los riesgos de la discrecionalidad pretoria, descubiertos en el proceso contra Verres en que Cicerón jugó un papel tan importante). Sólo en casos no previstos en el edicto anual, el magistrado quedaba en libertad de crear nuevas acciones o excepciones (*edicta repentina*).

Como fuente del derecho, el edicto anual reunía muchas cualidades. Entre ellas, las siguientes:

a) Era una excelente transacción entre la exigencia de que el derecho sea seguro y previsible por una parte (publicación del edicto; *Lex Cornelia*), y, por otra, flexible (limitación del edicto a un solo año).

b) Era una avenencia entre el carácter científico que el derecho debe tener (consejos de jurisconsultos que rodean al pretor) y el fundamento pragmático y realista que nuestra disciplina también exige, obtenido, en este caso, por la elaboración del edicto en íntimo contacto con las controversias realmente planteadas en la vida procesal romana, en vez de encomendar su preparación a algún catedrático en su silencioso gabinete de estudio.

En tal forma, los romanos estaban constantemente experimentando con su edicto anual. Esto nos recuerda el ideal inglés de que los principios y reglas del derecho "nunca deben ser tratados como verdades definitivas, sino más bien como hipótesis de trabajo, sujetas a comprobación en los grandes laboratorios de derecho que son los tribunales. Allí, cada nuevo caso es un experimento; y si la regla que parecía ser aplicable daría mal resultado, significa que debe ser sometido a un nuevo examen".⁴⁷

A veces los autores confunden este derecho honorario con el *ius gentium*. Debemos distinguir ambos conceptos. Cuando Roma obtuvo la hegemonía en el Mediterráneo, ya estaba allí en vigor un derecho helénico supranacional de que se servía el intenso comercio internacional de aquel entonces. El estrecho contacto que nace entre Roma y los demás pueblos mediterráneos, como consecuencia de las conquistas romanas, produce frecuentes pleitos entre romanos y no romanos, o entre no romanos que viven, por ejemplo, en Roma.

⁴⁷ MUNROE SMITH, citado por SCHULZ, *Principles*, pág. 17.

Desde 242 a. de J. C., un magistrado especial, el pretor *peregrinus*, debía administrar justicia en tales casos, aplicando entonces no el *ius civile* de Roma con sus formas rígidas y con sus múltiples actos reservados exclusivamente a ciudadanos romanos, sino inspirándose en aquel derecho supranacional aceptado por el comercio mediterráneo, que se denominaba *ius gentium*.

Este no es un "derecho de gentes" en el sentido moderno, concepto que equivale al derecho internacional público. Tampoco es el moderno derecho internacional privado, ya que no contiene normas para el caso de colisión entre distintos sistemas jurídicos. Es un derecho supranacional de origen helénico que por su fuerza racional y difusión penetra en la práctica del *praetor peregrinus* y desde allí en la del *praetor urbanus*, sirviendo así con frecuencia como fuente de inspiración para la creación del *ius honorarium*.

En tiempos de Adriano, cuando en gran parte la legislación ya se había concentrado en manos del emperador, éste ya no quería que otras fuentes del derecho funcionaran con independencia a su lado. Por eso encargó a Salvio Juliano que hiciera una codificación de las disposiciones más acertadas de los edictos anuales. El resultado fue el *Edicto de Adriano* o el *Edictum Perpetuum*. La fecha es incierta, pero probablemente lo ratificó el senado entre 134 y 138 d. de J. C. El texto se ha perdido, pero Otto Lenel lo reconstruyó a fines del siglo pasado, sobre todo con ayuda de los diversos fragmentos de comentarios al edicto que encontramos en el *Digesto* (1883).

Así, la *lex annua* de cada magistrado, encargado de la administración de justicia, se convirtió en un *edictum perpetuum* que tomó la forma de un senadoconsulto (aunque no es nada dudoso que haya sido fruto de la voluntad autocrática del emperador). Decir que ese *Edictum Perpetuum* "petrificaba" el *ius honorarium* es un poco exagerado: mediante interpretaciones innovadoras por parte de los jurisconsultos, y el amplio margen de discrecionalidad que también el *Edictum Perpetuum* otorga al pretor, la práctica pretoria conservaba cierta flexibilidad.

Esta limitación de la libertad pretoria, bajo presión del emperador, se encuentra en armonía con otras tendencias:

a) Los juristas que elaboraban la jurisprudencia pertenecían cada vez más frecuentemente, desde el comienzo del siglo II, a la burocracia imperial.

b) Desde la época de Augusto observamos una disminución en las actividades legislativas de los comicios y del senado.

c) Como más importante fuente formal del derecho, las normas expedidas por la Cancillería Imperial comienzan a sustituir a la *iurisprudencia*.

Desde la promulgación del *Edicto Perpetuo*, la distinción entre el *ius civile* y el *ius honorarium* pierde mucho de su importancia, aunque los jurisconsultos continúan comentando estas ramas en obras separadas. Sin embargo, desde el comienzo de la era cristiana estaba surgiendo un nuevo

dualismo, entre el derecho tradicional (*ius civile* y *ius honorarium*) y el *ius novum*, introducido por los emperadores.

29. EL DUALISMO EN EL DERECHO ROMANO. La coexistencia del *ius civile* con el *ius honorarium* da lugar a un interesante dualismo.

A muchas necesidades económicas corresponden dos instituciones jurídicas: una surgida del *ius civile*; la otra, del *honorarium*. Por ejemplo, al lado de la propiedad quiritaria (*ius civile*), encontramos la propiedad bonitaria (*ius honorarium*), repercusión de medidas pretorias como la *exceptio rei venditae et traditae* y de la *actio publiciana*; al lado de la *hereditas* (*ius civile*), hallamos la *honorum possessio* (*ius honorarium*); existe una *manumissio* del *ius civile* y una *manumissio* amparada en el *ius honorarium*, etc.

Para nosotros este dualismo es difícil de comprender,⁴⁸ pero el estudiante anglosajón lo conoce muy bien en su propia historia jurídica. Hay allí un dualismo parecido, entre el *Common Law* (más riguroso) y la *Equity* (más humana); esta última rama del derecho anglosajón es de origen posterior y la introdujeron los tribunales especiales que dependían directamente de la Corona (*Court of Chancery*), en los cuales resultó decisiva la influencia de juristas imbuidos en estudios canónicos y romanistas.

Una diferencia entre el dualismo anglosajón y el romano era que Inglaterra tenía tribunales separados para el "common law" y para la "equity", mientras que en Roma un mismo pretor tenía que tomar en cuenta el *ius civile* y el *ius honorarium*.

30. LAS CONSTITUCIONES. Usamos en la actualidad este término para designar la estructura política y jurídica fundamental de un Estado, pero en la antigüedad se daba este nombre a una disposición jurídica que emanaba del emperador. Primero, éste legislaba todavía con prudencia, tímidamente, sugiriendo a los comicios o al senado las normas que deseaba expedir, para que tomaran la forma de *leges rogatae* o de senadoconsultos (pensemos en la famosa *Lex Papia Poppaea* de la época de Augusto, o en el senadoconsulto neroniano). Sin embargo, como el emperador organizaba pronto sus propios tribunales, que administraban justicia paralelamente a la organización forense tradicional, y como sus sentencias eran importantes antecedentes para casos análogos, estos *decreta* permitían una creación jurisprudencial del derecho, a través de la cual el emperador podía realizar sus ideas jurídicas, sin necesidad de acudir a los comicios o al senado (cfr. el "judge-made law" del sistema anglosajón). Además, los empleados particulares del emperador se infiltraban en todo el aparato administrativo, y por varias razones (entre otras, por las enormes

⁴⁸ Sin embargo, el dualismo no queda completamente ajeno a nuestro derecho; así, rasgos anticonstitucionales que existen en la legislación pueden ser corregidos por la justicia federal, mediante el amparo, en casos individuales, sin que tales decisiones modifiquen la ley, de manera que coexisten paralelamente la voluntad del legislador y la voluntad de la justicia federal, incompatibles entre ellas.

cantidades de dinero que el riquísimo Augusto regalaba o prestaba al erario) estos empleados ejercían una creciente influencia. Hubo también sectores completos en la administración pública reservados directamente al emperador (como el gobierno de las provincias menos pacíficas). En tales circunstancias, los *mandata*, o sea, las instrucciones que dirigía el emperador a sus empleados, llegaban a ser importantes fuentes de derecho administrativo.

Pero hubo más. El público acostumbraba pedir opinión al emperador en controversias jurídicas. Generalmente contestaba la secretaría a *libellis* (de la cual se encargaron, por ejemplo, Papiniano y Ulpiano), y tales contestaciones (*rescripta*), ya en documento separado (*epistola*), o bien como anotación al pie de la solicitud que se devolvía (*subscriptio*), también valían en la práctica como fuentes de derecho (exactamente como ocurre, por ejemplo, con las consultas que la Secretaría de Hacienda resuelve en los términos del art. 10 del Código Fiscal).

La creciente popularidad de estos *rescripta* imperiales es precisamente lo que explica la desaparición de los jurisconsultos privados. Como ya dijimos, aun después de la fase clásica, hubo probablemente todavía jurisconsultos de cierta calidad, pero trabajaban anónimamente al servicio del emperador, contestando así en nombre del *princeps* a las preguntas del público.

Finalmente, como alto magistrado, el emperador tenía el *ius edicendi*, y publicaba normas obligatorias para magistrados y funcionarios inferiores. Primero, tales *edicta* referíanse a cuestiones administrativas, pero ya en la época de Claudio notamos que el emperador penetra con sus *edicta* en el campo civil; y, a medida que la legislación por comicios o por senadoconsultos retrocede, el emperador avanza hasta que, en tiempos de Caracalla, los *edicta* imperiales sustituyen completamente a las *leges rogatae* y a los senadoconsultos. Gayo reconoce (I. 5) que tienen *legis vicem*, que ocupan el lugar de leyes. Y como la *iurisprudencia* ya se había retirado a la Cancillería Imperial, y la libre formación del *ius honorarium* había terminado con el *Edictum Perpetuum*, desde el fin de la fase clásica quedó una sola fuente del derecho: las constituciones expedidas por el emperador; ellas introducen los nuevos rasgos en el derecho postclásico, caracterizados por los términos: orientalización, socialización, cristianización. A causa de la creciente influencia y frecuencia de los *edicta*, los *decreta* limitan su eficacia, cada vez más claramente, al solo caso concreto que fue sometido al emperador.

Las diversas formas en que éste contribuía a la creación del derecho, se engloban bajo el término general de *Constituciones*. Se conservaban en los archivos de la Cancillería (*Liber libellorum rescriptorum, Commentariū*) y fueron compilados (por ejemplo, bajo Marco Aurelio mediante un extracto hecho por Papirio Justo, del cual encontramos algún débil eco en las *Pandectas* de Justiniano).

31. MEDIDAS PARA ORDENAR EL DERECHO, ANTERIORES A JUSTINIANO. El caudal de las normas jurídicas crece continuamente, y con cierta periodicidad se impone la tarea de ordenar el material, para que el pueblo y las autoridades puedan saber cuál es el derecho positivo.

Una primera tentativa de ordenar el derecho era ya la legislación de las XII Tablas, aunque ésta, como hemos visto, tenía un origen más bien político y no se expidió con el fin específico de ordenar un exuberante caos de normas jurídicas.

Otra medida que debemos mencionar aquí es el *Edicto de Adriano*, donde el deseo de imponer cierto orden en el derecho honorario se combinaba con el criterio imperial de colocar toda creación del derecho bajo el dominio centralista.

Durante el siglo II, se dejó sentir, cada vez más intensamente, la necesidad de ordenar dos sectores del derecho positivo: la *iurisprudencia* y las constituciones. En verdad faltaban bibliotecas que reunieran sistemáticamente todas las disposiciones vigentes; además, como todavía no existía la imprenta, los libros se copiaban a mano. ¿Quién podía garantizar entonces la autenticidad de opiniones atribuidas a juristas investidos del *ius publice respondendi*? Era prácticamente imposible a abogados y jueces conocer el derecho positivo y se imponía una depuración general.

El ambiente halagüeño que ofrecía el siglo II presentaba la oportunidad de realizar tal trabajo, y es sorprendente que sólo conociéramos una tentativa de ordenar el derecho: la mencionada colección hecha por Papirio Justo.

En el terrible siglo III, las autoridades tenían otras preocupaciones y dejaron a un lado la tarea de ordenar y sistematizar el derecho positivo. Además, la corta duración de cada régimen impedía la realización de proyectos a largo plazo. Sólo después de pacificar Diocleciano el imperio, con remedios casi peores que la enfermedad, surgió, por fin, una importante codificación de las constituciones que debían considerarse vigentes: el *Código Gregoriano*.

Fue obra privada del jurista Gregorio y abarcaba las constituciones más interesantes desde 196 hasta 302. A esta colección, elaborada a comienzos del periodo autocrático imperial, sucedió otra: el *Código Hermogeniano*, que comprendía las constituciones más importantes desde 291 hasta 365, coincidiendo, por tanto, con la obra de Gregorio en once años. Estas dos codificaciones privadas, ambas orientales, suponían una gran ayuda al público en general, a abogados y a jueces, de manera que en la práctica se las aceptaba como si fueran oficiales, por tratarse del único punto fijo de orientación en el caos de los innumerables, y tantas veces contradictorios, edictos, decretos, *rescripta* y *mandata*.

Tal ordenación se refería sólo a las Constituciones. El campo de la doctrina —fuente también de derecho positivo, como hemos visto— quedaba todavía plagado de contradicciones y errores. Este campo era excesivamente amplio, a causa de la indigerible cantidad de libros escritos por

jurisconsultos enaltecidos con el privilegio del *ius publice respondendi*, casi todos muy prolíferos.

Varias tentativas se hicieron para mejorar tal estado de cosas. En primer lugar, Constantino prohibió el uso oficial de los comentarios escritos por Paulo y Ulpiano a las obras de su eminente maestro Papiniano, acusando a los dos citados autores de que tales comentarios se dedican más a *depravare* (echar a perder) que a *corrigerere*. Este remedio era de efectos muy reducidos. Más enérgica es la intervención de Teodosio II, emperador oriental (un monstruo de insignificancia), o, más bien, de su inteligente hermana Pulqueria. En 426 salió la *Ley de Citas* (que, por ser una *Constitutio*, puede encontrarse en el *Cod. Theod.*, 1.4.1 y ss.) que establece la necesidad de que los jueces se inclinen ante la mayoría de opiniones manifestadas por el siguiente "jurado de difuntos": Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino. En caso de empate, decidirían las obras de Papiniano; y en caso de silencio por parte de éste, o si ninguno de los juristas citados había expresado parecer sobre el problema en cuestión, el juez podría seguir los dictados de su propia conciencia.

Aunque dicha ley constituye un progreso, la solución dista mucho de ser ideal. Estos cinco juristas produjeron una enorme cantidad de obras, cuyas copias eran frecuentemente interpoladas y falsificadas. Además resultaba molesto que abundasen las contradicciones entre los diversos miembros de este "jurado" y que todos hubiesen vivido antes de la completa orientalización y cristianización del mundo mediterráneo, y antes, claro es, de la introducción del socialismo de Estado por Diocleciano; por tanto, sus soluciones o consejos, con frecuencia, no correspondían a la nueva ideología jurídica y social. En la primera edición del *Codex* de Justiniano, esta medida debe haber figurado aún, pero no en la segunda (534), ya que desde 533 el *Digesto* ofrecía una mejor solución que la *Ley de Citas*.

Después de esta bienintencionada tentativa de restablecer el orden en materia de jurisprudencia (*ius*), Teodosio II puso al día la obra de Gregorio y de Hermogeniano, expidiendo una nueva selección de constituciones consideradas por él como vigentes (*leges*), desde Constantino hasta sus propios días, ahora con carácter oficial.

Este *Código Teodosiano*, de 438, promulgado también en occidente por el colega de Teodosio II en Roma, Valentiniano III, a pesar de sus deficiencias (contradicciones, repeticiones, mala distribución de materias), ejerció una influencia duradera en Italia, donde estuvo en vigor hasta el comienzo de la Edad Media, y en otras partes de Europa occidental, en las que, más bien, influyó a través de un extracto de este código, incorporado al *Breviario* de Alarico.

Debemos mencionar aquí el *Código Sirio-Romano*, compilación de derecho romano del siglo IV, con infiltraciones orientales, quizás escrita para

su aplicación en las *audientiae episcopales*, y elaborada, según creen algunos, por San Ambrosio. Fue muy popular en Levante, donde permaneció en vigor, parcialmente, hasta el siglo XVII. Sirve para demostrar el bajo nivel de la ciencia jurídica romana de aquel tiempo, y para comprobar que el derecho aplicado en las provincias era una transacción entre el derecho romano puro y el derecho provincial.⁴⁹

Hubo también compilaciones de derecho romano elaboradas con fines escolares. Conocemos fragmentos de una de ellas, hecha probablemente alrededor del año 400 (*Fragmenta Vaticana*, encontrados en 1821).

Mencionemos igualmente un famoso trío de codificaciones, en el que constituciones y *iusprudentia* se entremezclan: las *leges romanae barbarorum*, compiladas en algunos de los reinos germánicos, sucesores del Imperio de Occidente, después de 476. Como suele ocurrir cuando dos pueblos de cultura distinta entran en contacto, los reyes germánicos adoptaron el sistema de la personalidad del derecho. Dentro del mismo territorio valían normas germánicas, generalmente consuetudinarias, para los bárbaros, y normas romanas para los ciudadanos romanos. Los inteligentes y, a veces, cultos reyes germánicos ordenaron la codificación del derecho romano que debería valer para los súbditos romanos, y así nacen las *leges romanae barbarorum*. En Tolosa, por órdenes del rey visigodo Alarico II, se expidió, en este sentido, el *Breviario* de Alarico (*Lex romana visigothorum*) de 506, con las *receptae sententiae* (opiniones que han llegado a nosotros) de Paulo, un extracto de Gayo, una extensa cita de Papiniano, fragmentos de las tres codificaciones de constituciones ya citadas y un comentario, la *Interpretatio*.

Gracias a este *Breviario*, podemos comparar algunos textos antiguos con sus versiones que figuran en el *Corpus iuris*, descubriendo así cuáles son las modificaciones que los compiladores bizantinos aportaron.

Producto semejante, pero de menor calidad, que pronto se eclipsó ante la gran autoridad del *Breviario*, era la *Lex romana burgundionum*, (también llamada *Liber Papianus*, título debido a un doble error).⁵⁰

Lugar aparte ocupa el *Edicto de Teodorico*, pintoresco rey ostrogodo de Italia. El profundo amor de este interesante monarca por la cultura romana, lo impulsó a la elaboración de un pequeño código que debía valer indistintamente para romanos y para bárbaros, adoptándose, por tanto, el

⁴⁹ Véase la gran obra de MITTEIS, *Derecho Imperial y Derecho Popular*. M. ROBERTI presenta en su *Patristica e Diritto Romano* una sugestiva hipótesis sobre la existencia de una doctrina jurídica autónoma del cristianismo naciente. Como en este *Código Sivo-Romano* no encontramos huellas de este ideario cristiano, la comprobación de la teoría de Roberti sería un argumento a favor de la hipótesis de Nallino, de que dicho Código no sirvió para las *audientiae episcopales*, y que no es de inspiración eclesiástica, sino que se trata de una obra para uso estudiantil, elaborada por juristas de la escuela de Berito.

⁵⁰ Como la *Lex romana burgundionum* se publicó frecuentemente como apéndice del *Breviario* de Alarico, se creyó que el fragmento de Papiniano con que concluía éste, era el comienzo de aquél (primer error); y, además, en vez de hablar del *liber papianus*, se creó el título de *liber papianus* (segundo error).

Hasta hace poco se colocaba la promulgación de esta obra entre 510 y 516, pero desde las investigaciones de Chevrier y Pieri, *Irmæ* I. 2b (1969), se estima que este código (o quizás colección particular) es de una o dos décadas más reciente.

sistema de la territorialidad, en vez del de la personalidad del derecho. El material procedía de las tres mencionadas codificaciones de constituciones y de las *receptae sententiae* de Paulo. Dicho edicto perdió su vigencia cuando Justiniano reconquistó Italia, estableciendo allí, por unos decenios, la soberanía bizantina.

32. LA CODIFICACIÓN JUSTINIANEA. En el oriente, las escuelas jurídicas de Constantinopla, Alejandría, Cesarea y Berito lograron mantener cierto contacto con el verdadero derecho clásico. Allí los juristas no se contentaron con las toscas condensaciones e interpretaciones que estuvieron en boga en el occidente. Por esta característica del estudio jurídico oriental, se manifestó el ya aludido defecto de la jurisprudencia clásica: su enorme extensión, las contradicciones entre los autores de mayor prestigio, y las diferencias entre diversas copias de un mismo texto, que provocan en los juristas orientales el deseo de llevar a cabo una depuración general de la tradición jurídica clásica.



Retratos de Justiniano, según una medalla de la época.

Esta tarea fue realizada por el ambicioso emperador Justiniano y un grupo de juristas, entre los cuales sobresale Triboniano. "D'entro alle leggi trassi il troppo é il vano", pone Dante en labios de Justiniano, a quien otorga un lugar en el paraíso⁵¹ (¡probablemente no fundándose en la *Historia Secreta* de Procopio!).

Desde 528, estaba Justiniano trabajando en una compilación general del *Ius* y de las *Leges*, que terminó en 534. Generalmente se añade aún a esta compilación una colección de las más importantes constituciones posteriores de este emperador (*Novellae*, *Nuevas Leyes*, quizá mejor *Enmiendas*), formándose así la obra que en la Edad Media recibiría el nombre de *Corpus iuris civilis*, la cual, para mayor comodidad de los juristas medievales, recibió entonces algunas adiciones, como los *Libri Feudorum* (normas de derecho feudal longobardo) y unas disposiciones expedidas por los emperadores Federico I y II.

⁵¹ Par., Canto VI. 13.

Dicha compilación constituye nuestra principal fuente de información sobre el derecho romano. Sin embargo, nunca debemos olvidar que contiene, sobre todo, un derecho romano helenizado y cristianizado, con influjo de la corriente vulgarista, y que Justiniano, en su deseo de crear una obra para la práctica jurídica de su época, nos presenta el antiguo derecho romano en forma a menudo adaptada a la realidad bizantina, o sea, modificada ("interpolada").

También debemos observar aquí que los textos utilizados por los compiladores bizantinos no correspondían ya muchas veces exactamente a los originales clásicos; contenían interpolaciones *prejustinianas* y también breves aclaraciones didácticas del periodo postclásico (*glosemas*).

En 529 se publica el *Código Antiguo*, compilación de constituciones vigentes, y, en 533, un libro de texto para estudiantes, pero con fuerza de ley: las *Instituciones*. Esta obra, en cuatro libros subdivididos en títulos,⁵² fue generalmente utilizada como primera parte del *Corpus iuris*.

En el mismo año se promulga el *Digesto* (o las *Pandectas*), colección de citas de jurisconsultos, fuera de las cuales la *iurisprudencia* deja de tener fuerza obligatoria (sistema más práctico que el seguido por la *Ley de Citas*). Esta obra, en cincuenta libros, subdivididos en títulos, llena de sugerencias, de ejemplos concretos y de refranes jurídicos, es una eterna fuente de inspiración para el jurista, y el estudio de los libros de texto de derecho romano debe sólo considerarse como una introducción a la lectura del *Digesto*, mucho más "clásico" que el *Codex* (que contiene tantas innovaciones postclásicas) y nuestra principal fuente de información sobre la literatura clásica, perdida para nosotros, de la cual nos trasmite quizás un 5%.

El poder del autócrata Justiniano convirtió, mediante este libro, en derecho positivo, confirmado por el legislador, una cantidad de textos que originalmente no eran más que opiniones particulares de jurisconsultos sin *ius publice respondendi*. Tal circunstancia obligaba frecuentemente a los compiladores a modificar el tono de las citas; en vez de la prudencia del veterano jurisconsulto, el cual nunca pierde de vista que en la mayoría de los casos la parte contraria tiene también algunos argumentos a su favor, irrumpe la voz autoritaria del emperador. Este "corta con su hacha los nudos que los jurisconsultos clásicos trataban de deshacer con sus dedos, después de cuidadosa labor". Sin embargo, algo del tono de la antigua *prudencia* sobrevive en el *Corpus iuris*. A pesar de que ya Séneca había dicho que *lex iubet, non disputet*, en muchos lugares, especialmente del *Digesto*, el *Corpus iuris* nos deja entrever que los problemas no siempre tienen una solución categórica, sino que hay muchos matices intermedios.

Sabemos que la enseñanza bizantina del derecho comenzó por el estudio de las *Instituciones*. Luego los alumnos tenían que dedicarse al *Digesto*, y sólo en el quinto año se analizaba el *Codex*. También para los roma-

⁵² Para una acertada crítica de esta fusión entre las tareas de la ciencia jurídica y de la legislación, véase JHERING, *Espritu*, II. 2. 372; nota 515.

nistas modernos, el *Digesto* (o las *Pandectas*) son la parte más atractiva del *Corpus iuris*, de manera, que de esta obra se deriva también el nombre de la famosa escuela romanista alemana del siglo pasado, la escuela pandectista. Sin embargo, en recientes congresos de romanistas se ha recomendado que dediquemos más atención al *Codex*.

Justiniano concedió un plazo de diez años para la terminación de la inmensa tarea de compilar, y modernizar, los fragmentos más importantes de la ilimitada cantidad de obras jurisprudenciales clásicas. Los compiladores, empero, realizaron la tarea en sólo tres años. Esta rapidez se explica por las siguientes razones:

a) Por una división del trabajo entre los comisionados (Triboniano contó con la ayuda de quince abogados y catedráticos de las escuelas de Constantinopla y Berito). De acuerdo con las investigaciones de Bluhme, las citas dentro de cada título del *Digesto* suelen sucederse de manera especial. Primero vienen los fragmentos, tomados de comentarios al famoso libro de Sabino ("la masa sabiniana"); después, la "masa edictal", con citas seleccionadas de comentarios acerca del *Edicto Perpetuo*; luego, opiniones de Papiniano, Paulo y Ulpiano ("masa de Papiniano"); finalmente, aparece una "masa apéndice", con citas de origen heterogéneo, probablemente tomadas de obras que llegaron de otros lugares del imperio, mientras estaban trabajando los compiladores. Esta distribución de citas corresponde probablemente a una división del trabajo entre tres subcomisiones, lo cual aceleró la elaboración del *Digesto*.

b) Por el posible empleo de *predigestos* (Teoría de Peters). Es, sin duda, muy probable que las grandes escuelas de derecho utilizaran colecciones de citas importantes de los grandes clásicos, distribuidas según las materias a que se referían, de manera que tales precursores del *Digesto* podían servir de modelo.

El *Digesto* contiene citas de autores desde la fase preclásica hasta el último periodo de la fase clásica, pero muchas son interpoladas. Actualmente, los "cazadores de interpolaciones" tratan de señalar las modificaciones hechas por manos posteriores en las citas clásicas y preclásicas, reconstruyendo así el derecho clásico, a partir del derecho justiniano. Esta búsqueda de interpolaciones supone una investigación concienzuda. Sólo raras veces podemos comparar una cita que aparece en el *Digesto*, con algún otro texto que contenga el mismo fragmento. Y es que, con la publicación del *Digesto*, toda la antigua literatura jurisprudencial perdió su interés práctico (nadie podía ya citar en los tribunales una frase de algún jurista clásico que no figurara en el *Digesto*, bajo pena de "fraude"), y "como los textos jurídicos son interesantes para unos pocos y divertidos para nadie" (Gibbon), generalmente se rasparon los antiguos pergaminos que contenían las obras de Papiniano, etc., para obtener material que pudiera ser utilizado en textos teológicos o de otro tipo. Inclusive circula la versión de que Justiniano ordenó destruir los antiguos textos, para garantizar la posición exclusivista de su gran compilación.

Fuera del raro caso de comprobación de interpolaciones por comparación directa, las modificaciones aportadas a los textos clásicos se encuentran, a menudo, por indicios filológicos, por argumentación jurídica — como cuando el *Digesto* hace hablar a Ulpiano de una institución que en su tiempo no existía aún— y otros métodos más.⁵³ A este respecto, existen entre los peritos dos corrientes: la revolucionaria de Beseler, Solazzi, etc., quienes opinan que el *Digesto* es una obra más bizantina que romana; y la de Wenger y Riccobono, más conservadora, según la cual los trozos interpolados son más bien simplificaciones que sólo raras veces modifican la esencia de la antigua cita romana.

Con la búsqueda de interpolaciones, pero a veces también por otros métodos (como el análisis de la conexión que algún texto puede haber tenido en la obra de la que se tomó), llegamos con frecuencia a una *interpretatio duplex*.⁵⁴ Descubrimos que el mismo texto debe haber tenido determinada acepción en labios del autor original, y otra en la compilación justiniana. Así, si vemos que la cita justiniana de que *princeps legibus solutus est*⁵⁵ viene de una monografía sobre la legislación caducaria, comprendemos que esta famosa frase, de sabor tan odiosamente autocrático, tenía en su origen un alcance muy limitado, y eximía al emperador únicamente de las diversas restricciones fijadas en la legislación poblacionista de Augusto; pero los bizantinos sacaron esta frase de su contexto original, colocando al emperador por encima de las leyes. Muchas veces encontramos ejemplos semejantes, en los cuales afirmaciones específicas de los clásicos tienen en el *Corpus iuris* un aspecto demasiado categórico e incondicional. No es de suponer, por ejemplo, que un autor tan fino como Juliano haya escrito, sin restricciones, que *nulla voluntas est errantis*⁵⁶ (no vale el consentimiento de la parte que se equivoca). Entre otros, en un reciente estudio de Daube,⁵⁷ encontramos varios brillantes ejemplos de cómo la *inscriptio* (o sea, la indicación de la fuente de una cita que figura en el *Digesto*) puede ayudarnos a reconstruir el sentido originalmente limitado de una serie de textos justinianos que parecen formular reglas absolutas.

Gracias a esta investigación de las interpolaciones, podemos reconstruir en parte el derecho clásico oculto tras la fachada visible del derecho bizantino. Para esta labor encontramos un apreciable apoyo en las *Instituciones* de Gayo, pero para varios temas dependemos de indicios casi imperceptibles, que nos obligan a un auténtico trabajo de detective, tarea que recuerda, a veces, al antiguo dicho: *ex ungue leonem pingere* (pintar un león valiéndose de una uña como modelo). Importante es, a este respecto, la obra de Schulz, *Classical Roman Law*.⁵⁸

⁵³ Véase BONFANTE, *Historia*, II, apéndice IV, con bibliografía.

⁵⁴ SAVIGNY, *Sistema*, I, 40-41.

⁵⁵ D. 1. 3. 31. ("El emperador no está sometido a las leyes.")

⁵⁶ D. 2. 1. 15. (Ulpiano, citando a Juliano).

⁵⁷ DAVID DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, ZSS, 1959.

⁵⁸ Oxford, 1954.

Durante la elaboración del *Digesto*, Triboniano había tenido que formular "cincuenta decisiones" para resolver puntos contradictorios e injusticias nacidas del *Codex* antiguo, y, en 534, se publicó una nueva edición de esta última obra en la que se incorporaron dichas decisiones. El antiguo *Codex* se ha perdido; es la edición de 534, en doce libros, la que forma parte del *Corpus iuris*. El reciente hallazgo de una parte del índice del *Codex* antiguo sugiere que hay una gran diferencia entre la primera y la segunda edición de esta obra.

A la tríada *Instituciones-Digesto-Codex* se suele añadir una colección (privada) de 122, 134 ó 168 *Novellae*: selecciones de la gran cantidad de constituciones que el inquieto Justiniano expidió durante su largo reinado (hasta 565), después de la segunda edición del Código.

Este derecho romano, en su versión justiniana, penetró en Italia a consecuencia de la efímera reconquista que hizo Justiniano de esta región. Pero, tres años después de la muerte de este emperador, los longobardos, nuevos invasores de Italia, redujeron allí la influencia bizantina, de manera que Italia quedó, poco a poco, incorporada al mundo germánico, repartido, desde el punto de vista jurídico, entre las primitivas costumbres de los bárbaros, el apreciable *Breviario* de Alarico, el *Codex* de Teodosio II, el estimable derecho longobardo y un compendio del *Codex* de Justiniano. El *Digesto* fue pronto relegado al olvido.

33. HISTORIA DEL DERECHO JUSTINIANO EN EL ORIENTE. En el oriente, el estudio jurídico sufrió por el hecho de que Justiniano parece haber prohibido todo comentario al *Digesto*. Afortunadamente, esta prohibición no fue aplicada con todo rigor, y paulatinamente cayó en el olvido.⁵⁹ En los dos siglos siguientes, la actividad legislativa bizantina fue raquítica, pero los comentarios mejoraron en calidad e interés, como podemos ver por los fragmentos de ellos que sobreviven como glosas (*scholia*) insertadas en las *Basilicas*. Durante el siglo VIII, los emperadores isaurios lanzan una ola legislativa, de calidad "popular", muy distinta del clasicismo justiniano, quizás un movimiento reivindicador de los juristas "prácticos", dirigido contra el ambiente justiniano de los juristas académicos. La *Ecloga* (726) es un conocido exponente de este movimiento. Pero menos de dos siglos después, bajo la dinastía de los macedonios, vino la reacción contra la "tonta palabrería" de los isaurios, y el espíritu justiniano se impone de nuevo al derecho popular, bajo León el Sabio, hijo de Basilio el Macedónico. Este nuevo movimiento culmina en las *Basilicas* (890), una condensación del *Corpus iuris* en sesenta libros, en la que se acaba con la tradicional división de la materia sobre *Instituta*, *Digesto*, *Codex* y *Novella*. Contiene, además, interesantes glosas, obra de juristas que tenían aún

⁵⁹ El alcance de la prohibición está controvertido. El comentario a la *Instituta* de Justiniano, hecho por Teófilo durante el régimen de Justiniano (*La Paráfrasis*) no es incompatible con esta prohibición, ya que ésta se limita al *Digesto*. Véase PAN J. ZEPOS, *Berichte zum XI. Internat. Byz. Kongress*, Munich, 1958, con amplia bibliografía.

acceso a obras clásicas, entre tanto perdidas para nosotros. La edición principal es la del profesor Scheltema, de la Universidad de Groninga. Las *Basilicas*, a su vez, fueron condensadas por el juez Harmenópulo, en una obra privada pero utilizada como si fuera oficial, el *Hexdiblos* (1345), y en esta edición abreviada de un resumen del *Corpus iuris*, el derecho justiniano sobrevivió a los siglos de ocupación turca (que terminó en 1830). De 1930 a 1940, los mejores juristas de la Grecia moderna trabajaron en el proyecto de un nuevo código civil griego, de espíritu justiniano, al que incorporan muchas ideas de la pandectística alemana y varias innovaciones audaces. Este código entró en vigor en 1946. En otras partes del antiguo imperio oriental, el derecho musulmán ha sustituido la tradición justiniana.⁶⁰

34. GLOSADORES Y COMENTARISTAS. Desde 568, cuando las tropas bizantinas se retiran de Italia, el occidente de Europa ofrece un panorama jurídico muy variado, como acabamos de señalar, cuando diversas corrientes jurídicas y distintas codificaciones conviven, sea paralelamente o bien en cierto grado de fusión. Lo mejor que produce la ciencia jurídica bárbara que encontramos en esta mezcolanza es el derecho longobardo, que florece durante los siglos X y XI con la Escuela de Pavía, y culmina en la *Expositio*, inteligente comentario al derecho longobardo.

En el siglo XI, el centro de la cultura jurídica longobarda se trasladó desde Pavía a Bolonia, y es precisamente dentro de esta escuela donde renace para el occidente el derecho justiniano, que pronto anularía con su creciente autoridad, tanto el derecho longobardo, como el *Breviario* o el *Codex* de Teodosio.

Es dudoso que fuera del mundo bizantino se haya estudiado, entre el siglo VII y el XI, el *Digesto*, o sea, la parte más trascendental y bella del *Corpus iuris*,⁶¹ pero desde 1090 el occidente recuperó con creces esta pérdida. En aquella época, el monje Irnerio descubrió en una biblioteca de Pisa, lleno de polvo, un manuscrito del *Digesto*, el "manuscrito pisano", llamado también "florentino", porque en el siglo XV los florentinos derrotraron a los pisanos y llevaron el manuscrito en triunfo a su propia ciudad. La copia de este manuscrito, el *Codex S* (*Codex Secundus*) que Irnerio se llevó a Bolonia, llegó a ser el original directo o indirecto de todas las copias que circularon durante la Edad Media. Irnerio estudió su hallazgo, primero, filológicamente; luego, fascinado por el interés jurídico de la obra, llamó la atención de los juristas de Bolonia sobre el *Digesto*. No tardó en surgir un verdadero culto alrededor de esta compilación de la antigua jurisprudencia. Los alumnos de la escuela de Bolonia (los "cuatro

doctores": Martino, Búlgaro, Jacobo y Hugo, alumnos de Irnerio; la tercera generación, o sea: Placentino, Azo y Odofredo; y finalmente Acursio, al comienzo del siglo XIII), abandonando el derecho longobardo, comenzaron a escribir doctas "glosas" sobre el *Digesto*, buscando paralelismos, citas dispersas que se completaban, contradicciones y sus posibles reconciliaciones.

Este renovado estudio del *Corpus iuris*, hábil y erudito, pero sin perspectiva histórica (como, más tarde, también la pandectística alemana), no se limitó a Bolonia. Rápidamente se extendió a otras universidades, y, gracias al redescubrimiento hecho por Irnerio, el derecho romano llegó a ser un elemento de aquella "Internacional del espíritu", que domina la cultura del medievo, y figura en ésta como factor unificador junto a la religión católica, el arte gótico, la literatura latina y la música polifónica. De todos estos factores, el romanismo y la música son los que mejor se mantuvieron como valores supranacionales cuando Europa se dividió en Estados independientes, las nuevas lenguas autóctonas comenzaron a sustituir el latín en las aulas universitarias y la Reforma rompió la unidad católica.

Cuando, finalmente, Acursio resume en su *Gran Glosa* de 1227 todos los aciertos de sus predecesores, termina esa escuela de los glosadores, que en parte debía su enorme éxito al apoyo que le había prestado el inquieto germano Federico Barbarroja, quien quería acentuar su calidad de emperador "romano" con esta demostración de interés por el "derecho romano imperial", obra de su "predecesor" Justiniano. A esta escuela de los glosadores debemos, por tanto, en la *Gran Glosa*, un comentario sistemático del derecho justiniano, más utilizable en la práctica que la gran compilación misma que Justiniano había hecho. Inclusive nace la regla de que *quidquid non agnoscit glosa, non agnoscit curia* (lo que la *Gran Glosa* no reconoce como derecho válido, no lo reconocerá el tribunal); la glosa ya tenía más autoridad que el mismo *Corpus iuris*.

La herencia de los glosadores es el fundamento de la siguiente escuela, la de los postglosadores con su centro en Perugia, quienes buscaron las teorías fundamentales contenidas en las citas del *Corpus iuris*. Hay que reconocer que, de acuerdo con el espíritu escolástico de la época, se excedían un poco en su entusiasmo por divisiones y distinciones, subdivisiones, oposiciones, excepciones, ampliaciones, etc., hijas bastardas del derecho y de la erudición, a menudo vacías sofisticaciones, "empty cleverness".⁶² A pesar de la enorme autoridad que alcanzaron las obras de Bártolo de Saxoferrato o Baldo de Ubaldis, el juicio de la posteridad sobre estos "postglosadores" o "comentaristas" ha sido, con frecuencia, bastante duro. Así, Cuyacio dice de ellos que son *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffussi* (abundan en palabras, si el problema es fácil; guardan silencio, si es difícil; y están en desacuerdo entre ellos, si el tema se presta a dudas). Frecuentemente crean problemas teóricos inexistentes en la práctica y fundan en ellos calurosas discusiones. Parafraseando a Jhering, po-

⁶⁰ Para la historia del derecho justiniano en el oriente es todavía fundamental: ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-röm. Rechts*, 3ª ed., 1892; nueva impresión, 1955.

⁶¹ En cambio, la *Instituta* de Justiniano, su *Codex*, sus *Novellae*, así como el derecho romano del *Breviario* de Alarico, nunca se eclipsaron completamente del estudio jurídico, durante aquellos siglos intermedios.

⁶² SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, pág. 331.

dríamos decir que sustituyeron el *cogito, ergo sum* por *cogito, ergo est*: desde el momento en que uno logra formular un problema en su mente, ese problema existe. Así, en sus obras, los mosquitos se vuelven elefantes, las montañas engendran ratones; y sobre muchas controversias que excitaban a los juristas de esta escuela, la jurisprudencia moderna dice indiferente: *ad acta!*

Su actitud científica fue tan antihistórica como la del pandectismo alemán, medio milenio después. Observaciones accesorias, insertadas en el *Corpus iuris* como *obiter dicta* (observaciones hechas de paso), se tomaron como bases para novedosas teorías jurídicas. Piedras originalmente menospreciadas por los constructores, fueron de pronto elevadas a la categoría de piedras angulares, si parafraseamos con Jolowicz la hermosa frase bíblica.⁶³ Así, disfrazándolas como teorías justinianas, elaboraron para nosotros algunas ideas importantes de carácter jurídico que sobreviven hasta hoy. Además, nadie podrá quitarles el mérito de haber reintroducido el derecho justiniano en los tribunales de su época, gracias a su armonización del derecho romano con ciertas tradiciones germánicas, el feudalismo y el derecho canónico y su reinterpretación que quitaba ciertas asperezas al *Corpus iuris*, permitiendo contratos a favor de terceros, la representación directa, las servidumbres *in faciendo*, etc. Así, el *Digesto* que los glosadores habían hecho "utilizable", los postglosadores lo convirtieron en una obra utilizada, y el derecho justiniano se transformó de derecho académico en un derecho forense.⁶⁴

35. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO. Con la recepción, movimiento que señala grandes diferencias cronológicas y de intensidad de país a país, se inicia un nuevo capítulo en la historia del derecho continental.⁶⁵ Los principales países europeos, con Inglaterra del lado de mínima intensidad y Alemania del lado máximo, admitieron la influencia del *Corpus iuris* en su derecho positivo.

Un importante factor que favorecía la recepción fue la circunstancia de que en las universidades del mundo occidental, hasta fines del siglo XVIII, el derecho sólo se estudiaba en forma del *Corpus iuris* y sus comentarios y del derecho canónico. Aunque en la práctica forense diversas obras, más bien germánicas, seguían jugando un papel importante (las *Coûtumes*, en Francia; el *Especulo de Sajonia*, en Alemania; el *Fuero Real*, en España, etc.), éstas fueron interpretadas por juristas imbuidos en el derecho romano, de manera que el espíritu de su aplicación se alejaba cada vez más de su origen germánico.

Este movimiento ha tenido grandes ventajas para nuestra ciencia. "Lo

⁶³ *The Stone The Builders Rejected*, Seminar, Washington, 1954.

⁶⁴ Breve, pero de agradable lectura, es, sobre esta época, VINOGRADOFF, *Roman Law in the Middle Ages*, Oxford, 1929.

⁶⁵ Las fases subsecuentes son: el naturalismo racionalista, que florece, sobre todo, en el siglo XVIII; la pandectística del siglo XIX; el movimiento codificador que culmina también durante el siglo XIX, y la socialización del derecho durante el siglo XX.

que un jurista en España había pensado, ahorró esfuerzos intelectuales al erudito alemán; el holandés continuaba construyendo sobre bases puestas por los franceses; la práctica de los tribunales italianos recibió el indudable influjo de la jurisprudencia de todos los demás países."⁶⁶ Gracias a la recepción, la ciencia jurídica salió de su confinamiento nacional, produciéndose el *Usus modernus Pandectarum* (o sea "la manera contemporánea de usar el *Corpus iuris*"), con famosos autores como Struvio, Stryckio, Lauterbach y el industrioso Glück, con su comentario (inacabado) al *Digesto*, en 63 volúmenes.

En cuanto a Alemania, hasta Bismarck, padeció una dispersión política en diversos Estados, grandes y pequeños, lo cual condujo, durante la Edad Media, a una gran variedad de derechos locales, además de la diversificación del derecho según las clases sociales. Aunque estos derechos germánicos tenían a menudo sus méritos, por ser menos individualistas que el romano, no pudieron presentar un frente común a éste, sobre todo por la falta de un gremio de juristas (factor que explica, en Inglaterra, la resistencia a la recepción del derecho romano). Además, a causa de la tradición del Sacro Imperio Romano-germánico, la intelectualidad no sentía el derecho romano, en Alemania, como un derecho ajeno. Este resultó además favorecido por los emperadores germánicos, en su romántica nostalgia por el mundo mediterráneo y su afán de ligar su dignidad a la primitiva tradición imperial que arranca de Augusto. En 1495, el tribunal imperial confirmó la ya existente penetración del derecho justiniano en Alemania, reconociéndolo como derecho común, es decir, como derecho que valdría, siempre y cuando no se opusiera a alguna disposición particular. Sin embargo, este derecho particular, generalmente de origen germánico, era de interpretación estricta y su contenido debía ser comprobado de manera totalmente convincente —cosa difícil, ya que no se registraron en Alemania las costumbres jurídicas, como se hizo en Francia—. Así, del derecho germánico sólo se salvó a la larga una serie de fragmentos que entre sí no tenían cohesión. Por esta circunstancia, y también a causa de la labor de meritorios alumnos de la escuela italiana (o sea, del *Mos italicus*), como Zasius (de Friburgo), en el mundo germánico la recepción fue más completa y profunda que en otros países de Europa.

En Francia, el sur del país había vivido de acuerdo con el derecho romano, sin interrupción, desde que fue conquistado por Julio César. A partir de la caída del imperio de occidente, el derecho romano era allí conocido, sobre todo, a través del *Breviario* de Alarico, el *Brachylogus*, las *Exceptiones (Florilegio)* de Petro y un extracto del *Código* de Justiniano, *Lo Códice* (en lengua provenzal), obras romanistas de muy modesta erudición jurídica. El norte recibió una fuerte influencia del derecho consuetudinario germánico, en parte codificado posteriormente (primero, por particulares,

⁶⁶ JHERING, *Espíritu*, I. 10.

como las *Coûtumes* de Beauvaisis, luego, por iniciativa de la Corona, como la *Coûtume* de París, 1510).

Sin embargo, poco a poco el derecho romano se infiltra desde el sur hacia el norte, ayudado por el prestigio de grandes postglosadores franceses (Placentino, de Montpellier), humanistas (Cuyacio) y sistematizadores como Donelo, Dumoulin y más tarde, Pothier. El *Código civil* de Napoleón recogió finalmente elementos del derecho romano y de las *Coûtumes*.

Holanda aprovechó la *translatio studii* provocada por el éxodo de tantos eruditos franceses, exiliados a causa de su protestantismo, y llegó a ser el centro del estudio romanista durante los siglos XVI y XVII, como ya hemos mencionado.

En cuanto a España, desde su conquista por los romanos, durante las guerras púnicas, o más exactamente, desde su pacificación en tiempos de Augusto, había gozado del régimen jurídico romano, y aun después de la invasión de los visigodos, cuando menos los ciudadanos romanos que vivían en España conservaron su propio derecho, codificado —como ya hemos visto— en el *Breviario* de Alarico. Sin embargo, las disposiciones del derecho romano que no estaban incorporadas a este código, no fueron reconocidas en la práctica de los tribunales. Entre tanto, los visigodos vivían bajo el *Codex Euricianus* de 470, de derecho germánico. En 654, el rey visigodo Recesvinto promulgó el *Fuero Juzgo* o *Liber iudicum*, válido para romanos y bárbaros, con un contenido germánico mezclado con elementos romanistas, que abrogó formalmente el *Breviario* de Alarico, aunque éste sobrevivió de hecho.

El hilo de la cultura jurídica romana se rompe con las invasiones de los sarracenos. Aunque éstos dejaron a los vencidos sus propias leyes, el aislamiento de tantos siglos hizo surgir prácticas nuevas, ajenas a la tradición romanista.

Con la reconquista, además del reconocimiento de gran cantidad de fueros locales, se impone de nuevo el *Fuero Juzgo* a los españoles. Pero entre 1256 y 1263, Alfonso el Sabio elaboró, como código orientador, “platónico”, las famosas *Siete Partidas*, inspiradas en la escuela de Bolonia. Un siglo después, esta obra llega a ser derecho supletorio (1348). Contiene, en gran parte, derecho romano, combinado con algunos elementos de derecho canónico y germánico. Además de las *Partidas*, de carácter romanista, encontramos en España el derecho justinianeo, que influye a través de los estudios universitarios, y poco a poco llega a ser derecho supletorio en caso de silencio de leyes especiales y de las *Partidas*. Además del *Corpus iuris*, hallamos, desde 1449, los comentarios de Bártolo y Baldo (como los de Juan Andrés y Panormitano) en calidad de derecho supletorio.

El único país importante de Europa occidental que no participó en este movimiento de recepción, fue Inglaterra, aunque no faltan allí algunas influencias romanistas en el derecho, como veremos en el párrafo 39.

36. LA OPOSICIÓN AL DERECHO ROMANO. Hemos visto que el derecho romano llegó a ser común en toda Europa continental, mediante un movimiento de diversas recepciones, cuya historia detallada está todavía por escribirse.⁶⁷ Sin embargo, no faltaban fuerzas que actuaban para privar al derecho romano de este carácter de derecho europeo fundamental.

Así, el rey francés lo vio con malos ojos, como “imperialismo cultural” de su adversario, el emperador alemán. El Papa desconfiaba del derecho romano por ser un sistema competidor del derecho canónico (Honorio III hizo prohibir la enseñanza del derecho romano en la Universidad de París, en 1219, medida en la que también se encuentran las huellas digitales del rey francés, y que provocó un éxodo de estudiantes hacia Bolonia). También los defensores de la independencia local se opusieron al influjo del derecho romano (las Cortes en España, por ejemplo). Debemos mencionar también la actitud de los humanistas, de los racionalistas, de los nacionalistas de la escuela histórica, y, finalmente, de los apologistas y paladines del movimiento codificador.

Hablemos primero del humanismo jurídico. Los humanistas franceses (Cuyacio —1522-1590— y su escuela) querían estudiar el derecho romano “estéticamente”, sólo por su interés histórico o sociológico, y por sus aciertos dogmáticos, pero sin tratar de aplicarlo a la práctica forense de su tiempo. Esta tendencia filológico-crítica se designaba como *mos docendi gallicus*, y floreció en la *Escuela de Bourges*, fundada por Budeo, el filólogo-jurista, Alciato de Milán y Viglio ab Aytta, de Holanda, con representantes como el ya mencionado Cuyacio, Jacobo y Dionisio Godofredo, el sistemático Donelo (1527-1591), Antonio Favre (1557-1624), cazador de interpolaciones, y el pintoresco Hotomano, enemigo personal de Justiniano y de Triboniano, que propone codificaciones modernas en vez del *Corpus iuris*, del que es un crítico incansable. Otro centro humanista era Lovaina (con Mudeo). Más tarde, esta corriente humanista se transforma en la escuela holandesa, de la “jurisprudencia elegante” (S. XVI-XVII).

La práctica jurídica francesa, empero, continuaba bajo la influencia del *mos italicus*, la cual quiso adaptar el derecho romano a fines forenses, viéndolo a través del pensamiento de los comentaristas o postglosadores italianos, como Bartolo y Baldo.⁶⁸

En cuanto al racionalismo jurídico, o jusnaturalismo racional, si la base del derecho es la razón humana, como pretendían varios autores del Renacimiento y de los siglos siguientes, no deberíamos inspirarnos en un derecho autoritario, tradicional e importado. Sin embargo, los racionalistas no fueron, generalmente, hostiles al derecho romano. Muchos de ellos opinaban precisamente que éste, como *ratio scripta*, se acercaba bastante al

⁶⁷ Una organización de conocidos historiadores del derecho, el IRMA, está publicando ahora esta historia en forma de una serie de monografías coordinadas.

⁶⁸ Como ya indicamos, en Alemania, la tendencia de adaptar el *Corpus iuris* a las necesidades forenses de la propia época recibió el nombre de *Usus modernus Pandectarum*.

derecho derivado de la razón misma que ellos estaban buscando. Así Grocio, Heineccio, Leibniz y otros fueron, a la vez que racionalistas, admiradores del *Corpus iuris*.

Tampoco el nacionalismo jurídico fue siempre incompatible con el estudio del derecho romano. Incluso se decía partidaria del romanismo la muy nacionalista escuela histórica de Alemania del siglo XIX, lo que no deja de ser un caso singular. Había nacido ésta como reacción contra el derecho natural abstracto de carácter ya racionalista, ya teológico, y sostenía que no puede haber un derecho abstracto, natural, generalmente válido; el derecho nace y crece con el pueblo, como el idioma. Si esto es verdad, un derecho surgido y desarrollado bajo otro cielo y como producto de otra raza no debería ser el derecho común de países nórdicos como Alemania. Sin embargo, la escuela histórica llegó a ser una poderosa aliada del derecho romano en su lucha contra el movimiento codificador, ya que (después de gran precursor Hugo, de Gotinga) el jefe de aquélla, F. C. von Savigny (1779-1861; ya famoso a los 24 años como autor de su revolucionario tratado sobre la posesión, de 1803), situado entre el clasicismo de su origen aristocrático y el romanticismo de su época (corriente a la que estaba muy ligado como amigo de los hermanos Grimm y pariente de Brentano, por su esposa), se convirtió en un ferviente admirador del derecho justiniano. Este gran jurista rindió un importante servicio al derecho romano; en su famosa polémica con Thibaut, de 1814, se opuso con éxito a los intentos de hacer inmediatamente una codificación de un derecho alemán autóctono,⁶⁹ e invitó a los juristas de su patria a que estudiaran primero, durante algunas generaciones, el *Corpus iuris*, y mejoraran, con sus enseñanzas, la práctica jurídica y la dogmática alemanas, sin petrifcar todavía el derecho alemán en un código prematuro.

El mismo Savigny contribuyó a la profunda cultura romanista que caracteriza a la Alemania del siglo pasado, con su *Sistema del derecho romano actual* (1840-1849) y su *Tratado de las obligaciones* (1851/3). Como sus sucesores debemos mencionar, sobre todo, a Vangerow, sucesor de Thibaut en Heidelberg; Puchta, que continuaba las enseñanzas de Savigny en Berlín; al modesto y severo Windscheid, autor de una sistematización de las *Pandectas* que sigue siendo famosa; y Dernburg. Rodolfo von Jhering, 1818-1892, autor del *Espíritu del derecho romano* (1852-1865), grandiosa tipología del derecho romano, se encuentra algo apartado de esta escuela pandectística alemana y a menudo se opone a ella, reprochándole su frío juego matemático con conceptos ("jurisprudencia de conceptos" en vez de "jurisprudencia de intereses").

La pandectística alemana estudia el *Corpus iuris* —y, sobre todo, el *Digesto*— como un bloque homogéneo, y no como un libro en el cual han

⁶⁹ En esta actitud de von Savigny encontramos también su desconfianza de aristócrata respecto de las tendencias democráticas napoleónicas. Temía que una codificación alemana prematura no diera otro resultado que una copia de aquel derecho "revolucionario" de los franceses.

dejado su huella varias fases del desarrollo jurídico. Las interpolaciones no les interesan y tratan de salvar a veces con teorías demasiado sutiles, las contradicciones en que habían incurrido, por la prisa, los compiladores. Esta última tarea ha recibido el nombre de *Pandektenharmonistik*, verdadera acrobacia intelectual. Tal búsqueda de una *concordia discordantium fragmentorum* (armonización de citas contradictorias) puede ser un buen ejercicio para nuestro ingenio especulativo, pero los resultados carecen generalmente de valor histórico. El pandectismo era una de las grandes corrientes culturales del siglo pasado, que tuvo mucho éxito, y produjo una especie de segunda recepción del derecho romano, cuyos conductos eran, ahora, no las autoridades jurisdiccionales, sino los centros universitarios. En esta ocasión, la recepción extendió su influjo también a Inglaterra, cuyo John Austin, padre de la "Jurisprudence", estaba bajo el impacto de la escuela alemana.

Sin embargo, paralelamente a esta escuela dogmática, ahistórica, de los pandectistas, encontramos en Alemania a unos grandes historiadores del derecho romano, como Niebuhr (descubridor de las *Instituciones* de Gayo, 1816), Bluhme (cuya teoría de las masas ya conocemos), Lenel (el reconstructor del *Edictum Perpetuum*), Bruns (autor de un ejemplar estudio sobre la posesión en la Edad Media), Mommsen (investigador del derecho romano público y penal y autor de la mejor edición del *Corpus iuris*), etc. El mismo Savigny también contribuyó a esta corriente (*El derecho romano en la Edad Media*, 1850/1; algunas investigaciones sobre las interpolaciones).

37. EL DERECHO ROMANO Y EL MOVIMIENTO CODIFICADOR. Ni el humanismo, ni el jusnaturalismo racionalista o la escuela histórica con su nacionalismo, habían logrado despojar al derecho romano de su carácter de derecho positivo. Este resultado se debió, finalmente, al movimiento codificador. Los códigos modernos pretenden ofrecer un sistema hermético, sin lagunas, que contenga soluciones para todos los casos que puedan presentarse en la práctica (fijando de antemano los métodos de integración e interpretación que deben seguirse en caso de omisiones o falta de claridad en los textos de los códigos); por tanto, el derecho privado, una vez en código, no necesita ya la ayuda del *Corpus iuris*. Esto, salvo, tal vez, en el supuesto de que el código se refiera, para fines de integración o interpretación, a los "principios generales del derecho" a los cuales pertenecen, especialmente en nuestra parte romanista del mundo, los principios manifestados expresa o implícitamente en el *Corpus iuris*.

El movimiento codificador se inició en el centro de Europa, durante el siglo XVIII. Su primer resultado importante fue el *Código de Prusia* (1794). Esta corriente llegó a un punto culminante con el *Código de Napoleón* (1804), que fue imitado por muchos países. Su más significativo fruto tardío fue el *Código Alemán* (1900), que también dio lugar a un grupo de códigos inspirados en él.

Después de haber sido de gran ayuda en la formulación de una buena parte del contenido de estos códigos, el derecho romano pudo retirarse del campo del derecho positivo, con la salvedad arriba expuesta. Actualmente, el *Corpus iuris* conserva sólo un carácter de código supletorio en Cataluña, Navarra, Aragón y unas cuantas regiones más, mientras que en Sudáfrica mantiene una posición más fundamental. Se utiliza allí, empero, más bien el comentario de Voetius al *Corpus iuris*, que el derecho justinianeo en su forma original.

38. LA INVESTIGACIÓN ROMANISTA MODERNA. Puesto que el derecho romano ya no es directamente positivo, no hay necesidad de interpretar el *Corpus iuris* como un solo bloque homogéneo a la manera de los pandectistas del siglo pasado. Así, pues, los romanistas de este siglo, continuando más bien la tradición humanística, han reintroducido una tercera dimensión histórica en la investigación del derecho romano, después de separar dentro del *Corpus iuris* lo bizantino y lo romano, analizando las interpolaciones y los glosemas, siguiendo las vicisitudes del derecho romano a través de la Edad Media y los siglos siguientes, y mediante la búsqueda de los orígenes del derecho romano, así como del análisis del preclásico y de las influencias de otros antiguos sistemas mediterráneos, como el derecho griego, el egipcio, el asirio y el babilonio. De este modo, la parte histórica del romanismo empieza a convertirse en una historia general del derecho de occidente. También la sociología y arqueología jurídicas ocupan un importante lugar en esta corriente neohumanista de nuestra ciencia.⁷⁰

La acentuación de los temas históricos, dentro de la romanística moderna, no siempre hace justicia al aspecto *dogmático* del estudio romanista. Sin embargo, precisamente éste es muy importante para la enseñanza del derecho romano en nuestras Facultades de Leyes, y puede contribuir con eficacia a la formación del jurista contemporáneo. Por una parte, el neohumanismo ha hecho de la ciencia romanista una rama muy difícil, esotérica, casi cabalística, de la cultura jurídica. Pero, por otra, ha disminuido el interés práctico que esta disciplina podía tener para el abogado contemporáneo. Como dice Koschaker, el abogado del siglo XIX podría sacar todavía gran beneficio práctico de la lectura de obras pandectistas a que se dedicara en sus ratos de ocio; en cambio, el moderno, si hojea una revista de derecho romano, encontrará complicados análisis de cuestiones filológicas o arqueológicas. Al fin, irritado, cerrará la revista y se dedicará a una lectura más interesante para él.

En el mismo tono, Biondi confiesa que, cuando levantamos la mirada de nuestras complicadísimas investigaciones romanistas, notamos que los demás consideran con fría indiferencia nuestra ardua labor neohumanista.⁷¹

⁷⁰ Para más detalles, véase mi libro *Significado del derecho romano en la enseñanza jurídica contemporánea*, México, 1960.

⁷¹ Es curiosa la diferencia entre el tono firme con que los pandectistas del siglo XIX sacaron sus interesantes conclusiones dogmáticas del *Corpus iuris*, y el tono vaci-

Por tanto, mientras que, por una parte, el código alemán de 1900 hizo perder al derecho romano el último territorio importante donde podía valer como derecho positivo (sensible *capitis deminutio* del romanismo), por otra, el entusiasmo neohumanista de muchos estudiosos complicó excesivamente nuestra disciplina. A estos dos factores desfavorables debemos añadir otros más:

a) Los socialistas y otros elementos progresistas miran con frecuencia el derecho romano con profunda desconfianza.⁷²

b) El anticlericalismo de algunos países perjudica al estudio del latín (típica *aberratio ictus*), lo cual, a su vez, disminuye el número de posibles candidatos a la investigación romanista.

Es saludable que muchas obras modernas sobre nuestra materia muestren un claro viraje hacia lo dogmático, y relacionen además íntimamente el derecho romano con los modernos sistemas nacionales o con el derecho comparado, transformando así el curso del derecho romano en una especie de introducción historicodogmática al derecho moderno. Con este espíritu se ha escrito el presente libro.

Actualmente, continúan siendo Alemania e Italia los grandes centros de la investigación romanista.

En el siglo pasado, como consecuencia de la pandectística, el romanismo era casi exclusivo de Alemania. A fines de aquel siglo, empero, Contardo Ferrini (beatificado en 1947) encendió de nuevo la antorcha en el país de origen de nuestra disciplina, y, desde entonces, ha habido una serie ininterrumpida de grandes romanistas italianos (Scialoja, Bonfante, Riccobono, Arangio Ruiz, Biondi, Betti, etc.).

El desarrollo de esta escuela italiana ha sido relativamente tranquilo y exento de los excesos neohumanistas. Imagen muy distinta nos presenta la escuela germanoaustríaca, en nuestro siglo. Primero se lanzó al neohumanismo con una intensidad muy alemana. Tuvo luego que enfrentarse al nazismo, que había declarado la guerra al derecho romano (punto núm. 19 de su programa).⁷³ De este modo, el derecho romano casi desapareció de la vida universitaria alemana, para concentrarse en un reducido círculo de eruditos, reunidos en torno a la *Revista Savigny* (Kaser, Kunkel, Kreller y otros).

Los efectos desfavorables de la enseñanza jurídica al estilo nazi no se hicieron esperar. Con cierto *horror vacui*, los juristas de otros países euro-

lante que encontramos, en materia dogmática, en muchas obras neohumanistas. La "escrupulitis" histórica sobre la autenticidad de los textos básicos del derecho romano hacen que el romanismo haya dejado de ser una firme escuela del pensamiento dogmático. El "regreso a Savigny" y el neopandectismo de los últimos años mejora mucho esta situación. Para más detalles, véase mi publicación citada en la nota anterior.

⁷² Actitud, en parte, basada en una confusión entre el romanismo y una de sus manifestaciones particulares, la pandectística alemana del siglo XIX, efectivamente ligada al espíritu de la burguesía de entonces.

⁷³ P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, capítulo XVII.

peos apartaron los ojos de la pragmática formación profesional de la joven generación de juristas alemanes.⁷⁴

En su conocido programa de nueve puntos para el renacimiento del derecho alemán, después de 1945, Radbruch exigió que la ciencia jurídica alemana recuperara su dominio del romanismo como medio ideal de comunicación entre sistemas jurídicos distintos, y en virtud de que "el derecho romano es la cultura humanista, aplicada al derecho; no queremos ser juristas rutinarios, sino juristas cultos".⁷⁵

En los últimos quince años, la ciencia jurídica germana ha recuperado su antiguo nivel, con la misma asombrosa rapidez con que dicho pueblo ha realizado el "milagro económico". Y de nuevo, nos llegan halagüeñas noticias sobre el estudio romanista en las universidades de Alemania.⁷⁶

En Inglaterra, aunque el derecho romano no ha sido la base del sistema positivo, las universidades estudian esta disciplina muy seriamente. El romanismo debe a este país una serie de especialistas importantes, como Buckland, Lawson, Zulueta, Jolowicz, Thomas, Watson y Honoré. En Escocia, con su arraigada tradición romanista, sobresale Peter Stein.

El iusromanismo norteamericano, con predecesores como J. B. Thayer y C. Pharr, pudo aprovechar la inmigración de algunos especialistas europeos en tiempos de Hitler (E. Levy, A. Berger, H. J. Wolff) y cuenta en la actualidad con eminentes romanistas como Arthur Schiller y David Daube, que abandonó Oxford por Berkeley.

Nunca ha sido muy importante en Francia el romanismo, desde el final de la escuela humanista, a pesar de la aparición, de vez en cuando, de gigantes como Pothier. Actualmente, merecen especial mención Levy-Bruhl, gran conocedor de los aspectos arcaicos y sociológicos de nuestra ciencia, y Gaudemet. Parece que allí la gran tradición nacional de la exégesis del *Código de Napoleón* ha dado lugar a un tal florecimiento de la rama civilista, que el derecho romano ha quedado en un discreto segundo término.

También en España, a pesar de hallarse muy difundido el conocimiento del latín y del íntimo contacto con Italia, los frutos no son todavía comparables a los de las escuelas alemana o italiana. Allí, Felipe Clemente de Diego resucitó el estudio romanista desde fines del siglo pasado. También debemos mencionar al finado José Castillejo y Duarte, cuya *Historia del derecho romano* encontramos con frecuencia en las bibliotecas mexicanas. Entre los actuales destacan José Santa Cruz Teijeiro, Alvaro d'Ors Pérez Peix, Manuel Iglesias Cubria, José Arias Ramos y, "last, but not least", Ursicino Alvarez Suárez.

En Sudamérica debemos mencionar, en Argentina, la Sociedad de Derecho Romano, en Córdoba, con el Dr. Díaz Bialek, y a los catedráticos Peña Guzmán y Argüello, en Tucumán; en Chile, al Dr. de Avila Martel y su activo grupo. Otro importante centro de estudios romanistas es, ac-

⁷⁴ VAN OVEN, *Leerboek van Romeins Privaatrecht*, Leiden, 1945, pág. 575.

⁷⁵ G. RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, Gotinga, 1957, pág. 109.

⁷⁶ ZSS, N° 72 (1955), pág. 526 (resultado de una encuesta).

tualmente, el Brasil (S. Meira). También merecen ser mencionados el Dr. Blas E. Rossi Masella (Montevideo), el finado José María Uría (Bogotá), el procesalista venezolano Dr. Humberto Cuenca y el Dr. Ernesto Dihigo, de Cuba.

39. INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS SISTEMAS POSITIVOS MODERNOS. Expongamos aquí un programa general de la influencia del derecho romano sobre los diversos sistemas nacionales del derecho civil.

En algunas partes del actual territorio neo-romanista encontramos, no una codificación civil, sino un sistema coherente de precedentes judiciales ("case-law"). Este es el caso en Escocia, donde el derecho romano penetró desde la Edad Media (primero, mediante el derecho canónico, que contiene mucho de romano; y, luego, por el estudio directo del derecho romano que hicieron los juristas escoceses en Francia y en Holanda). En la unión con Inglaterra, de 1707, Escocia logró conservar su propio sistema jurídico, pero las guerras napoleónicas interrumpieron la tradición de los juristas escoceses de estudiar en el continente, y ahora la evolución del derecho en Escocia está cada vez más influida por el sistema anglosajón.

También en Sudáfrica, el sistema jurídico desarrollado por precedentes judiciales, se inspira, desde la colonización holandesa, en el derecho romano, reinterpretado por Hugo Grocio (1583-1645), Vinnio (1588-1657), Bynkershoek (1673-1743) y sobre todo Juan Voet (1647-1713). Sin embargo, también allí hay una creciente infiltración del derecho anglosajón. Lo mismo puede decirse de Ceilán.

En los demás países neo-romanistas, el derecho privado ha sido codificado. Los códigos respectivos se inspiraron, en parte, en el *Corpus iuris*, en parte en sus reinterpretaciones y comentarios (Las *Siete Partidas*, Domat, Pothier, los pandectistas alemanes) o en códigos neo-romanistas de otros países (así, el *Código de Napoleón* y el código civil alemán dieron origen a grupos de códigos imitadores). En los países de derecho codificado, en caso de vaguedades, contradicciones o lagunas en las codificaciones, el *Corpus iuris* conserva cierta importancia en la discusión forense.

Las codificaciones neo-romanistas pueden dividirse en dos grupos:

a) Los códigos romanolatinos, que, a su vez, se subdividen en los de filiación ibérica (Portugal, varios países iberoamericanos) y los de filiación napoleónica (Francia, Holanda, Haití, República Dominicana, Provincia de Quebec, Luisiana, etc.).

b) Los códigos romanogermánicos, que, a su vez, se subdividen en:

1. El austriaco de 1811, breve y abstracto.

2. El alemán de 1900, científico y técnico, código que ha tenido una influencia comparable a la del *Código de Napoleón* (Japón, Brasil, Unión Soviética —código de 1922—, China y Grecia).

3. El suizo de 1912 (Huber), sencillo y popular, imitado casi íntegramente por Turquía.

Menos visible es la influencia romanista en los derechos escandinavos, que muestran, aún hoy, un carácter bastante autóctono.

En la parte anglosajona del mundo (es decir, Inglaterra; los Estados Unidos, menos Luisiana; Canadá, menos la provincia de Quebec; y Australia), la influencia del derecho romano es reducida. Los esfuerzos de Vacarius, quien daba clases de derecho romano en Oxford, hacia 1150, se estrellaron contra la resistencia de los juristas ingleses, y su resumen del *Corpus iuris*, el *Liber pauperum*, fue quemado.⁷⁷ Sin embargo, algo de su enseñanza quedó, y el primer tratado medieval de derecho anglosajón, las *Costumbres y Leyes de Inglaterra*, de Bracton (1250) contiene mucho derecho romano, ecos de Vacario pero también citas directas de Azo, el jefe de la escuela de Bolonia, una generación antes.⁷⁸ Además, a través de la segunda rama del derecho anglosajón, la "equity", ideas canónicas y romanistas hicieron sentir su influjo en el derecho positivo inglés. Aunque no hubo una verdadera recepción, sí podríamos hablar de cierta "metamorfosis por contacto", y, en la acertada frase de von Schwering,⁷⁹ estos escasos elementos romanistas sirvieron a Inglaterra como inoculación profiláctica que la inmunizó contra la futura enfermedad de la recepción. De este modo se convirtió Inglaterra en la cuna del segundo sistema jurídico que produjo la cultura occidental: el derecho anglosajón. Durante el Renacimiento, los reyes de la casa de Tudor quisieron introducir el derecho romano en su reino, pero encontraron un eficaz adversario en Coke. Si esta tentativa de penetración fracasó, no puede decirse lo mismo respecto a la influencia que, dos siglos después, tuvo la pandectística alemana en el pensamiento jurídico inglés y en el derecho positivo.

A pesar de lo anterior, el derecho anglosajón posee, generalmente, instituciones y métodos muy distintos del nuestro, dignos de estudio, no sólo por el más íntimo contacto económico que tenemos con el mundo angloamericano, sino también por ser el sistema anglosajón un útil "resorte dialéctico" para la mejor comprensión del propio sistema jurídico.

Fuera de estos dos sistemas, del derecho romanista y del *Common Law*, encontramos todavía el sistema musulmán, basado en la religión, y el sistema hindú, de extracción filosófica y tradicional.

En cuanto al grupo de códigos iberoamericanos, podemos distinguir:

a) Algunos países que han adoptado el derecho romano a través de la versión napoleónica (Haití, República Dominicana, Bolivia) o a través del código italiano de 1865 (Venezuela).

b) Otras naciones que han adoptado el derecho romano a través del español (Cuba, Panamá, Puerto Rico, Honduras).

c) Países que mezclan la influencia francesa, la española y la alemana, con elementos de inspiración propia (México, Chile, Argentina, Perú).

d) El Brasil, donde la influencia germanorrománica equilibra la romanolatina.

⁷⁷ Véase la nueva edición del *Liber pauperum* (*Libro de los estudiantes pobres*), de Vacario, por Zulueta, Londres, 1927, con una interesante introducción.

⁷⁸ Véase el estudio comparativo *Bracton-Azo* de F. W. Maitland, Londres, 1895.

⁷⁹ BRUNNER-SCHWERING, *Historia del derecho germánico*, trad., Barcelona, 1936, página 271.

e) Otros países que simplemente han adoptado, con algunas modificaciones, los códigos de otras naciones iberoamericanas (Ecuador, Colombia y El Salvador; que permanecieron fieles al excelente *Código civil* de Chile, obra de Andrés Bello; Paraguay, que siguió el código de Argentina). Esta actitud es, a veces, preferible al experimento por puro afán de originalidad.

Aunque estos países pertenecen indudablemente a la familia romanista, encontramos en ellos también, a veces, alguna influencia del derecho anglosajón, como el fideicomiso, inspirado mucho más en el "trust" inglés que en el fideicomiso romano.

40. FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO ROMANO. Entre estas fuentes sobresale el *Corpus iuris civilis* cuya mejor edición es la de Mommsen, Krueger, Schoel y Kroll, disponible en recientes ediciones (Weidmann, Berlín) en tres tomos. En América Latina se utilizan frecuentemente las ediciones bilingües de García del Corral y de Rodríguez de Fonseca. Hay que tener cuidado, empero, con los graves errores de traducción que contiene, y, por lo que al *Digesto* se refiere, es muy superior la traducción que d'Ors y otros están publicando desde 1968.

Una edición latinoinglesa de las *Instituciones* de Justiniano, de Moyle, Oxford, indica, con diversos caracteres tipográficos, cuáles son los elementos que se derivan de las *Instituciones* de Gayo.

Para el derecho prejustiniano es aconsejable, además, la obra de Riccobono, Baviera, Ferrini, Furlani y Arangio-Ruiz: *Fontes iuris romani antejustiniani in usum scholarum*, en tres tomos.

En forma individual, debemos mencionar, como principales fuentes históricas de derecho prejustiniano, las siguientes:

1. Las *Instituciones* de Gayo. Una buena edición latinoinglesa, con comentario, es la de Zulueta, Oxford, 1951.

2. El epítome de las *Instituciones* de Gayo, parte del *Breviario* de Alarico.

3. Las *Reglas* falsamente atribuidas a Ulpiano, obra elemental postclásica, que se parece a las *Instituciones* de Gayo, aunque contiene materias que Gayo omite (como las relaciones patrimoniales entre cónyuges). Conocemos esta obra en dos ediciones (*Siete Libros de Reglas* y *Libro de Reglas en un solo tomo* o sea *Liber singularis*), por fragmentos en el *Digesto*, por la *Collatio*, y por el *Breviario* de Alarico.

4. Las *Sentencias* (o mejor, opiniones) falsamente atribuidas a Paulo, una compilación postclásica de citas de Paulo y otros, conocida, sobre todo, por el *Breviario*.

En estos dos últimos casos encontramos un buen ejemplo de la famosa "pseudoepigrafiya" (atribución de una obra a un autor que no la produjo), fenómeno frecuente en toda la literatura antigua (filosófica, religiosa, etc.).

5. La *veteris iurisconsulti consultatio*.

6. Los *fragmenta vaticana*, parte de una compilación de citas jurisprudenciales y constituciones imperiales.

7. La *Collatio*, comparación, del siglo IV, de las leyes romanas con las mosaicas, quizás obra de un judío, quizá de un cristiano (¿San Ambrosio?).

8. Los fragmentos del Sinaí, comentario al tratado de Ulpiano sobre la gran obra de Sabino.

9. Los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, en parte conocidos a través del *Breviario* y otras fuentes.

10. El *Codex* de Teodosio, conocido por el *Breviario* y otras fuentes, aunque no en forma completa.

11. Las *leges romanae barbarorum*, que tenemos a nuestra disposición en forma completa.

12. La reconstrucción del *Edictum Perpetuum* por Otto Lenel, asequible al estudioso en una reimpresión de su edición tercera (Aalen, 1956).

Debemos mencionar, además, las fuentes indirectamente jurídicas. Con este carácter figura casi toda la producción literaria mediterránea antigua, sobre todo Cicerón —en opinión de Biondi, tan fiel compañero del romanista moderno como el mismo Gayo—; Plauto, cuyas comedias, de dos siglos a. de J. C., han dado lugar a una rama especial de la investigación romanista, el *ius plautianum*; los agrimensores, a cuyas obras técnicas debemos muchos datos sobre el régimen jurídico de la propiedad inmueble; la Patrística; las inscripciones en gran parte compiladas en el *Corpus inscriptionum latinarum*; los historiadores como Livio, Polibio, Tácito, Suetonio y otros; las cartas de Plinio; las *Noctes Atticae* de Aulo Gelio; los numerosos papiros que nos muestran la antigua práctica jurídica cotidiana, etc.

41. RESUMEN DE LOS PERÍODOS DE EVOLUCIÓN ROMANISTA. Toda división de este desenvolvimiento en fases sucesivas es más o menos arbitraria. Para una institución jurídica puede dar buen resultado; para otra, no. Es que el derecho se desarrolla con distinta rapidez según la rama de que se trata; más de prisa, en lo referente al derecho de contratos; menos, en relación con el familiar o sucesorio. Como un esquema para fines didácticos, se recomienda el siguiente:

A. FORMACIÓN DEL DERECHO ROMANO.

1. *Prehistoria del derecho romano hasta la codificación de las XII Tablas*. De este período sabemos poco: las “leyes regias”, de las que conocemos algunos fragmentos, son de dudosa autenticidad. Sin embargo, con la colaboración de antropólogos, sociólogos y juristas, y la comparación con los derechos etrusco, griego, sabino, etc., se ha logrado reconstruir parte del ambiente jurídico de la Roma prehistórica.

2. *Derecho romano de la fase sacerdotal, desde las XII Tablas hasta la publicación del Tripertito de Sexto Aelio Paeto*, que marca el pleno comienzo de la ciencia jurídica laica.

3. *Derecho romano laico preclásico*,⁸⁰ con Porcio Catón, Mucio Escévola, Aquilio Gallo y Servio Sulpicio Rufo, que son designados como los *veteres*, es decir, los antiguos, por los mismos clásicos.

⁸⁰ Algunos autores hablan, al respecto, de la “fase helenística”.

4. *Derecho clásico inicial* (primer siglo del imperio) y *derecho clásico en la fase de maduración* (comienzo del segundo siglo imperial), dos períodos que juntos podrían llamarse período de las dos escuelas.

5. *Derecho clásico en su época cumbre*, desde Salvio Juliano hasta Papiniano, *acutissimi ingenii*.

6. *Período de los compiladores y epígonos clásicos*, con figuras de talento como Ulpiano y —algo más independientes— Paulo o Modestino.

7. *Época postclásica*, con orientalización, socialización y cristianización del derecho romano, durante la cual el derecho vulgar aflora a la superficie de la vida jurídica; en especial, después de Diocleciano.

8. *Época del emperador oriental Justiniano* (527-565), quien reúne la jurisprudencia y las constituciones imperiales anteriores en una magna compilación que contiene, empero, numerosas modificaciones de los textos originales.

9. *Eclipse del derecho justiniano en la parte occidental de Europa, hasta 1090*. Durante este período, el derecho romano sobrevive en el occidente europeo, especialmente en el *Breviario* de Alarico, en constante pugna con influencias germánicas.

B. ESTUDIO Y REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO ROMANO.

10. *Escuela de los glosadores*, de 1090 hasta 1250, culminando en la *Gran Glosa* de Accursio.

11. *Escuela de los postglosadores*, de 1250 hasta 1500, con reinterpretaciones creadoras (Baldo, Bártolo, *mos italicus*).

12. *Recepciones del derecho romano*, durante el período renacentista.

13. *Reinterpretaciones del derecho romano*, por las escuelas *humanista* (Cuyacio) y *racionalista* (Grocio), paralelamente al período anterior.

14. *Usus modernus Pandectarum*: aplicación del derecho romano “recibido”, con influencia modificadora del jusnaturalismo y de derechos locales, hasta las codificaciones de alcance nacional, en fechas distintas.

15. *Escuela histórica* (v. Savigny), durante la primera mitad del siglo XIX.

16. *Reinterpretación dogmática*, sin visión histórica, del derecho justiniano, por la Pandectística alemana del siglo XIX.

17. *Después de la promulgación del Código Civil Alemán hasta la segunda guerra mundial*: viraje hacia lo histórico y filológico, que produce el florecimiento *neohumanista*.

18. *En la actualidad*, un viraje hacia lo dogmático, con la tendencia de convertir, cuando menos en la enseñanza, el derecho romano en una introducción a la dogmática y a la cultura jurídica contemporánea. Para esta tendencia se ha creado el término —no muy feliz— de *neopandectismo*.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS GENERALES

42. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO. El término *ius* se emplea en dos sentidos distintos:

a) En sentido objetivo, como conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio las relaciones sociales (por ejemplo: *ius romanum*).

Si se trata de normas determinadas, los textos antiguos utilizan también el término *regula*.

b) En sentido subjetivo, como facultad que un individuo extrae del derecho objetivo; por ejemplo, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. En este caso, se encuentran también términos como *facultas* o *potestas*.

Según Jhering, el *ius* en el segundo sentido es "el interés protegido por el orden jurídico".¹ Esta definición resulta discutible, ya que un tutor, por ejemplo, tiene derecho a ejercer la tutela, aunque no le acarrea provecho alguno, si es un hombre honrado.

Por desgracia, los idiomas de origen latino no tienen dos términos distintos para expresar conceptos tan diferentes. Los ingleses son más afortunados al respecto, con sus dos palabras *law* y *right*.²

Objetivamente, el derecho lo define Celso como *ars boni et aequi* (D. 1. 1. 1), definición con frecuencia criticada como altisonante y vacía, pero no totalmente exenta de mérito, en especial por el término *ars*. Así como el artista debe proceder, no aplicando fríamente unas reglas aprendidas, sino combinando una técnica objetiva con su propia intuición, introduciendo novedades de tipo personal y respetando al mismo tiempo una venerable tradición colectiva, así también debe el jurista proceder en su terreno.

Un notable defecto de esta definición, empero, es que no señala una distinción exacta entre derecho y moral.

¹ *Espritu*, III. 61.

² *Derecho, droit, diritto*, son términos que sugieren que nuestra disciplina busca lo que es "recto". El término *law*, en cambio, se relaciona con la raíz nórdica *log* y significa, más bien, lo establecido, sugiriendo una actitud más positivista. *Ius* se deriva de una raíz sánscrita, que significa *liga*, indicando que el derecho es una de las fuerzas que amalgaman a los individuos que pertenecen a la misma sociedad: *ubi societas, ibi ius*: donde hay una verdadera sociedad, allí seguramente hay un derecho.

Casi al comienzo del *Digesto* escribe Ulpiano que el término *ius* se deriva de *iustitia*. A primera vista, es ésta una frase inicial que resulta poco prometedor en una obra de derecho. Sin embargo, aunque absurda desde el punto de vista etimológico, la afirmación cobra cierto interés cuando la interpretamos libremente, en el sentido de que el derecho objetivo debe, en efecto, basarse en la justicia, en el intento de realizar nuestra intuición colectiva de "lo justo". Por tanto, la justicia no es la mera aplicación de normas positivas, injustas quizá, sino que, por el contrario, las disposiciones del derecho positivo deben basarse en la justicia. Así, Ulpiano tiene razón en un sentido en el cual acaso él mismo no había pensado.

43. LOS PRAECEPTA IURIS. Todos los deberes que el derecho objetivo impone a los seres humanos, pueden resumirse, en última instancia, en los famosos tres preceptos del derecho: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (I. 1. 3; vivir honradamente, no lesionar los intereses de los demás, atribuir a cada uno lo suyo), formulación de dudosa calidad, cuyos elementos se interfieren evidentemente. Quien lesiona a otro, no vive honestamente; el que no da a cada uno lo que le pertenece, peca también contra el *honeste vivere*.

Estamos, pues, en presencia de uno de los frutos de la florida oratoria, de mal gusto, que desde el oriente penetra en la ciencia jurídica romana.

44. LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD. *Iustitia* es la realización de lo que intuimos como justo, y se manifiesta en la *constans et perpetua voluntas*³ *ius suum cuique tribuendi* (I. 1. 1 pr.; la constante, perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho). Este requisito de la atribución a cada uno del *ius suum* presupone una igualdad en el tratamiento, como ya enseñó la filosofía griega. Mas esta igualdad no significa necesariamente que la diosa ciega deba dar igual tratamiento a lo que en realidad es desigual, sino que permite —y exige— un tratamiento "proporcionalmente igual"⁴ (la justicia distributiva de Aristóteles), que sólo entre sujetos de rango e inteligencia semejantes, se convierte en un trato "absolutamente igual" (justicia conmutativa); así considerada, ésta es sólo un caso especial de la distributiva.

No debemos decir que la justicia conmutativa domina con exclusividad el derecho civil. Si el derecho romano y el artículo 21 del Código Civil suavizan para algunos grupos humildes los defectos nocivos de su *ignorantia iuris*, y fijan los alimentos en proporción a las posibilidades y necesidades de los interesados,⁵ ello constituye una penetración de la idea de justicia distributiva en el terreno propio del derecho civil.

³ En esta famosa frase, la justicia es una *voluntas*, un anhelo. Cfr. "¿Quién apuntará con el dedo hacia la justicia, diciendo: '¡allí está!'? La justicia es como el Reino de Dios: no existe independiente de nosotros como un hecho, sino dentro de nosotros como un intenso anhelo". (George Eliot.)

⁴ Véase el libro de RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, Gotinga, pág. 90.

⁵ Art. 311 del Código Civil.

Es éste uno de los eternos problemas de la política jurídica: ¿Qué debe agruparse en categorías de igual tratamiento? Desde cierto punto de vista, el sabio merece trato igual al carpintero; desde otros, merece un trato legal privilegiado; y desde otros, en fin, precisamente el carpintero es quien debe recibir el beneficio de la ley.

Este problema nos lleva a un terreno, en que las opiniones subjetivas, los intereses propios y la oratoria de alta y baja calidad ahogan la voz del jurista. La idea de una justicia distributiva, que necesita establecer categorías con desigualdad de tratamiento, aunque dentro de ellas haya igualdad, nos lleva de la filosofía jurídica a la política social.

Ya desde algunas generaciones anteriores a la cristianización oficial del mundo antiguo, encontramos una intensa preocupación por este problema de la justicia distributiva, junto con la introducción, en la terminología jurídica, de todo un arsenal de términos como *benignitas*, *charitas*, *benevolentia*, *humanitas*, etc., ligados generalmente a determinado programa social.

¿Cuál es ahora la relación entre esta justicia distributiva y la *aequitas*? Este último concepto no va necesariamente vinculado a una política social. Como "justicia del caso concreto", o extrema individualización de las soluciones jurídicas, puede obrar tanto a favor del rico como del pobre. La equidad, incompatible con una aplicación mecánica del derecho positivo, se encuentra frecuentemente en oposición con la seguridad jurídica. Si ésta tiene por lema el *fiat iustitia, pereat mundus*, la equidad podría poner en su escudo el *summum ius, summa iniuria*. Así, el interés colectivo, la equidad y la seguridad jurídica ejercen un condominio sobre el derecho, no en armonía pacífica, sino en una viva relación de tensiones recíprocas, como observa Radbruch.⁶

45. *IURISPRUDENTIA* O *IURIS SCIENTIA*. Como ya hemos visto, este término designa, en el derecho antiguo, el conocimiento de la técnica jurídica, en combinación con cierta habilidad en su aplicación. A pesar de su ropaje latino, el adagio *fiat iustitia, pereat mundus* ("que se haga justicia, aunque perezca el mundo", lema de Fernando I, 1556-1564) va contra el ideal romano de *iurisprudencia*; el *iurisprudens* aplicará precisamente el derecho en forma cauta, con tacto, para que *non pereat mundus*.

46. *IUS CIVILE* Y *IUS HONORARIUM*. El lector sabe ya que el derecho honorario, cuyo sector más importante es el derecho pretorio, constituye una creación de los magistrados. Puede tener como función la de dar más eficacia al *ius civile* —en cuyo caso es la *viva vox iuris civilis*, según dice D. 1. 1. 8—, pero también la de completarlo o modernizarlo mediante correcciones. Esas tres funciones Papiniano las resume en D. 1. 1. 7. 1, diciendo que el derecho honorario ha sido creado *adjuvandi, supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (para reforzar, completar o enmendar el *ius civile*).

⁶ *Der Mensch im Recht*, pág. 104.

El *ius civile*, en cambio, es el antiguo derecho romano, que se manifiesta en costumbres, *leges*, senadoconsultos y plebiscitos, desarrollado por la jurisprudencia sacerdotal y seglar. Es precisamente la paulatina eliminación del original *ius civile*, con sus pintorescas particularidades irracionales, su sabor arcaico y sus rudezas, lo que permitió al derecho romano convertirse en el derecho mediterráneo en general y formar, finalmente, la base de la ciencia jurídica continental europea. Esta eliminación de las asperezas del *ius civile* fue realizada en parte, desde dentro, por el elemento más valioso de este *ius civile* mismo, o sea, la *iurisprudencia*; y en parte, desde fuera, por la segunda gran rama del derecho romano, es decir, el *ius honorarium*.

El último toque, a este respecto, lo dio la fuente formal que iba a monopolizar paulatinamente la creación y transformación del antiguo derecho, o sea, la corriente de las constituciones imperiales.

47. *IUS CIVILE, IUS GENTIUM* Y *IUS NATURALE*. El término *ius civile* forma parte de dos pares de conceptos, y significa allí cada vez algo distinto.⁷ Si lo comparamos con el *ius gentium*, el *civile* es más bien el derecho especial que Roma había creado para que se aplicara dentro de sus murallas, algo que incluye entonces el *ius honorarium*. En cambio, el *ius gentium* es aquel fondo jurídico común que encontramos en todo el extenso grupo de los pueblos mediterráneos y que debe, en parte, su gran divulgación territorial al hecho de que se funda en la razón misma. Así, la típica patria potestad de los romanos era parte del *ius civile*, mientras que el fenómeno de la esclavitud pertenecía al *ius gentium*.

El *Corpus iuris* nos habla también del *ius naturale*, un derecho ideal que no existe en la práctica, pero que siempre debería orientar, consciente o subconscientemente, la actividad del legislador. Así, aunque la esclavitud exista *de lege lata* (o sea, en el derecho positivo), pertenezca al *ius gentium* y encuentre una reglamentación que, en gran parte, por sus características muy romanas, pertenece al *ius civile*, es una figura que no debía existir *de lege ferenda* (o sea, en el derecho ideal que debería regirnos). Por eso no pertenece al *ius naturale*, como Justiniano reconoce expresamente.⁸

48. *IUS GENTIUM* Y *IUS HONORARIUM*. Una vez más recordemos que estos dos conceptos no deben equipararse. Cuando el magistrado quiere completar o corregir el *ius honorarium*, utiliza, a menudo, como fuente de inspiración el *ius gentium*, es decir, aquel conjunto supranacional de prácticas e ideas jurídicas que se había impuesto, en la vida mediterránea, por la fuerza de la necesidad y de la razón.

49. *IUS PUBLICUM* Y *IUS PRIVATUM*. Como el derecho es un fenómeno humano, y como el hombre tiene dos aspectos distintos

⁷ Además, después de los Severos encontramos la oposición entre *ius civile* y *ius criminale*, de manera que *ius civile* figura en tres pares de conceptos, cada vez con un significado distinto.

⁸ I. 1. 3. 2; D. 50. 17. 32.

—pues por una parte, es un individuo, y, por otra, forma parte de una comunidad—, la bipartición del derecho en público y privado resulta lógica. Ulpiano nos dice que *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*⁹ (el derecho público es aquél que se refiere a la República; el privado aquél que se refiere al interés de los particulares). Pero, en realidad, la delimitación de los dos conceptos no es tan fácil como sugiere esta frase; entre otras causas, por el hecho de que varias instituciones ligadas a la *utilitas singulorum* —como la libertad individual, la seguridad de los derechos privados, etc.— son de esencial importancia para la comunidad misma. Pensemos también en la verdad, a todas luces obvia, de que *expedit rei publicae, ne quis sua re male utatur*¹⁰ (es importante para el Estado que nadie haga mal uso de sus propiedades). Otra razón por la cual resulta difícil una clara separación entre estos dos conceptos, es que en el derecho típicamente privado abundan las normas de orden público —por ejemplo, en el derecho de familia—, con lo que surge en el seno del *ius privatum* una serie de figuras que quedan fuera del alcance de la contratación privada y que, por tanto, se parece al *ius publicum*.

También debemos señalar aquí que la línea divisoria entre los dos mencionados campos de derecho varía en el curso de la historia jurídica. Muchas ramas del derecho que nosotros consideramos *ius publicum*, fueron consideradas en la antigüedad como *ius privatum*; por ejemplo, diversos temas de derecho penal y de derecho procesal. En el mundo antiguo, únicamente los derechos constitucional y administrativo fueron “públicos”, en tanto que nosotros le hemos añadido otras muchas materias a ese *ius publicum*.

La citada división tiene importantes consecuencias prácticas. Materias reglamentadas por el derecho público sobrepasan la voluntad de los particulares,¹¹ salvo excepciones. *Privatorum conventio iuri publico non derogat*¹² (el convenio entre particulares no puede modificar el derecho público); pero en el derecho privado encontramos el principio contrario. Allí la voluntad de los particulares dicta la vida jurídica, a no ser que el derecho objetivo disponga expresamente lo contrario.

En la actualidad, el derecho público tiende a invadir, cada vez en mayor escala, materias tradicionalmente reservadas al derecho privado. Sobre este tema ha publicado especialmente Ripert incitantes estudios. Boehmer¹³ señala en tono burlón, cómo el victorioso e incontenible progreso del *ius publicum* libera cada vez mayor número de materias de los humildes sótanos del *ius privatum*, para elevarlas a las nobles alturas del derecho público.

⁹ D. I. 1. 1. 2.

¹⁰ I. 1. 8. 2.

¹¹ En realidad, deberíamos decir de los particulares *como tales*, ya que como ciudadanos organizados, pueden, desde luego, colectivamente, modificar el derecho público, y, como funcionarios, pueden realizar actos voluntarios que tienen importantes consecuencias en derecho público.

¹² D. 50. 17. 45. 1.

¹³ *Der Juristenspiegel*, 1959, pág. 70.

Pero, además de este movimiento, la época moderna está introduciendo una zona intermedia entre estos dos extremos, tales como los derechos laboral y agrario. Más claramente que nunca, notamos hoy que no es posible separar nítidamente los dos conceptos en cuestión. Junto a las materias que claramente y en forma definitiva pertenecen al *ius privatum* o al *ius publicum* encontramos una creciente masa de instituciones jurídicas, en las cuales se mezclan elementos públicos y privados. Su correcta atribución a un terreno u otro es cuestión de matices y acentos, y la decisión respectiva cambiará de acuerdo con la ideología del momento y con factores políticos.

Como un ejemplo de lo anterior tenemos la compraventa clásica, figura que pertenece plenamente al *ius privatum*, pero en la cual, durante el período postclásico, autocrático, se introduce una serie de elementos que pertenecen al derecho público; por ejemplo, la fijación de precios máximos.

A este respecto, el derecho clásico puede compararse con el postclásico, *grosso modo*, como el siglo XIX con el XX.

Observemos finalmente que esa división, tan fundamental —en la parte romanista del mundo— para la repartición del derecho sobre los diversos cuerpos de leyes, para la determinación de la competencia de tribunales civiles y administrativos, etc., es desconocida en los derechos anglosajón y soviético.

50. DERECHO TAXATIVO Y DERECHO DISPOSITIVO. En el derecho encontramos normas que no admiten pacto contrario: es el derecho taxativo o *ius cogens*. A esta categoría pertenece casi todo el *ius publicum*,¹⁴ pero también varias figuras del *privatum*, como la nulidad del pacto por el cual un deudor renuncia de antemano a su derecho sobre la prenda, en el caso de no pagar puntualmente.

Otras normas *simpliciter disponunt*; son “simplemente de derecho dispositivo”. Mediante ellas, el legislador interpreta la voluntad de las partes o llena las lagunas existentes en las previsiones de éstas, en la forma que él considera más justa; pero de común acuerdo las partes pueden derogar tales preceptos dispositivos.

51. DERECHO CONSUETUDINARIO Y IUS SCRIPTUM. Las *Institutiones*¹⁵ nos presentan otro par de conceptos: *ius scriptum* (el derecho que se manifiesta en forma escrita) y el *ius non scriptum* (el derecho que se manifiesta en la misma conducta de los ciudadanos). A esta segunda forma de derecho le concedían los romanos gran importancia. Ello se explica, en parte, por el tradicionalismo ya señalado, y la típica veneración del *mos maiorum* (las costumbres de los antepasados), pero se defiende también con argumentos como el que dice: “¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante votación o por medio de la realidad misma y por sus propios hechos?”¹⁶ En virtud de la pregunta retórica anterior, la inve-

¹⁴ *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, D. 2. 14. 38.

¹⁵ I. 1. 2. 3.

¹⁶ D. 1. 3. 32.

terada *consuetudo* debe tenerse por derecho. Otros lugares del *Corpus iuris* subrayan la utilidad de la costumbre como intérprete de las leyes¹⁷ y admiten, incluso, que la costumbre puede abrogar el derecho escrito (*consuetudo abrogatoria*): "Las leyes son abrogadas, no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos, o sea, por la costumbre contraria."¹⁸ Esta peligrosa cita procede de una obra de Juliano, el gran jurista de la época de Adriano. El derecho moderno es más reservado respecto a la costumbre como fuente de derecho. Reconoce que ésta tiene la ventaja de ser expresión directa de la realidad social y de la conciencia jurídica del pueblo, pero, por otra parte, comprende a menudo que es difícil comprobar la existencia de una costumbre jurídica, de manera que la decisión de si ésta existe o no, depende del criterio judicial, con lo que se daña la seguridad jurídica. Además, como los jueces se reclutan generalmente entre la clase acomodada, esta situación podría acarrear resultados antidemocráticos. Y en una situación que mantuviera el famoso lema "todo para el pueblo, nada por el pueblo", la "élite" perseguiría con frecuencia con su política jurídica determinados fines que el pueblo no vería claramente, en cuyo caso sería peligroso permitir que la conciencia popular cruzara, mediante costumbres abrogatorias, la política planeada por la minoría oligárquica.

Por ello, en el derecho moderno se suele conceder a la costumbre un lugar muy secundario entre las fuentes del derecho, y, de todos modos, rechazamos sistemáticamente la idea de que la costumbre jurídica puede derogar una ley.¹⁹ Para nosotros la costumbre puede tener a veces un papel *praeter legem* (al lado de la ley, completando la ley), nunca *contra legem*. Es extraño que en una época en que el emperador tenía ya el monopolio de casi todo el poder estatal, incluso el legislativo, haya podido Justiniano admitir, en su magna compilación, una disposición como D. 1. 3. 32. 1. Más de acuerdo con el espíritu del Bajo Imperio es la opinión de Constantino de que no debemos permitir que la costumbre vaya en contra de la razón o de la ley,²⁰ donde se anuncia el principio moderno. Observemos de paso que encontramos aquí una contradicción dentro del *Corpus iuris*, pero esto sucede frecuentemente en el derecho justinianeo.

Otro problema al respecto es el de la prueba. Constituye una regla generalmente aceptada el que las partes no tienen el deber procesal de comprobar la existencia de una norma jurídica de tipo nacional: *iura novit curia* (se supone que el tribunal conoce el derecho). ¿Aplicamos este principio también a la costumbre? El *Corpus iuris* no da una clara contestación sobre el particular, pero los romanistas medievales han derivado de la palabra *probatis* (en C. 8. 52. 1) que la costumbre jurídica debe ser com-

¹⁷ D. 1. 3. 37.

¹⁸ D. 1. 3. 32. 1, *in fine*.

¹⁹ Cfr. art. 10 del Código Civil.

²⁰ C. 8. 52. 2.

probada por el interesado,²¹ lo cual constituye, por tanto, una excepción al principio general que acabamos de citar. Sin embargo, cuando la costumbre es notoria, debemos admitir una excepción a esta regla, ya que *notoria non eget probatione* (lo que es notorio, no requiere comprobación, máxima derivada, sobre todo, de D. 1. 3. 36).²²

El derecho canónico establece un importante requisito para que la costumbre tenga eficacia jurídica: la *opinio necessitatis*. No basta que el público siga determinado comportamiento. Es necesario, además, que la gente se halle convencida de que "así debe comportarse". El derecho justinianeo sólo da muy débiles apoyos a esta teoría de la *opinio necessitatis*.²³

51b. LA BUSCA DE ARMONÍA INTERNA DENTRO DEL *IUS SCRIPTUM*. El *ius scriptum* toma la forma de *leges rogatae*, *leges datae*, plebiscitos (en el sentido romano de la palabra), senadoconsultos y "*constitutiones*" (también en el sentido romano del término). Para la seguridad jurídica, esta categoría de fuentes de derecho es preferible a la anterior. Sin embargo, también ella puede dar lugar a dudas, entre las cuales queremos hablar aquí especialmente de la posible existencia de contradicciones entre dos normas de *ius scriptum*. En tal caso, el principio general, quizás ya formulado en las XII Tablas,²⁴ es que *lex posterior derogat priori*²⁵ (la ley posterior deroga la anterior). Pero la aplicación de esta regla no siempre resulta fácil.

Hay siempre una presunción de armonía entre los elementos del mismo sistema legal, y no debemos decir con tanta facilidad que una norma posterior ha sustituido a normas más antiguas.

En primer lugar, la incompatibilidad de la nueva ley con algunas disposiciones, aunque muy importantes, de la antigua, no significa necesariamente que ésta sea derogada en su totalidad; partes de ella pueden sobrevivir;²⁶ puede ocurrir, además, que la ley más reciente tenga un alcance más limitado que la antigua, regulando algún supuesto excepcional, en cuyo caso la antigua ley sobrevive en su totalidad, salvo las excepciones que señala la nueva. Entonces la nueva norma, como todas las excepcionales, es de estricta interpretación (*correctoriae leges sunt stricte interpretandae*: leyes que aportan enmiendas parciales, son de estricta interpretación).

Para el romanista, la presencia de contradicciones en el *Corpus iuris* presenta todavía un problema especial. Por una parte, no debemos caer en la actitud pandectista de querer reconciliarlas a todo trance, creando innumerables distinciones, etc., que no brotan de las mismas fuentes (*Pandektenharmonistik*), con el solo afán de poder demostrar que una cita del *Corpus iuris* no es necesariamente incompatible con otra. Por otro lado, no debemos creer demasiado pronto que se trata de una interpolación.

²¹ DERNBURG, *Pandekten*, I. 45. 2.

²² JOLOWICZ, *Roman foundations of modern law*, Oxford, 1957, pág. 34.

²³ JOLOWICZ, *Ibidem*, pág. 26.

²⁴ Véase LIVIO, VII. 17; IX. 33/34.

²⁵ D. 1. 4. 4.

²⁶ D. 1. 3. 28.

Aunque no siempre, sucede a veces que un análisis serio y profundo revela que Justiniano tenía razón cuando pretendía, tan categóricamente, que las supuestas contradicciones de su obra sólo eran aparentes.²⁷ En otras ocasiones, empero, la prisa de los compiladores introdujo, por descuido, auténticas contradicciones, imposibles de reconciliar entre sí. También ha sucedido que contradicciones entre el *Codex* (534) y la pareja *Digesto-Instituciones* (533), o entre *Novelas*, por una parte, y la tríada *Instituciones-Digesto-Codex*, por otra, encuentren su explicación en el hecho de que la posterior obra ha contenido alguna enmienda legislativa.

En tiempos en que el *Corpus iuris* era derecho positivo, se discutía también si, en caso de contradicción dentro del *Codex* o dentro del *Digesto*, una cita posterior (por ejemplo, de Constantino o de Papiniano) debía considerarse como una *lex* más reciente que otra cita anterior (digamos de Diocleciano o Sabino). Este problema se resolvió en general en sentido negativo, ya que, por la promulgación de las primeras tres partes de la compilación justiniana, todos los elementos de cada una de estas partes habían recibido una sola fecha legal.

Otro importante problema al respecto era el de saber si una cita que figuraba en la *sedes materiae* —en la parte del *Corpus iuris* que trata especialmente del problema en cuestión—, debía tener preferencia sobre otra cita que hablara sobre el problema, aunque no se encontrara precisamente en aquella *sedes*. Como para nosotros el *Corpus iuris* es, actualmente, una obra de inspiración jurídica y no un libro de derecho positivo, estas discusiones han perdido todo interés.

En cuanto a la abrogación del derecho escrito, el principio general es que debe de hacerse del mismo modo como la norma ha nacido.²⁸ La seguridad jurídica aconseja que, mientras una ley no sea revocada claramente, debe considerarse que sigue formando parte del derecho positivo. Los glosadores elaboraron, con citas como C. 1. 9. 14 y C. 1. 3. 52, una excepción a este principio, pretendiendo que *cessante ratione legis, cessat lex* (cuando desaparece la justificación de una norma, desaparece la norma misma). Esta regla, empero, es peligrosa, ya que abandona al criterio de los particulares el decidir si una ley está todavía en vigor o no.

Mencionemos, por fin, el importante principio romanista de que el legislador no puede quedar obligado para siempre a no cambiar de actitud. Para llegar a esta importante regla, los romanistas europeos del Renacimiento han utilizado, sobre todo, D. 32. 22 pr.: *nemo sibi potest legem dicere ut a priore ei recedere non liceat* (nadie puede obligarse a ya no cambiar de opinión). Dicho principio se formuló originalmente en relación con testamentos, para permitir al testador cambiar su última voluntad si le placía.

²⁷ Const. *Deo Auctore*, 8.

²⁸ D. 50. 17. 35, aplicado por analogía.

52. LA INTERPRETACIÓN. Entre los problemas originados por el *ius scriptum*, encontramos también el de la exacta determinación del alcance y significado de su texto: el gran problema de la interpretación.

No siempre el público aprecia las hazañas interpretativas de los juristas, e inclusive grandes maestros del derecho critican a menudo los excesos en que sus colegas incurren al respecto. Jhering visita, por ejemplo, en una de sus divertidas fantasías, el cielo de los conceptos jurídicos, donde encuentra la prensa dialecticohidráulica de la interpretación, que permite sacar de cualquier texto todo lo que un jurista necesita en un caso determinado, mediante sus dos partes principales: el *inyector*, que introduce los elementos ajenos a la intención original, y el *eliminador*, que quita las incómodas expresiones positivas, contenidas en el texto.²⁹

En materia de interpretación, el derecho preclásico andaba con pies de plomo. No quería admitir un significado más amplio de lo que pudiera resultar de la estricta formulación verbal de una ley. Esta rígida fidelidad al texto se relacionaba quizá con el antiguo influjo de la magia y la religión en el derecho.³⁰

La época clásica permitía buscar, tras las palabras de la ley, la intención que había animado al legislador. *Scire leges non hoc est: verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, dice Celso,³¹ y en D. 48. 10. 15. 3 leemos: *sententia magis sequenda est... quam scriptura* (debe observarse más bien el sentido que la letra). Inclusive se llega a admitir que es *fraus legi*³² (fraude a la ley) utilizar las palabras de la ley en contra de su evidente sentido, condenando así la típica actitud interpretativa de los antiguos sacerdotes.³³

Sin embargo, esta nueva interpretación basada en la intención presunta del legislador, tiene un límite: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*³⁴ (cuando no hay ninguna ambigüedad en las palabras, no debe admitirse una investigación acerca de la voluntad). Tal investigación sobre la voluntad del legislador es sólo una segunda línea de defensa cuando fracasa la interpretación gramatical. Así, grandes romanistas del siglo XIX han confirmado la regla de que el análisis gramatical del texto legal viene en primer término, y, sólo en caso de duda, debemos continuar con otros métodos. Este principio parece indiscutible; sin em-

²⁹ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Jurisprudencia en broma y en serio)*, 1921, pág. 209.

³⁰ Ya hemos mencionado el papel de los sacerdotes en el origen de la *interpretatio*, que inclusive explica la etimología de este último término, y que oscila entre una estricta determinación del significado del texto y una creación de derecho relativamente independiente de la intención del legislador, pero nunca independiente del texto mismo.

³¹ D. 1. 3. 17.

³² D. 1. 3. 29.

³³ Cfr. C. 1. 14. 5 con la clara formulación *verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem* (sucede que la gente, "agarrándose a las palabras de la ley, viola la voluntad de la ley").

³⁴ D. 32. 25. 1. Esta cita se refiere originalmente a testamentos, pero la romanística ha extendido su alcance a la interpretación en general.

bargo, no hace justicia al hecho de que no siempre existe una separación nítida entre el método gramatical y las otras vías interpretativas. Para determinar el significado de las palabras de la ley, como lo quiere el método gramatical, debemos recurrir muchas veces a complicados razonamientos jurídicos, e, inclusive, a la intención del legislador.

Otro importante principio interpretativo es que de los diversos elementos de una ley deben interpretarse los unos en relación con los demás. *In civile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*, para citar a Celso una vez más.³⁵ Lo que aquí se dice de una ley, puede también decirse de todo el sistema jurídico. Es además *incivile* estudiar sólo una ley sin *perspicere* todo el sistema de derecho al cual pertenece.

Los principios interpretativos, en caso de contradicciones entre diversos textos legales, han quedado expuestos en el párrafo anterior.

En cuanto al papel de la analogía en la tarea interpretativa, debemos señalar las citas D. 1. 3. 12 y 13, cuya idea medular fue condensada después en el refrán *ubi eadem ratio, ibi idem ius* (donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma norma). Sin embargo, este consejo de Juliano-Pedio-Ulpiano tiene también sus restricciones.

Leyes que regulan situaciones de excepción deben interpretarse en forma restrictiva, sin que sea permitido recurrir a la analogía u otros remedios que pudieran ampliar el alcance del texto. Sólo dentro del campo estrictamente previsto, tales normas excepcionales derogan la regla general, y dentro del mismo valen, por tanto, las máximas de que *lex specialis derogat legi generali, o generi per speciem derogatur*³⁶ (la ley especial deroga la general; lo genérico queda derogado por lo específico). Los juristas romanos añaden todavía otra restricción al método de la analogía: las consecuencias de algún malogrado producto legislativo que, aunque formando parte del derecho positivo, se opone a la *ratio iuris* (el derecho natural en su acepción racionalista), no deben ampliarse por analogía.³⁷

Este principio dio al jurista romano una posición más firme contra la ley injusta de la que tenemos actualmente sobre el particular.

También los argumentos *a fortiori* y *a contrario sensu* tienen importancia para la interpretación del derecho, aunque este último fácilmente se presta a abusos.

En caso de duda, se puede también recurrir a la historia de las normas jurídicas, aunque con algún cuidado. Las leyes llevan una existencia relativamente independiente de su origen, de manera que no debemos investigar demasiado su historia por miedo a que "lo cierto se vuelva dudoso", como nos advierte Neracio.³⁸

Lo que animó al legislador, la *occasio legis*, puede ser interesante para los historiadores, con su ilimitada curiosidad, y puede ayudarnos a explicar determinadas particularidades del texto. Pero, en la interpretación de las normas, es más recomendable analizarlas a la luz del alcance recibido en

³⁵ D. 1. 3. 24.

³⁶ D. 50. 17. 80.

³⁷ D. 1. 3. 14.

³⁸ D. 1. 3. 21.

la práctica actual, y a la luz de intereses que posiblemente podrían defenderse con ellas bajo el impulso de nuevas ideologías ascendentes, mejor que mediante consideraciones sobre la voluntad del antiguo legislador. Además, como generalmente el acto legislativo no es unipersonal, resulta dudoso que, en buena lógica, podamos hablar de la voluntad de un colegio. Sin embargo, el contenido de las *praefationes* que preceden a las constituciones —en la actualidad, las exposiciones de motivos— puede tenerse en cuenta para llegar a una debida interpretación, aunque no debe recibir la misma importancia de los "antecedentes" en el preámbulo de un contrato. Se trata sólo de una ayuda, entre muchas, para la interpretación; y ni siquiera de primera categoría, ya que, una vez salida de las manos del legislador, la ley comienza una vida independiente y la *praefatio* o exposición de motivos no forma parte del texto dispositivo de la norma.

En la última generación estuvo muy de moda la jurisprudencia de los intereses (*Interessenjurisprudenz*).³⁹ Se exigía que la interpretación de una norma tuviera en cuenta, si no la concreta intención del legislador, cuando menos la clase de intereses que éste se proponía proteger. Sin embargo, la antigüedad clásica conocía también esta tendencia interpretativa, como resulta de citas como C. 1. 14. 6: *quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri* (lo que ha sido establecido en beneficio de algunos, no debe interpretarse en casos especiales en contra de sus intereses). En esta relación, debemos mencionar también las diversas *causae favorabiles* que el derecho romano había establecido, y que obligan al intérprete a buscar siempre el sentido de un texto legal en su aspecto favorable a determinados intereses. Así, en materia penal, la duda debe favorecer al reo, ya que *in poenalibus causis benignius interpretandum est* (en asuntos penales la interpretación debe inclinarse del lado de la benignidad). En materia de testamentos, la duda debe resolverse en tal sentido que, a ser posible, el testamento no pierda su validez. En materia de esclavitud, la duda debe interpretarse a favor de la libertad, etc.

De este modo, varios principios interpretativos se combinan y a veces se entrecruzan. Pero, de todos modos, siempre debemos cuidar que una interpretación sutil, orientada a "la justicia del caso concreto", no viole el texto claro de la ley. La seguridad jurídica no debe sufrir demasiado por nuestro afán de equidad. También en esta materia notamos la polaridad de la práctica jurídica, que siempre oscila entre la equidad y la seguridad, y a través del *Corpus iuris*, encontramos unos textos más orientados hacia aquélla,⁴⁰ y otros que más bien favorecen a ésta.⁴¹

³⁹ Admirable exposición del concepto de *Interessenjurisprudenz* en el libro de F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, pág. 341 y siguientes.

⁴⁰ D. 39. 3. 2. 5; D. 50. 17. 90; C. 3. 1. 8.

⁴¹ C. 1. 14. 1, en que el emperador bizantino se reservaba la exclusiva facultad de hacer interpretaciones que se apartasen del texto legal para acercar la solución a la equidad.

Lo anterior es válido en la interpretación de las leyes; en la de contratos y testamentos encontraremos, en su oportunidad, algunas reglas ligeramente distintas.

53. LA VIGENCIA DEL DERECHO OBJETIVO EN EL TIEMPO. Parece evidente que el *ius scriptum* debía regir solamente la vida jurídica posterior a su creación. Muchos lugares confirman este principio de la irretroactividad, especialmente D. 35. 2. 1; CT. 1. 1. 1; C. 1. 14. 7, a veces con motivaciones elocuentes como *quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?*⁴² (¿qué culpa tenían los que antes, sin poder saber el derecho actual, seguían el derecho de aquel entonces?). Sin embargo, en el derecho romano, la prohibición de la retroactividad no es absoluta.

En forma prudente, C. 1. 14. 7 hace una restricción: *nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*⁴³ (a no ser que la nueva ley contenga disposiciones acerca de los negocios pendientes desde la fase anterior a ella), y con esto pone el dedo en la llaga. ¿Qué diremos respecto de negocios de trato sucesivo, celebrados antes de la nueva ley, pero de consecuencias que se producirán durante la vigencia de ésta? Si una reforma legal limitara la renta máxima a un tanto por ciento del valor catastral de las casas, y si esta ley quisiera hacer ajuste de las rentas ya pagadas durante los últimos años, sería claramente retroactiva. En cambio, si sólo se refiriera a contratos futuros, sería evidentemente irretroactiva. Pero ¿sería retroactiva si, además de regir los futuros contratos, ordenara un reajuste inmediato en las rentas futuras derivadas de contratos ya celebrados antes de su promulgación?

En cuanto a la posición romana frente al problema de la irretroactividad no debemos olvidar que esta dificultad no se presentaba allí con la fuerza con que se manifiesta en nuestro derecho moderno, por descansar el sistema romano, en gran parte, en soluciones concretas jurisprudenciales. Algún caso debía ser siempre el primero y la solución respectiva, que también regiría para lo futuro, se aplicaba necesariamente con cierta retroactividad a este primer caso. Por esta razón, tampoco Inglaterra con su "case-law" puede adherirse a la pura irretroactividad, ni siquiera en el campo penal.

Otro problema es el del tratamiento de los derechos que no eran una realidad aún durante la vigencia de la ley anterior, pero que, durante ella, sí estaban presentes en estado embrionario, como mera "esperanza". Se admite generalmente que la ley posterior pueda afectarlos sin adolecer de retroactividad. También se admite que, en materia de mero procedimiento, puede aplicarse inmediatamente la nueva ley a situaciones pendientes, y

⁴² C. 6. 23. 29. 7.

⁴³ No hay razón para traducir aquí *negotium* por *proceso*, que es lo que hace DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System*, pág. 72, nota 4; es la palabra normal para expresar *negocio jurídico*.

que leyes de orden público que revocan una situación rechazada violentamente por la conciencia jurídica del momento —por ejemplo, la abolición de la esclavitud— pueden aplicarse *stante pede* a la situación existente en el momento de la promulgación, aun violando derechos firmemente adquiridos con anterioridad.

Aunque el mismo Justiniano nos enseña que *absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti*⁴⁴ (sería absurdo que situaciones jurídicas, válidamente creadas, pudiesen ser anuladas posteriormente por normas jurídicas que aún no existían en el momento de la creación de aquellas situaciones jurídicas), por otra parte, su mismo *Digesto* se promulgó con efecto retroactivo, y no faltan casos (*Nov.* 19 y 143, por ejemplo) en que disfraza el efecto retroactivo de alguna innovación legal, haciendo aparecer que sólo se trata de una interpretación "auténtica", o sea, de una aclaración por parte del legislador mismo, respecto al verdadero sentido de una ley.

54. LA VIGENCIA DEL DERECHO OBJETIVO EN EL ESPACIO. El *Corpus iuris* nos dice poco del problema de la vigencia del derecho en el espacio, aunque sabemos por las investigaciones de Mitteis⁴⁵ que el derecho romano imperial coexistió siempre con diversos derechos locales. D. 1. 3. 32 nos da la impresión de que las contradicciones entre éstos quedaron resueltas con la aplicación de aquél, pero de todos modos es sorprendente que en todo el *Corpus iuris* no encontremos más que un indicio tan vago y fragmentario en una cuestión tan importante.

Sólo en la época medieval, por el fraccionamiento político de Italia, los postglosadores comenzaron a elaborar su teoría para resolver las colisiones entre diversos sistemas de derecho, con la famosa diferenciación entre *statuta realia* y *statuta personalia*, aplicándose, por ejemplo, a la condición jurídica de inmuebles (estatuto real) el derecho correspondiente a la ubicación, y al "estatuto personal" (capacidad, derecho de familia, etcétera) el derecho correspondiente a la nacionalidad o al domicilio. Estamos en presencia de un típico ejemplo de cómo los postglosadores sacaron del *Corpus iuris* argumentos para resolver problemas, de ningún modo tratados por Justiniano.

55. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. Después de examinar los principios básicos que rigen el derecho objetivo, queremos exponer algunas ideas fundamentales sobre los derechos subjetivos, o sea, las facultades otorgadas por el orden jurídico, que autorizan a sus titulares a gozar de un bien o a reclamar determinado comportamiento ajeno, poniendo generalmente a su disposición una acción procesal, en caso de que la eficacia práctica del derecho subjetivo se viera obstaculizada por alguna actitud ajena de carácter ilegal.

⁴⁴ *Nov.*, 66. 1. 4.

⁴⁵ *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig, 1891.

Con referencia al ejercicio de estas facultades, encontramos dos tendencias opuestas en el derecho romano. Primero, hallamos el principio de que "nadie que ejerce su derecho, obra con dolo";⁴⁶ regla de la que encontramos algunas variantes en diversos lugares del *Digesto*, y que también se cita con frecuencia como *qui iure suo utitur, neminem laedit*⁴⁷ (el que ejerce su derecho, no puede ser acusado de haber violado así un interés ajeno). Si bien, por regla general, yo puedo ejercitar mi derecho, aunque para mí el goce sea inferior a la desventaja producida para otros, también encontramos en el *Corpus iuris* manifestaciones del principio opuesto. Así se enuncia allí en forma general que nadie puede ejercer sus derechos con el solo propósito de perjudicar a otros sin ventaja propia.⁴⁸ Esta prohibición justinianea de actos realizados por alguien en la esfera de sus facultades jurídicas, pero sólo con el *animus aemulandi* (en la terminología de los romanistas medievales que utilizan la palabra *aemulare*, ya no en el sentido original de competir, sino en el de perjudicar), se deriva del análisis de lugares como D. 50. 10. 3 o de D. 6. 1. 38. Estas citas han dado origen a la máxima de que *malitiis non est indulgendum*, es decir, no debemos ser tolerantes con los que ejercen sus derechos con intención maliciosa. En ella encontramos desde luego, el fundamento de la teoría del "abuso del derecho", cuyos antecedentes ya se hallan en la *Instituta* de Gayo, del siglo II d. de J. C. (I. 53).

56. LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS. Es posible que dos derechos subjetivos sean incompatibles entre sí. Pensemos en el caso de que un legado se refiera a un objeto que el testador debía a algún acreedor. Tanto el legatario como el acreedor tendrían entonces un derecho relacionado con aquel objeto, pero no sería posible satisfacer plenamente a ambos: sus derechos están en colisión.

En tales casos, el derecho romano pone a nuestra disposición las siguientes reglas que nos ayudan a determinar la situación jurídica:

a) Los derechos reales preceden a los personales. Así, el comprador de una casa arrendada, titular de un derecho real, tenía en el derecho romano preferencia sobre el inquilino, ya que éste no tuvo más que un derecho personal en relación con aquella casa. "Compraventa quiebra arrendamiento" es una regla que el derecho moderno, por razones sociales (protección del inquilino), generalmente rechaza.

b) Entre los derechos reales, los *iura in re aliena*, derechos reales respecto a un objeto ajeno, preceden al derecho de propiedad, ya que el régimen de excepción precede al régimen general.

⁴⁶ *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.* (D. 50. 67. 55: no se debe considerar que alguien obra con dolo, cuando ejerce un derecho suyo.)

⁴⁷ Sin embargo, en algunos casos especiales, debemos ejercer nuestro derecho con particular cuidado, a fin de no molestar a otro más de lo estrictamente inevitable. Así, el usufructuario debe respetar el interés del propietario y utilizar *civiliter* su usufructo.

⁴⁸ Cfr. art. 840 del Código Civil.

c) En caso de colisión entre diversos *iura in re aliena* respecto a una misma cosa (varias hipotecas, varias servidumbres incompatibles entre sí), encontramos que *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, primero en el derecho), regla a veces interferida por la existencia de hipotecas preferentes.

d) En caso de créditos a cargo de un deudor insolvente, es importante distinguir entre algunos que son preferentes (por disposición de la ley o por convenio entre las partes) y otros que no son más que concurrentes y que pueden repartirse a prorrata el saldo que queda después de satisfacer a los acreedores preferentes.

e) Cuando hay colisión entre dos titulares de derechos, de los cuales uno trata de evitar una pérdida, mientras que el otro busca obtener o conservar un lucro, el primero merece la preferencia,⁴⁹ principio que inclusive encontramos en la literatura romana extrajurídica, como en Quintiliano:⁵⁰ *incommoda vitantis melior quam commoda petentis est causa* (es mejor la posición jurídica del que trata de evitar un daño que la del que quiere obtener una ventaja), y que el código de 1928 consagra en su artículo 20.

f) Si las reglas anteriores no son aplicables, y uno de los titulares de los derechos en colisión es, al mismo tiempo, poseedor del objeto de que se trata, él tiene la preferencia, ya que *in pari causa est potior causa possidentis*⁵¹ (en igualdad de circunstancias, la posición jurídica del poseedor merece preferencia).

g) Fuera de las reglas anteriores, el derecho romano se coloca del lado del titular más activo y rápido (sistema de prevención, como en el caso de D. 42. 8. 10. 16) o permite que la suerte decida sobre la preferencia que debe darse a alguno de los titulares.⁵² Sólo en ciertos casos excepcionales, el derecho romano prevé el reparto proporcional entre los diversos titulares. Un ejemplo importante de esta última solución es, desde luego, el reparto *pro rata*, entre los acreedores concurrentes, del saldo del activo del patrimonio de un quebrado, después de satisfacer a los acreedores preferentes.

57. OTRAS REGLAS BÁSICAS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS. A través del *Corpus iuris* podemos encontrar gran cantidad de principios fundamentales sobre los derechos subjetivos, como *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*;⁵³ *non debet cui plus licet, quod minus est non licere*;⁵⁴ *impossibile nulla obligatio est*;⁵⁵ *quod*

⁴⁹ D. 50. 17. 41. 1.

⁵⁰ *Inst. Or.* 7. 4. 10.

⁵¹ D. 20. 1. 10.

⁵² D. 10. 2. 5.

⁵³ D. 50. 17. 54: nadie puede transferir más derecho del que tiene.

⁵⁴ D. 50. 17. 21: el que puede lo más, puede lo menos.

⁵⁵ D. 50. 17. 185: nadie está obligado a lo imposible.

*initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere;*⁵⁶ *cuius commodum, eius etiam incommodum,*⁵⁷ y otros que tienen su lugar adecuado no ya en esta parte general, sino en relación con temas especiales que más adelante estudiaremos.

El Digesto termina con el título 17 del Libro 50, actualmente siempre citado como "D. 50. 17". Estas páginas llevan como título el de "*Regulae Iuris Antiqui*" o sea "Las reglas generales del derecho antiguo". En la literatura de la "segunda vida del derecho romano" este famoso título ha dado lugar a varias reglas concisas, formuladas en latín, a veces en forma más corta que la presentada en D. 50. 17. Tales reglas circulan bajo el nombre de "brocárdicos": breves principios axiomáticos, como refranes de derecho.

Sin embargo, no todos los "brocárdicos" representan el derecho justiniano puro; algunos corresponden a reinterpretaciones del *Corpus Iuris* con que Justiniano o Triboniano no hubieran estado muy de acuerdo, y otros encuentran su origen en el derecho canónico o corresponden incluso a innovaciones descaradamente contrarias al derecho romano.

Por lo tanto, no todos los refranes jurídicos que circulan en latín, deben considerarse como "derecho romano".

Algunos de tales "brocárdicos" valen todavía dentro de la familia de los sistemas jurídicos neo-romanistas (y en ocasiones también en los derechos anglo-americanos) como "principios generales del derecho", pero no todos: algunos ya son obsoletos.

CAPÍTULO III

LAS PERSONAS

58. EL CONCEPTO DE PERSONA. El derecho objetivo no flota como una nube sobre la realidad social, sino que se concreta en forma de derechos y deberes subjetivos los cuales necesitan, para existir, "titulares"; y estos centros de imputación de derechos y deberes (para hablar con la acertada terminología de Kelsen) son *personas*.

Este término viene del latín, donde, entre otras cosas, significa "máscara". Dicha etimología es interesante y demuestra que, desde su origen, el concepto de persona ha sido algo artificial, una creación de la cultura y no de la naturaleza. No interesan al derecho todas las calidades reales, físicas o psíquicas de los sujetos del derecho, sino sólo algunas características relevantes para la situación jurídica del sujeto en cuestión: que sea de tal nacionalidad, que tenga su domicilio en tal parte, que sea mayor de edad, etc.; estos datos forman juntos la "máscara" que este determinado actor lleva en el drama del derecho. El resto podrá interesar a su esposa, a su médico, pero no tiene importancia en la escena jurídica.

Aquí nos encontramos inmediatamente ante un rasgo típico, en parte trágico, de nuestra ciencia. Aunque tenemos que examinar problemas concretos, para poder tratarlos, hemos de empobrecerlos, reducirlos a esquemas, hasta que la viva corriente continua de la existencia se haya desintegrado ante nuestros ojos en una colección de discontinuos "actos jurídicos", y la plena personalidad de uno se nos presente en la forma esquemática de una "persona" en su sentido técnico-jurídico. Recordemos a este respecto la opinión de Leibniz de que el derecho es la *ratio scripta* (la razón escrita). El jurista escoge de la plena realidad los pocos elementos jurídicamente interesantes, para traducirlos en abstracciones, en conceptos; su manera de pensar es "signitiva", en la terminología de Husserl. Por esto, sus mejores resultados son, con frecuencia, esa clase de hazañas intelectuales de que sólo una aristocracia mental es capaz.

En otras palabras, para poder resolver los problemas jurídicos, no nos queda otro remedio que reducir la vida, "este fascinador tejido de sangre, oro y pasiones", a una colección de fórmulas. No casualmente dice von Savigny del jurista que "calcula con conceptos" y afirma Hollenberg que un mal matemático no puede ser un buen jurista. Como señala Radbruch, para el derecho, lo que queda de Goethe son sus actas de nacimiento, de

⁵⁶ D. 50. 17. 29: lo inicialmente viciado continúa siendo viciado.

⁵⁷ Derivado de D. 50. 17. 10 y de *Inst.* III. 23. 3: el que goza de las ventajas debe aceptar las desventajas.

matrimonio y de defunción, su diploma de abogado, la inscripción en el catastro de la compra de sus dos casas y sus contratos de edición.¹ De la misma manera, es muy distinto decir que fulano está enfermo desde el punto de vista médico, que desde el de su póliza de seguro.

La actitud del profano se caracteriza precisamente por la tendencia a no separar lo jurídico de lo no-jurídico, la de "entregarse a la impresión total de la situación", como dice Jhering.² En cambio, para el jurista, y a pesar de que *hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1. 5. 2: todo el derecho existe para el hombre), el protagonista del drama jurídico no es el ser humano, sino "la persona". Este concepto, desde luego, es más estrecho que aquél, no sólo a causa del mencionado empobrecimiento artificial de la plenitud del ser humano, sino también por la existencia, en el derecho romano, de seres que no son personas, aun siendo humanos. Por otra parte, al mismo tiempo es más amplio el concepto de persona, que el de ser humano, a causa de la existencia de personas que no son seres humanos, y para las cuales se utiliza el término de "personas morales". La designación no es muy acertada, pues una sociedad anónima, a pesar de ser una "persona moral", puede comportarse de modo inmoral.³

La expresión "personas jurídicas" tampoco es muy correcta, ya que la figura opuesta, la "persona física", pertenece igualmente al terreno jurídico. Estas personas sin existencia física son entidades sin realidad material, reconocidas por el derecho objetivo como posibles centros de imputación de derechos y deberes subjetivos. De acuerdo con una teoría, muy popular durante el siglo pasado, deben su existencia a una "ficción", y, como punto de arranque de esta idea, se suele señalar D. 46. 1. 22; ⁴ fue desarrollada por los postglosadores y culminó con Savigny.⁵

59. LA PERSONA COLECTIVA EN EL DERECHO ROMANO. Esta figura surgió gradualmente en la práctica romana. En ella podemos distinguir:

a) *Corporaciones*, es decir, personas colectivas compuestas de miembros asociados voluntariamente o por la fuerza de la tradición.

b) *Fundaciones*, o sea, afectaciones de patrimonios a un fin determinado.

En cuanto a las corporaciones, los rasgos comunes de éstas son:

a) Que su existencia es independiente de lo que pasa con sus miembros. Ya en el siglo I a. de J. C., Alfeno dijo claramente que el cambio de los miembros de un organismo público no afecta su personalidad,⁶ y el

¹ *Rechtsphilosophie*, 1956, pág. 199.

² *Espíritu*, II. 2. 349.

³ Este curioso término debe explicarse a la luz de la distinción, muy de moda en el siglo pasado, entre el "mundo material" y el "mundo moral".

⁴ *Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas* (la herencia es como una persona, exactamente como un municipio, un consejo municipal o una sociedad).

⁵ Crítica de esta teoría, en E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1949, pág. 282 y siguientes.

⁶ "Tampoco la nave que se repara muchas veces, de manera que no queda ni una tabla que no sea nueva, deja de ser la misma nave" (D. 5. 1. 76).

Corpus iuris lleva este principio a sus últimas consecuencias de que, inclusive si la cantidad de miembros se reduce a sólo uno, este único miembro tiene una personalidad distinta de la que corresponde a la persona "colectiva" en cuestión,⁷ solución rechazada expresamente por el derecho moderno.⁸

b) Que su patrimonio no tiene nada que ver con el de sus miembros. Este principio es clara consecuencia de la famosa frase que Ulpiano pone en su comentario al edicto de Adriano: "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".⁹

c) Que los actos de los miembros no afectan la situación jurídica de esta persona colectiva, salvo en casos expresamente previstos por el derecho.

Las corporaciones pueden ser:

1. *De carácter público* (Estado, municipio). Desde muy pronto los juristas romanos comprendieron que el Estado tenía en su poder bienes que no podían considerarse como propiedad de todos los ciudadanos, sino que correspondían a un titular distinto: el Estado o el municipio.¹⁰

2. *De carácter semipúblico*. Con autorización especial, dada por el senado —y, más tarde, por el emperador—, pudieron formarse, por analogía con el Estado y el municipio, determinados organismos semipúblicos, como sindicatos, cofradías religiosas, cuerpos de bomberos, etc., que tuvieron una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros. Para la formación de tal *collegium* se necesitaba un mínimo de tres miembros, pero la reducción posterior de este número no afectaba la existencia de esta persona colectiva, como acabamos de ver.

3. *De carácter privado*. Sólo excepcionalmente, organismos dedicados a la especulación comercial privada podían recibir personalidad jurídica. Encontramos tales casos en relación con la explotación de minas o de salinas y con el arrendamiento de impuestos. Por lo demás, las sociedades que se formaban con fines económicos privados tenían efectos contractuales meramente *internos* (respecto de la repartición de pérdidas y ganancias, en relación con la responsabilidad de los socios por alguna culpa, etc.). En cambio, no tenían efectos sobre terceros, ya que tales sociedades no formaban un nuevo centro de imputación de derechos y deberes, distinto de los miembros componentes. A este respecto, la *societas* romana se parecía a nuestra asociación en participación, cuyos efectos son, igualmente, sólo de carácter interno.

Por tanto, el derecho romano no concedía con la generosidad que el derecho moderno la personalidad jurídica a agrupaciones meramente pri-

⁷ D. 3. 4. 7. 2.

⁸ Ley de Sociedades Mercantiles, art. 229, fr. IV.

⁹ D. 3. 4. 7. 1.

¹⁰ Quizás, en el derecho arcaico el centro de imputación de los derechos y deberes que afectaban la *domus* nunca era el individuo, sino la "familia"; y la responsabilidad penal gravaba también todo el núcleo familiar. La familia sería en tal caso el prototipo de la corporación.

vadas. En cambio, para nosotros, basta el consentimiento de dos personas para que, observando ciertos requisitos no muy gravosos, nazca una persona colectiva como es la sociedad de responsabilidad limitada, o el consentimiento de cinco personas para que se forme una sociedad anónima.

Es probable que, a causa del fenómeno de los *peculios*, el romano no sintiera la necesidad de desarrollar sociedades como las nuestras de responsabilidad limitada y anónimas. Todo *paterfamilias* de cierta fortuna distribuía varios negocios suyos como *peculios*, entre sus hijos y esclavos más inteligentes. La propiedad respectiva continuaba correspondiendo al *paterfamilias*, y las ganancias eran también para él; respecto a las pérdidas, en cambio, sólo respondía mediante un *actio de peculio*, hasta por el valor del *peculio*, salvo excepciones. Por tanto, normalmente, el *paterfamilias* no podía perder más que su aportación. Y es precisamente el deseo de llegar a este resultado el principal impulso por el que el derecho moderno ha tenido que elaborar sus más características sociedades mercantiles.

La capacidad jurídica de las corporaciones en el derecho romano se fue extendiendo poco a poco. Gradualmente reciben el derecho de manumitir esclavos y aceptar legados, y, bajo Justiniano, inclusive, el de recibir herencias.

Finalmente, se llega al resultado de que su capacidad de goce es casi ilimitada, mientras que la capacidad de ejercicio queda limitada a su objeto social (la persona colectiva no puede realizar actos jurídicos que no tengan nada que ver con dicho objeto). En comparación con la persona física, la colectiva tiene la ventaja de que su capacidad de ejercicio no puede ser restringida por causas físicas o psíquicas como la minoría de edad, debilidad mental, etc. Por otra parte, su capacidad nunca incluye facultades derivadas del derecho de familia; ni siquiera puede desempeñar una tutela.

Un problema interesante es el de la posible responsabilidad penal de las personas colectivas. El derecho romano la excluye,¹¹ de manera que allí la eventual responsabilidad penal sólo puede recaer en los representantes legales que hayan obrado con dolo.

Pasemos ahora a las fundaciones. Estas personas jurídicas son una creación de la fase imperial. Recibieron un poderoso impulso con la cristianización del mundo antiguo, que hacía surgir muchas *piae causae*, patrimonios afectados a fines religiosos o de beneficencia. Al crearse una fundación, se solía reglamentar su funcionamiento, el modo de nombrar a sus representantes, etc.

Como una especie dentro del género de fundaciones, podemos considerar el fisco. Por éste entendemos el patrimonio del emperador afectado a fines públicos, y por tanto, algo distinto del patrimonio privado del emperador. Este se trasmite a sus herederos privados, mientras que el fisco se transmitía a su sucesor público.

¹¹ *Quid enim municipes dolo facere possunt?* (¿cómo podrían los municipios cometer un acto doloso? D. 4. 3. 15. 1).

Según D. 46. 1. 22, también la herencia yacente es algo así como una fundación. Observemos, en relación con esto, que esta opinión de Florentino (del siglo II d. de J. C.), probablemente interpolada, es contraria a otras explicaciones que da el *Digesto* sobre la situación jurídica de la herencia yacente, como que la personalidad del difunto se prolonga hasta el momento de la aceptación de la herencia, o que el heredero acepta la herencia con efectos retroactivos, de manera que una herencia yacente ya pertenece de antemano al futuro heredero, aunque todavía no consta quién será. Por la prisa con que trabajaron Triboniano y sus colaboradores, encontramos en el *Corpus iuris* muchas citas incompatibles entre sí, y puntos de partida para teorías muy distintas, que los pandectistas del siglo XIX trataban, a menudo en vano, de conciliar mediante su *Pandektenharmonistik*.

60. LA PERSONA FÍSICA EN EL DERECHO ROMANO. En el derecho moderno el concepto de persona física coincide con el de *ser humano*.

El derecho mexicano no reconoce la posibilidad de que existan seres humanos sin personalidad jurídica. El artículo 2º de la Constitución prohíbe la esclavitud, y la condena a "muerte civil" no existe en el derecho mexicano. Aquí, todo ser humano tiene capacidad de goce, es decir, puede ser centro de imputación de derechos. El hecho de que alguien carezca de la capacidad de ejercicio (menores, dementes, etc.) no afecta su personalidad jurídica, ya que ésta se caracteriza por la capacidad de goce y no necesariamente la de ejercicio.

En cambio, el derecho romano sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos. De acuerdo con las sistematizaciones didácticas, escolares, de la jurisprudencia clásica (Gayo), éstos debían reunir, para ser personas, los tres requisitos siguientes:

- a) Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).
- b) Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).
- c) Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).

La personalidad, resultado de la reunión de estos tres requisitos, incluso podía comenzar un poco antes de la existencia física independiente, y terminar algo después de la muerte, como se verá por lo que luego exponemos.

El derecho clásico nos presenta la regla de que el *nasciturus pro iam nato habetur*, siempre y cuando esta ficción le aproveche.¹²

Si, por ejemplo, instituyo heredero al hijo de Livia, y, en el momento de la apertura de mi testamento, resulta que Livia no tiene hijos, pero está embarazada, debería concluirse, a falta de dicha ficción, que no habría heredero testamentario alguno, de manera que mi herencia se entregaría a mis herederos legítimos, es decir, a mis próximos parientes. En cambio, con fundamento

¹² GAYO, I. 147, PAULO, D. 50. 16. 231. Sobre el origen cristiano de esta regla, véase mi artículo *Derecho romano y Cristianismo*, "Foro de México", núm. 75, 1959, con indicaciones bibliográficas.

en la citada ficción, el niño ya concebido, pero no nacido, llega a ser heredero, siempre y cuando nazca vivo y viable.¹³

Nótese que no se trata de una personalidad otorgada con la condición resolutoria de que el niño nazca muerto o no viable, sino, al contrario, de una personalidad con la condición suspensiva de que nazca vivo y viable. Cumplida esta condición, se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde su concepción; pero, en caso de fallar la condición, dicha personalidad nunca ha existido.

Es interesante que el niño debe nacer vivo, pero además viable; el *partus vivus, non vitalis*, se equipara al nacimiento de un niño muerto.¹⁴ Mencionemos finalmente, como curiosidad, que el nacimiento de un *monstrum*, aunque vivo y viable, no tiene los efectos jurídicos de un nacimiento humano.¹⁵ La personalidad física puede durar también más allá de la muerte biológica. Es ésta una de las ficciones mediante las cuales el derecho romano trataba de dar un titular a la herencia yacente, como ya hemos visto.

En relación con los efectos jurídicos de la muerte biológica, se nos presenta otro problema. Si una persona y su heredero han muerto, sin que se sepa exactamente quién murió primero, ¿debemos suponer que hubo entre ellos una transmisión sucesoria? Este problema de los conmorientes puede tener una enorme importancia práctica. De la solución, en un sentido u otro, depende que la fortuna de la primera persona vaya a sus restantes herederos propios (por ejemplo, por vía legítima) o a los herederos de su heredero.

El derecho romano no se mete en consideraciones de probabilidad, preguntando, por ejemplo, como sucede en el derecho inglés, cuál de ellos era más viejo, sino que declara de modo absoluto que no debe admitirse una transmisión sucesoria entre los dos difuntos, en este caso de duda,¹⁶ sencillamente el corte del nudo gordiano que el derecho de México imita.¹⁷

Sin embargo, si la duda al respecto surge con referencia a parientes que mueren en el mismo *accidente*,¹⁸ el derecho clásico propone soluciones más complicadas, estableciendo la presunción de que los padres mueran después que sus hijos menores, pero antes que sus hijos mayores, etc.

En cuanto a personas cuyo paradero ignoramos, el derecho romano establece una presunción de muerte 100 años después de su nacimiento (D. 33. 2. 8; cfr. art. 129 del Código de Napoleón).

61. EL STATUS LIBERTATIS; LA ESCLAVITUD. Muchos autores pretenden que los esclavos no son personas, sino cosas. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo. Gayo trata de los esclavos en la parte de su libro que se refiere a las personas, y la autoridad del dueño sobre los esclavos no se designa como derecho de propiedad, sino como una *dominica potestas*,

¹³ Principio consagrado en los artículos 22 y 1314 del Código Civil.

¹⁴ *Nom integrum...*, *cum spiritu tamen...* (D. 28. 2. 12. 1).

¹⁵ D. 1. 5. 14.

¹⁶ D. 34. 5. 8 y siguientes.

¹⁷ Código Civil, art. 1287.

¹⁸ Supuesto cuya frecuencia crece, actualmente, por el tráfico aéreo.

limitada en tiempos imperiales por una amplia legislación social en beneficio de los esclavos.¹⁹ Además, tanto el derecho romano religioso como el *ius naturale* los equipara a los demás seres humanos.

Esta vacilación en el tratamiento jurídico de los esclavos se manifiesta también en una curiosa cita de Ulpiano: "dentro del *ius civile*, los esclavos no son considerados como personas; pero en el derecho natural, todos los hombres son iguales".²⁰ El *ius honorarium* ocupaba una posición intermedia entre los extremos señalados por Ulpiano; no considera al esclavo como una persona completa, ni tampoco como si no fuera persona, sino que da eficacia procesal a muchos actos jurídicos realizados por él, mediante las *actiones adjectitiae qualitatis*. Esto era necesario, pues gran parte de la vida económica de Roma estaba en manos de esclavos. Los señores tenían la costumbre de confiar *peculios* a sus siervos (una mina, un rebaño, una tienda, un barco) para que los administraran en provecho del señor, pero con ciertas ventajas personales también para el esclavo. Así, el egoísmo del señor ponía a su servicio el egoísmo del esclavo, que a veces podía comprarse la libertad según convenio, mediante los beneficios de su *peculio*.

Los contratos celebrados por los esclavos en relación con tales *peculios* producían a favor de los terceros un derecho de acción contra el señor, cuya responsabilidad, empero, no podía exceder del valor del *peculio*.

Además de lo anterior, todos los actos jurídicos celebrados por esclavos con expreso consentimiento del señor (*iussu domini*), obligaban directamente a éste, y los actos celebrados, bien sin relación con algún *peculio*, bien sin consentimiento expreso del dueño, producían de todos modos acción contra éste hasta por el enriquecimiento que hubiere obtenido. Así, si el esclavo había adquirido por mil sestercios un caballo que valía quinientos, sin conexión con el *peculio* y *sine iussu*, el señor respondía por quinientos sestercios, ya que había entrado en su patrimonio un bien de este valor.

Las donaciones y los legados que recibían los esclavos, así como los productos de su trabajo, pertenecían automáticamente al señor. En cuanto a las herencias, se podía instituir válidamente heredero a un esclavo ajeno. En tal caso, si el señor del esclavo aceptaba la herencia, pasaba ésta a formar parte de su patrimonio. Esto tenía la consecuencia ventajosa de que el derecho a esta herencia se podía vender de manera muy sencilla: efectuando simplemente la venta del esclavo. También podía instituirse heredero a un esclavo propio, en cuyo caso éste recibía automáticamente la libertad por la apertura del testamento.

Los delitos cometidos por esclavos, colocaban al dueño ante la alternativa de indemnizar el daño o entregar el esclavo culpable a la víctima o a su familia ("abandono noxal").

La esclavitud no daba lugar a grandes sufrimientos en la época preclásica. El esclavo resultaba un valor patrimonial, de manera que había

¹⁹ Véase, por ejemplo, GAYO, I. 53.

²⁰ D. 50. 17. 32 (segunda parte interpolada).

que cuidarlo. Por esta circunstancia, la posición del esclavo era mejor que la del campesino o del obrero en aquellos países modernos que todavía carecen de una debida legislación laboral. Además, antes de las guerras contra Cartago, los dueños romanos tenían pocos esclavos y, generalmente, de razas afines. Hubo frecuentemente una relación casi paternal entre los esclavos y los señores, como ilustran, por ejemplo, las comedias de Plauto. Trabajaban juntos, comían en la misma mesa —Catón tenía aún esta costumbre, aunque por otra parte declara que es más económico que el esclavo se mate por el trabajo que tratarlo benignamente—, y muchos esclavos casi eran amigos de confianza.

Esto cambió después de las guerras púnicas, cuando surgieron en Roma las grandes fortunas. Desde entonces, muchos señores tuvieron centenares de esclavos a quienes no conocían ni siquiera de vista, y mucho menos de nombre. Estos esclavos, a menudo productos de las guerras que hacía Roma en toda la región mediterránea, ya eran de razas muy diferentes a la del señor, y el valor patrimonial que representaban individualmente era sólo una insignificante fracción de la fortuna del dueño. A pesar de la existencia de una clase superior de esclavos de confianza, administradores, preceptores, etc., bien educados y viviendo como burgueses, con sus propios esclavos, surgen, desde entonces, con cierta frecuencia, situaciones inhumanas. Ya antes, Varo había designado al esclavo como un instrumento que habla (inspirándose probablemente en Aristóteles, quien habla de "herramienta animada"), y era habitual encadenar al esclavo-portero a la puerta; pero en tiempos de Augusto, Polión utilizaba esclavos como alimento de los cocodrilos de sus viveros, y Flaminio hizo matar a uno para complacer a un convidado que nunca había visto morir a nadie.

Como reacción a tales abusos encontramos la creciente frecuencia de ventas de esclavos con la condición de que sean exportados (ya que el amo les tiene miedo), rebeliones de esclavos y, por una parte, leyes muy crueles, productos del miedo (SC. Silanianum, 10 d. de J. C.); por otra, leyes, inspiradas quizás en la Estoa, que tratan de enmendar la situación en vez de reprimir sus consecuencias inevitables. Así, en el año 19 d. de J. C., una *Lex Petronia* requiere, en perjuicio de los cocodrilos de Polión, que el amo obtenga una autorización especial del magistrado para arrojar a un esclavo a las fieras (aunque fuese como castigo), y el bondadoso emperador Claudio prohíbe que se abandone a los esclavos viejos o enfermos. Desde 83 d. de J. C. el dueño ya no puede castrar al esclavo, comienzo del derecho humano a la integridad corporal (véase art. 3 de la Declaración Univ. de los Der. del Hombre).

En el siglo II, Antonino el Piadoso equiparaba, inclusive, a homicidio la muerte dada a un esclavo, sin motivo justificado. Además, los esclavos maltratados que lograran agarrarse a una estatua del emperador serían vendidos por cuenta del dueño, sin que éste pudiera jamás volver a comprarlos (medida de Antonino el Piadoso, influido por el derecho griego de asilo; cfr. la práctica de las autoridades británicas en la "Trucial Coast"

de decretar la libertad de los esclavos que logren agarrar la bandera británica y comprueben malos tratos).

Estas medidas son un típico producto de la filosofía estoica, con la que compaginaba muy bien el carácter del auténtico romano, y se relacionan visiblemente con la doctrina de la hermandad general de todos los hombres. El cristianismo²¹ continuó la política legislativa en favor de los esclavos que la influencia estoica había iniciado.

Durante el Bajo Imperio, el problema social de la esclavitud pierde importancia. La creciente escasez de esclavos tiende a mejorar su condición y esta tendencia se refuerza con la ya citada legislación y el espíritu cristiano. Aunque Justiniano reconoce francamente²² que la esclavitud es incompatible con el derecho natural, la posición de los esclavos en su tiempo es ya tan soportable que este emperador bizantino —que no se arrebataba ante medidas drásticas en perjuicio de los poderosos— no hace ningún intento de suprimir la esclavitud.

El importante papel que desempeñaron los esclavos en la vida romana de la época clásica, explica los siguientes fenómenos jurídicos:

a) El tardío y tímido desarrollo de la representación jurídica en Roma. Como todo *paterfamilias* importante tenía esclavos que lo representaban automáticamente en relación con los *peculios* y en cualquier asunto mediante un *iussum* expreso, raras veces se sentía la necesidad de que una persona realizara actos jurídicos que debían producir sus efectos en el patrimonio de otra.

b) El escaso desarrollo de las sociedades mercantiles en Roma, pues por el sistema de *peculios* distribuidos entre esclavos inteligentes, todo rico romano era como socio de múltiples sociedades de responsabilidad limitada, como ya hemos explicado.

c) El raquítico desarrollo de la práctica y teoría romanas en relación con el contrato de trabajo.

62. CAUSAS DE LA ESCLAVITUD. Entre éstas encontramos:

a) Dos que proceden del *ius gentium*, a saber:

1. La cautividad, resultado de una guerra "justa" (es decir, oficialmente declarada), tratándose de adversarios de una civilización semejante a la romana; o de guerra no justa, si se trataba de meros "bárbaros". Tras los ejércitos romanos iban grupos de compradores profesionales de esclavos.

En una sola ocasión, César vendió en Galia a 63,000 cautivos.

2. El nacer de una esclava. Es un caso especial de la "separación de frutos", medio de adquisición que establece un derecho de propiedad sobre los frutos, a favor del propietario de la cosa matriz. La condición del padre no importaba, ya que, fuera del "matrimonio justo", todo hijo seguía la condición materna; y no podía haber tal matrimonio con una esclava.

²¹ Llegado al poder desde el siglo IV, primero gracias a los *Edictos de Tolerancia* de 311, y después por su reconocimiento como religión oficial bajo Teodosio el Grande.

²² *Inst.* I. 5 pr.

Como consecuencia del *favor libertatis*, o sea, por el hecho de que la libertad es una *causa favorabilis*, de manera que toda duda debe ser resuelta a favor de ella, encontramos que el niño nace libre²³ si en algún momento de la gestación la madre ha sido libre.²⁴

b) Otras dos causas proceden del *ius civile*, a saber:

1. Según las XII Tablas:

a') La negativa a inscribirse en los registros del censo.

b') La negativa a participar en el servicio militar.

c') El incumplimiento del pago de una deuda, en cuyo caso el acreedor podía vender al deudor *trans Tiberim*, e incluso matarlo.

d') El flagrante delito de robo, cometido por una persona libre (al esclavo en ese caso se le imponía la pena de muerte).

2. Según el derecho clásico y postclásico:

a') La condena a ser arrojado a las fieras o a trabajos forzados en las minas implicaba la esclavitud, de manera que el reo perdía automáticamente su capacidad de goce. Su matrimonio era disuelto y su patrimonio repartido entre sus herederos.

b') Relaciones sexuales de una mujer libre con un esclavo ajeno, contra la manifiesta voluntad del señor (senadoconsulto Claudiano).

c') La ingratitud del liberto, o el hecho de que un dediticio llegara demasiado cerca de Roma.

d') El hecho de dejarse vender como esclavo por un amigo, a pesar de ser libre, para reclamar luego la libertad y participar entonces de la ilícita ganancia del vendedor.

Las tres últimas fuentes ofrecen una desfavorable impresión sobre el desarrollo de la moral en Roma, después de la época republicana.

63. EXTINCIÓN DE LA ESCLAVITUD. Como fenómeno sociológico, la esclavitud antigua se extinguía, casi imperceptiblemente, por transición al colonato que desemboca en el feudalismo medieval.

Desde el comienzo del principado, el número de esclavos disponibles en los mercados comenzó a disminuir: de un lado, por las frecuentes manumisiones, es decir, liberaciones; de otro, por la menor frecuencia de brillantes éxitos militares, antes tan ricas fuentes de esclavos.

Especialmente en tiempos del Bajo Imperio, el número de esclavos bajó rápidamente; la vida económica comenzó a sufrir por la escasez de ellos, y los grandes terratenientes iniciaron el sistema de prohibir que los pocos campesinos que trabajaban en sus campos, salieran de allí. Así se anuncia el "colonato": en vez del esclavo tan fácilmente comprado y vendido antes, en numerosos mercados de este tipo, encontramos ahora al *servus glebae*, hombre libre pero vinculado contractualmente a determinadas

²³ PAULO II. 24. 1.

²⁴ *Media enim tempora libertati prodesse, non nocere possunt* (las fases intermedias pueden aprovechar a la libertad, pero no perjudicarla). Una comparación con ULPIANO (V. 10) y GAYO (I. 89) sugiere que este principio es más bien postclásico.

tierras, de las que no puede separarse, y las cuales, por otra parte, no pueden ser vendidas sin garantizarle al *servus glebae* su derecho de continuar cultivándolas (con frecuencia, a cambio de una participación en la cosecha).

Este sistema pasa a ser un elemento del feudalismo posterior, que, desde la última fase de la Edad Media, se fue liquidando con el nacimiento de las ciudades y bajo el influjo del cambio general de las ideas, recibiendo finalmente un golpe mortal con la Revolución Francesa. Sus últimos restos desaparecen en varias etapas, durante las últimas generaciones,²⁵ de manera que en la actualidad este lejano sucesor de la antigua esclavitud se muestra sólo en muy limitadas zonas del mundo civilizado, y ahí, en forma tan atenuada, que se trata más bien de un pintoresco e inofensivo residuo del pasado.

Paralelamente a este gradual movimiento de transición de la esclavitud antigua al feudalismo, y de la liquidación de éste, hubo, en una forma muy parecida a la romana, un repentino renacimiento de la esclavitud: la "trata de negros".

Afortunadamente, este nuevo brote de la esclavitud —cuyos rasgos más crueles eran la cacería humana en África y el transporte oceánico— no duró mucho tiempo. El comercio quedó prohibido en la primera mitad del siglo pasado —el año 1832 fue importante a este respecto—; y, algo después, se prohibió también la esclavitud misma, lo que dio lugar a una de las guerras más sangrientas que hubo en este continente: la guerra de secesión norteamericana, en 1863.

En forma individual, la esclavitud romana se extinguía, como es lógico, por la muerte del esclavo, y por una concesión especial de la libertad. Además, el cautivo de guerra podía recuperar su libertad por devolución convenida o por fuga. Si el romano, esclavo de guerra en un país extranjero, lograba regresar a la patria, se borraba el intervalo de su esclavitud sin dejar huella jurídica. Por la ficción del *postliminium*, el ex-cautivo recuperaba, con efectos retroactivos, todos los derechos que había perdido en el momento de iniciarse su cautividad.

Las formas que otorgaban de un modo especial la libertad podían ser las siguientes:

1. La liberación del esclavo por efecto directo de la ley; por ejemplo, cuando el dueño abandonaba a un esclavo gravemente enfermo, o cuando aquél creía de buena fe ser libre, viviendo públicamente como tal durante veinte años (caso de adquisición de la libertad por prescripción), o cuando se vendía sin cláusula de no-prostitución a una esclava adquirida con tal cláusula.

2. Liberación a consecuencia de la intervención especial del Estado; por ejemplo, cuando un esclavo denunciaba la conspiración de su señor.

3. Liberación a consecuencia de un acto especial del señor, o sea, la *manumissio*, que era el caso más frecuente. A este respecto, debemos dis-

²⁵ 1848, liquidación parcial en el centro de Europa; 1906 y 1917, liquidación drástica en Rusia; 1919, liquidación en el oriente de Europa.

tinguir las formas solemnes del *ius civile* y las no solemnes del *ius honorarium*.

a) *Del ius civile:*

a') Manumisión por inscripción del esclavo en los registros del censo, como si se tratara de una persona libre. Este procedimiento sólo era factible cuando se efectuaba el censo, es decir, cada cinco años, hasta 74 d. de J. C.

b') Por un juicio simulado de la libertad. En tal caso, el dueño y un amigo iban al magistrado con el esclavo en cuestión. Luego, el amigo pretendía como *adsertor libertatis* que el esclavo era libre,²⁶ y como el dueño no se defendía, el magistrado declaraba que el actor tenía razón y que el presunto esclavo era, en realidad, un hombre libre (*manumissio vindicta*).

c') Por testamento, en caso de que el testador concediera al esclavo su libertad u obligara al heredero a dársela. Estas dos posibilidades tenían efectos jurídicos distintos, a causa de los *iura patronatus*.²⁷ Tal manumisión por testamento podía estar sujeta a condiciones o términos, en cuyo caso el esclavo era un *statu liber*. Su situación jurídica producía, empero, "efecto real", es decir, era oponible a terceros. Por tanto, cualquier futuro adquirente del esclavo en cuestión tenía que reconocer su libertad, en caso de cumplimiento de la condición o del término.

d') A estos modos solemnes del derecho clásico (*manumissio censu, vindicta*²⁸ y *testamento*), el Cristianismo añadió uno más: la *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, mediante una declaración hecha por el sacerdote ante los fieles, reunidos en la Iglesia (desde la época de Constantino).

b) *Del ius honorarium:*

El pretor no se fija con demasiada severidad en los formulismos, y reconoce la libertad de un ex-esclavo en varios casos más, siempre y cuando el señor haya manifestado claramente su voluntad indudable de manumitir, mediante una declaración escrita (*manumissio per epistolam*), una declaración verbal ante amigos (*manumissio inter amicos*) o luego de haber invitado al esclavo a cenar con él (*manumissio post mensam*). Como el *ius civile* no reconocía estos modos, el pretor decidió conceder al liberto una excepción contra la eventual reclamación de su antiguo señor, en el caso de que éste se arrepintiera de su generosidad. Finalmente, la *Lex Iunia Norbana*, de 19 d. de J. C., crea para estos libertos reconocidos por el derecho honorario un lugar dentro del *ius civile*, ofreciéndoles la condición de "latinos junianos", que describiremos en seguida. Podían convertirse en verdaderos ciudadanos mediante una repetición de la *manumissio* en forma solemne (*iteratio*) o por méritos cívicos.

²⁶ Los juicios sobre la libertad debían tramitarse con intervención de un romano libre que ayudara al esclavo, ya que éste, por vivir bajo el poder jurídico del señor, no podía figurar como parte contraria de su dueño.

²⁷ Véase pág. 127.

²⁸ La *vindicta* es un bastón, utilizado en acto mágico de *vim dicere*, en el que se declara que alguien tiene poder sobre una cosa o sobre un esclavo, pero también utilizado en los actos simbólicos que acompañaban a la *manumissio* por un juicio simulado.

4. Un caso intermedio entre la manumisión y la liberación por la ley en forma directa es el del *statu liber*, arriba mencionado, a quien le fue prometida la libertad bajo una condición cualquiera, y que recibía tal libertad si su señor realizaba algún acto que imposibilitara el cumplimiento de la condición.²⁹

64. LIMITACIONES A LAS MANUMISIONES. Por miedo a que un exceso de manumisiones introdujese demasiada sangre extranjera en la ciudadanía romana, el nacionalista Augusto estableció, además del impuesto del 5%, varias restricciones a la facultad de los señores de manumitir. Primero, mediante una *Lex Fufia Caninia*, del año 2 a. de J. C., prohibió al testador manumitir por testamento³⁰ más de un cierto porcentaje de la totalidad de sus esclavos, con un límite general de cien.

Luego, la *Lex Aelia Sentia*, del año 4 d. de J. C., conservada en esencia por Justiniano (contrariamente a la medida anterior), exige que el señor tenga cuando menos veinte años y el esclavo treinta, y que las manumisiones no perjudiquen a los acreedores del dueño. Mediante una especial *causae probatio*, el señor podía obtener dispensa de las dos primeras limitaciones. Además, esta ley disponía que el esclavo que hubiera sufrido alguna pena infamante, recibiera sólo el *status* de *dediticio* y no el de ciudadano romano.

65. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL LIBERTO. Para el derecho republicano el ex-esclavo (*libertus, libertinus*) era un ciudadano romano. Sin embargo, no tenía derecho de casarse en *iustae nuptiae* con una persona *ingenua* (es decir, libre desde el nacimiento) ni podía ocupar una magistratura. En otras palabras, le faltaban el *ius connubii* y el *ius honorum*.

Además, no recibía una completa independencia de su antiguo señor o *patronus*, sino que éste conservaba sobre el liberto ciertos derechos, los *iura patronatus*. Esta interesante zona gris entre el derecho y los convencionalismos comprende:

a) El derecho a *obsequium* (respeto). A consecuencia de ello, ningún liberto podía ejercer acción penal contra su patrón; y, para demandarlo civilmente, necesitaba autorización especial del pretor. Otra consecuencia del *obsequium* era cierto derecho a alimentos en caso de indigencia.

b) El derecho a *operae officiales*, servicios que todos los libertos debían automáticamente a sus patronos (como el de acompañarles durante viajes peligrosos, etc.).

c) El derecho a la herencia del liberto, si éste moría sin descendientes y sin heredero testamentario.³¹ El hecho de que una amplia categoría de

²⁹ ULPIANO, Regla 2.5.

³⁰ En caso de liberación excesiva, valían sólo las primeras manumisiones. Para eludir esta disposición legal, los testadores escribían los nombres de los manumitidos en círculo para que no se pudiera determinar quiénes eran los primeros y quiénes los últimos (*Epit. Gayi*, I.2.2).

³¹ Véase GAYO, III. 41. Si el liberto había hecho testamento, éste era ineficaz si

libertos, los latinos junianos,³² no podían otorgar testamento hacía más interesante este derecho del patrón respecto a los *bona*.

El derecho de ser tutor de los hijos menores del liberto difunto acompañaba a este privilegio sucesorio.

Además de estos *iura patronatus* automáticos, el patrón podía estipular todavía, en el momento de la *manumissio*, servicios especiales, los *operae fabriles*. Sin embargo, si trataba de aprovechar indebidamente el deseo de libertad de su esclavo, exigiendo servicios excesivos, el pretor podía moderar prudentemente las condiciones convenidas.³³

Desde el fin de la república, la condición del liberto se complica. Si ha sido manumitido en forma solemne, ajustándose a las mencionadas leyes restrictivas del comienzo del imperio, tiene la "mejor libertad"; es ciudadano romano, y la precitada falta de *connubium* se reduce a una prohibición de casarse únicamente con miembros de familias senatoriales.

En cambio, si debe su libertad a un modo no solemne de *manumissio*, o violándose la legislación restrictiva que acabamos de mencionar, o si el señor tenía sobre el esclavo una *dominica potestas* reconocida por el *ius honorarium* y no por el *ius civile*,³⁴ entonces el liberto no es más que un latino juniano, sin *connubium*, y, desde luego, sin *ius honorum* e, inclusive, sin *ius suffragii* (derecho a votar). Además no puede hacer testamento ni recibir cosa alguna por testamento.

La "peor libertad" correspondía a la categoría de los *dediticios*,³⁵ creación de la *Lex Aelia Sentia*. No participan de ninguno de los privilegios que van anejos a la ciudadanía romana ni pueden vivir en la ciudad de Roma o cerca de ella.

Que el liberto era a menudo un fenómeno social desagradable, algo ridículo, como todo "parvenu", lo vemos claramente en las satíricas descripciones de Petronio; y el hecho de que un nacionalista, como Augusto, hijo de aristocrática familia romana, impusiera restricciones a la *manumissio* constituye una reacción muy comprensible.

Notemos que, en la época imperial, la omnipotencia del emperador permitía a éste, desde luego, convertir al liberto en un ciudadano *ingenuo*, mediante la concesión del "derecho al anillo de oro" —que dejaba intacto el conjunto de privilegios patronales —o, inclusive, en una forma más completa, por la *natalium restitutio* (otorgamiento del derecho de haber nacido libre), que suprimía los *iura patronatus*.

no había dejado a su patrón, cuando menos, la mitad de la herencia. A falta de testamento, los propios hijos excluían al patrón de todo derecho a la herencia.

³² Véase pág. 132.

³³ Véase LENEL, *Edictum Perpetuum*, 3ª ed., pág. 385 y siguientes. Estamos en presencia de la corrección judicial de una "lesión".

³⁴ Recordemos el "dualismo en el derecho romano".

³⁵ Además de estos *dediticii*, creados por la *Lex Aelia Sentia*, hubo una categoría de *dediticii*, productos del derecho internacional público; éstos eran ex-enemigos, vendidos por Roma, y ahora libres, pero carentes de todo derecho político. Su nacionalidad no fue reconocida por Roma: eran como apátridas. La *Constitutio Antoniniana* (véase el próximo párr.) no extiende sus beneficios a ellos.

El *filiusfamilias in mancipio* (temporalmente "vendido" por el *paterfamilias*) es libre, pero debe trabajar para la *domus* adquirente. Si ha sido entregado por su padre en virtud de un delito cometido, deberá trabajar hasta que haya liquidado el importe convenido. Un deudor *addictus*, aunque libre, tiene en la *domus* del acreedor una situación semejante.

66. EL STATUS CIVITATIS. El segundo requisito de la personalidad física era la ciudadanía romana. En el Nuevo Testamento³⁶ encontramos un elocuente testimonio de la importancia de esta ciudadanía para los habitantes de la región mediterránea.

Poco a poco se fue extendiendo dicha ciudadanía. Primero, a los habitantes no romanos de la región latina, que recibieron (desde aproximadamente 340 a. de J. C.) el *status* de *latini veteres*, muy parecido a la ciudadanía romana; luego, a los habitantes no latinos de Italia, que conquistaron la ciudadanía en la cruel "guerra de los aliados" (90-88 a. de J. C.); después, con concesiones individuales o colectivas a los provincianos, como cuando Vespasiano concedió la ciudadanía a los habitantes libres de España. Finalmente, por la *Constitutio Antoniniana*, Caracalla extendió en 212 la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio con exclusión de los *dediticios* y de los latinos junianos.

Esta *Constitutio* es mencionada por Ulpiano, y se halló, aunque en forma fragmentaria, en un papiro actualmente conservado en Giessen, publicado por primera vez en 1910.

La medida ciertamente no fue inspirada por la generosidad de Caracalla, cuya vida es una constante exhibición de todos los vicios imaginables, sino más bien resultado de consideraciones fiscales, puesto que permitía añadir a los impuestos especiales con que se gravaba a los provincianos, los impuestos que deberían pagar como ciudadanos romanos. Quizá tuvo también, como finalidad accesoria, la de unificar la administración de justicia en el imperio, suprimiendo los obstáculos que nacían del sistema de la personalidad de las leyes.

67. LOS PRIVILEGIOS COMPENDIDOS EN LA CIUDADANÍA ROMANA. Esta ciudadanía otorgaba tres privilegios de carácter privado (*connubium*, *commercium* y el acceso a las *legis actiones*) y tres de índole pública (*ius suffragii*, *ius honorum* y el derecho de servir en las legiones).

El *connubium* era el derecho de casarse en *iustae nuptiae* con todas las consecuencias del *ius civile*, entre las que figura la extensa patria potestad sobre los descendientes. Este privilegio fue concedido frecuentemente a grupos no romanos, pero no incluía la patria potestad romana, en tal caso.

El *commercium* era el derecho de realizar negocios jurídicos (*inter vivos* o *mortis causa*), con efectos previstos por el *ius civile*. Sin este *commercium*, por tanto, no podía hacerse un testamento que tuviera las consecuencias

³⁶ Hechos de los Apóstoles, XXII, 25-29.

jurídicas de un testamento romano, o celebrarse válidamente una *mancipatio*.

El derecho de recurrir a las *legis actiones* era, en realidad, de valor dudoso. Otorgaba la facultad de servirse del riguroso procedimiento quirritario para dar eficacia a derechos subjetivos, reconocidos por el *ius civile*. Sin embargo, este procedimiento tenía tantos inconvenientes que, durante las últimas generaciones anteriores a Jesucristo, los mismos ciudadanos preferían a menudo no servirse de él, acudiendo al más elástico "procedimiento formulario", que Roma ponía originalmente a disposición de los peregrinos que vivían en su territorio, y que, por su propia flexibilidad y popularidad, se extendía así, paulatinamente, a los romanos.

El *ius suffragii* es, desde luego, el derecho de votar en los comicios y en los *consilia plebis*.

El *ius honorum* era el derecho de ser elegido para una magistratura.

El derecho de servir en las legiones, finalmente, tenía gran importancia práctica, pues gracias a sus prestigiosos generales y centuriones, y también a causa de su notable disciplina, los ejércitos romanos triunfaban en la mayoría de las batallas, y el botín solía ser importante. En tales circunstancias, este derecho de servir en las legiones resultaba todavía más interesante para un buen soldado, por el hecho de que Roma estuvo casi constantemente en guerra con otros pueblos.

Todo esto cambió en la fase postclásica, cuando las autoridades romanas tuvieron que recurrir a los "bárbaros" para reclutar soldados.

68. LAS FUENTES DE LA CIUDADANÍA ROMANA Y SU PÉRDIDA. Las fuentes son las siguientes:

1. En primer lugar, se adquiría por el nacimiento. En caso de *iustae nuptiae*, los hijos seguían la condición jurídica general, y, por tanto, también la ciudadanía del padre. En caso de simple concubinato o de unión pasajera, los hijos seguían la condición de la madre. Este sencillo sistema se modificó en la fase final de la república. Desde entonces, el hijo seguía al padre aun en caso de un matrimonio "no justo" —como entre una romana y un peregrino—, con el extraño resultado de que para los hijos de una romana era mejor que el padre fuera un desconocido, que tener un padre peregrino casado con la madre en matrimonio "no justo".

2. También se adquiría la ciudadanía, mediante una *manumissio* solemne.

3. Además, la ciudadanía, individual o colectiva, podía obtenerse por concesión de los comicios (más tarde, del emperador). Tales concesiones podían ser:

a) Resultado de la buena voluntad de la autoridad romana correspondiente. En tiempos del imperio, era esencial obtener para tales naturalizaciones una recomendación de algún influyente, amigo del emperador.³⁷

³⁷ La correspondencia entre Plinio y Trajano muestra ejemplos de tales recomendaciones.

b) Una recompensa por ciertos servicios fijados en la ley.³⁸

4. Ciertos extranjeros, según tratados especiales, podían adquirir la ciudadanía por el simple hecho de establecerse en Roma.

Notemos aquí que la ciudadanía romana no se adquiriría por el hecho de nacer en territorio romano (fuente de ciudadanía conocida en el derecho de México) o por nacer en territorio romano en el seno de una familia extranjera que ya residiera allí desde hacía algunas generaciones (una variación de la fuente anterior, conocida en diversos derechos europeos). El *ius soli* (derecho de ciudadanía derivado del "suelo", o sea, del lugar de nacimiento), a pesar de su nombre latino, no es fuente de la ciudadanía romana, que sólo surge del *ius sanguinis* (de la sangre de los padres), de la *manumissio* o de la naturalización.

La ciudadanía se perdía por caída en esclavitud, por emigración y adquisición de otra ciudadanía y como consecuencia de ciertas penas.

69. FORMAS INTERMEDIAS ENTRE CIUDADANÍA Y EXTRANJERÍA. Al comparar el derecho romano con el anglosajón, muchos autores admiran en el sistema romanista la sencillez, las nítidas distinciones, la economía de conceptos.³⁹ Sin embargo, en algunas ocasiones, encontramos precisamente lo contrario, tropezando en el derecho romano con extensas gamas de conceptos entre un extremo y otro. Un ejemplo de esto lo encontramos en el tema de la ciudadanía romana.

A la cabeza de la escala que va de la ciudadanía plena hasta la extranjería plena, encontramos al ciudadano romano nacido como tal (*ingenuo*). Luego vienen los antiguos confederados del *Latium*, los *latini veteres*; sólo les falta, en Roma, el *ius honorum*, pero en la ya mencionada "guerra de los aliados", en tiempos de Sila, estos *latini veteres* ascienden y se convierten en ciudadanos romanos con plenitud de derechos.

En un escalón inferior encontramos al liberto, manumitido conforme al *ius civile*; sólo le falta el *ius honorum* y el *ius connubii*, limitándose desde Augusto esta última restricción al campo de las familias senatoriales.

Debajo de estos "libertos de mejor libertad" están los *latini coloniarii*, romanos que habían establecido una colonia en alguna parte de Italia, o, en tiempos imperiales, también fuera de Italia. Tenían el *commercium* y un limitado derecho de voto en Roma; además, muchos tenían el *connubium*. Para estos latinos colonarios, generalmente era fácil adquirir la ciudadanía romana, estableciéndose en Roma o prestando ciertos servicios. La guerra de los aliados convertía a los latinos colonarios de Italia en ciudadanos, y la *Constitutio Antoniniana* (212 d. de J. C.) hacía lo mismo con los latinos colonarios de otras partes del imperio.

³⁸ La denuncia de un funcionario romano por el delito de concusión; el matrimonio de un latino juniano con una romana y el subsecuente nacimiento de un hijo; la construcción de un barco; la importación de trigo en tiempos de escasez; la construcción de un molino por un latino juniano, etc.

³⁹ A este respecto, véase el capítulo V ("Simplicity") de los *Principles of Roman Law*, de Fritz Schulz, Oxford, 1936.

De condición todavía inferior eran los *latini iuniani*, ya que su *ius commercii* no incluía el derecho de hacer testamento o de recibir algo por testamento.

Luego llegamos a los *peregrinos*, que tenían el derecho de vivir en Roma y podían acudir al *praetor peregrinus*, magistrado romano, para dirimir sus controversias. Este funcionario aplicaba entonces el elástico y equitativo sistema formulario, muy superior al sistema de las *legis actiones*.

Con estos *peregrinos* hemos salido ya de las formas de la ciudadanía romana. Sin embargo, nuestra escala continúa hacia abajo. Allí encontramos a los *dediticios*, libertos que durante la esclavitud habían sufrido alguna pena infamante, y que no tenían siquiera el derecho de vivir dentro o cerca de Roma, como ya hemos señalado, aunque sí podían vivir en otras partes del enorme imperio romano, o ex-enemigos vencidos.

Ni aun este privilegio tenía la última categoría de la escala que estudiamos, o sea, los "bárbaros". Con este término los romanos designaban a los pueblos que vivían fuera de la región dominada por Roma, siempre y cuando no hubieran logrado organizarse en una sociedad civilizada, como una *polis* o un reino territorial gobernado desde una capital. Así, los sasánidas eran enemigos, pero no bárbaros, ya que habían alcanzado una organización política de nivel apreciable. En cambio, los germanos, que vivían dispersos en sus bosques y llanuras, en regiones en las que se podía viajar durante semanas, sin tener contacto con ningún vestigio de organización política, son auténticos bárbaros según el sentir popular romano.

En tiempos republicanos, los bárbaros que aparecieron en el territorio dominado por Roma entraban en un vacío jurídico. Pero, en tiempos imperiales la actitud hacia ellos se suaviza. Los emperadores descubren pronto las virtudes militares de estas razas jóvenes y su fidelidad a los superiores jerárquicos. Poco a poco, grupos de bárbaros son admitidos, y especialmente durante el Bajo Imperio, el ejército se "barbariza", como ya hemos visto. El romano se acostumbra a esta infiltración germánica en las altas funciones militares, e inclusive civiles, y, cuando, finalmente, poderosos bárbaros ocupan los supremos puestos gubernativos del Imperio occidental, después de 476, la población romana ve con indiferencia el cambio.

70. EL STATUS FAMILIAE. No bastaba con ser un ciudadano romano libre. La personalidad física requería todavía algo más: ser *sui iuris* y no *alieni iuris*.

Ya hemos visto que Roma estaba repartida en diversas *domus*. Cada monarquía doméstica tenía su jefe, su *paterfamilias*. Sólo él era *sui iuris*, independiente de alguna patria potestad; los demás miembros de la *domus* estaban sometidos a su poder, y participaban en la vida jurídica romana sólo a través del *paterfamilias*. Eran, por tanto, *alieni iuris*.

Estos romanos *alieni iuris* podían realizar actos jurídicos, pero su capacidad respectiva no era más que un reflejo de la capacidad del *paterfamilias* bajo cuyo régimen se encontraban. Por tanto, lo que adquirían, lo

adquirían para él. Además, el romano *alieni iuris*, por regla general —que admitía excepciones, como veremos— no podía tener propiedades y, respecto de las consecuencias de sus actos jurídicos, encontramos un régimen semejante al que ya hemos señalado en relación con los esclavos. Deberes nacidos de contratos celebrados en relación con el *peculio*, por instrucciones expresas del *paterfamilias*, o con resultado benéfico para éste, podían reclamarse del jefe de la *domus* (en el primer caso, hasta por el importe del *peculio*; y, en el tercero, hasta por el enriquecimiento obtenido).

En caso de un delito cometido por el romano *alieni iuris*, el *paterfamilias* en cuestión podía optar entre la indemnización o el "abandono noxal" que ya conocemos.⁴⁰

En vista de ello, la mayoría de los ciudadanos libres son, al mismo tiempo, *alieni iuris*, y en el derecho privado no gozan de plena personalidad. Sólo el ciudadano libre que al mismo tiempo dirija su propia *domus*, es *sui iuris* y puede actuar por propia cuenta en la vida jurídica. Obsérvese, por tanto, que la división *alieni iuris-sui iuris* no tiene nada que ver con la de "menor de edad"—"mayor de edad". Un menor puede ser *sui iuris*⁴¹ y, en cambio, muchos romanos *alieni iuris* son, al mismo tiempo, mayores de edad.

71. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD. Un ser humano libre, de nacionalidad romana y *sui iuris*, es una "persona", y tiene plena capacidad de goce en relación con su propio patrimonio. Por tanto, los atributos esenciales de la personalidad son:

a) *Capacidad de goce*. Nadie es "persona", si no tiene esta capacidad. En cambio, la de ejercicio no es esencial para una persona; infantes y dementes pueden ser personas, sin ser capaces del ejercicio de sus derechos, mientras que mujeres, impúberes, *furiosi* y pródigos tienen una limitada capacidad de ejercicio, que no afecta su calidad de persona, siempre y cuando reúnan los tres *status* necesarios para la personalidad física.

Tales personas carentes de capacidad de ejercicio, o que no la tienen en forma completa, necesitan entonces un tutor o un curador, según el caso, para que éstos ejerzan los derechos de ellas.

En cuanto a la capacidad de goce, no debemos pensar que toda persona la tenga con la misma plenitud. El derecho romano no era igualitario, de manera que, según la clase social, personas de familias senatoriales, simples patricios, *ingenui*, *liberti*, etc., tenían capacidades de goce ligeramente distintas, según la idea aristotélica de que lo desigual merece un tratamiento desigual.

Además, declaraciones oficiales —de censores o de jueces— sobre la reprochable conducta de alguna persona, podían influir en la capacidad de un ciudadano para ocupar puestos públicos, votar, desempeñar una tutela,

⁴⁰ Véase pág. 121.

⁴¹ En cuyo caso necesita una protección especial que puede tomar la forma de tutela o de curatela.

hacer un testamento, servir de testigo, etc. Son los casos de infamia, *turpitud* o ignominia, sanciones muy importantes en una sociedad integrada, e íntimamente unida a tradiciones y convencionalismos. También, desde el triunfo del Cristianismo, la adhesión a una religión distinta o a una secta no reconocida por la Iglesia podía causar ciertas incapacidades (en materia sucesoria, por ejemplo).

En cuanto a la capacidad de ejercicio, debemos señalar que ésta comienza normalmente con la pubertad. Sin embargo, en varias etapas se interpuso entre la plena incapacidad y la plena capacidad de ejercicio una zona intermedia, que termina con los veinticinco años, como veremos.

La capacidad penal de personas jóvenes la determina el discernimiento, juzgado en cada caso a la luz de las circunstancias individuales. La falta de discernimiento era, por tanto, una cuestión de hecho. Para diversas clases de delito se aplicaba, al respecto, un criterio distinto.⁴² Después de la pubertad, empero, se presumía la existencia de este discernimiento.

b) *Un patrimonio*. Este es el conjunto de *res corporales* (cosas tangibles), *res incorporales* (créditos y otras cosas intangibles) y deudas que corresponden a una persona.

Como regla general, cada persona tiene un patrimonio, y cada patrimonio pertenece a una persona. Sin embargo, hay excepciones. En la fundación, ya hemos encontrado un patrimonio que "pertenece a una finalidad"; y cuando estudiemos el derecho sucesorio, encontraremos la *separatio bonorum*, la cual tiene por consecuencia que, en interés de los acreedores, una persona insolvente que recibe una herencia, sea considerada como titular de dos patrimonios separados: el suyo propio y el que recibe por vía sucesoria. De esta manera, los acreedores al patrimonio sucesorio pueden ser pagados con los bienes hereditarios, sin que éstos desaparezcan en el pozo sin fondo de las deudas preexistentes del heredero. También la dote puede considerarse como un patrimonio del marido, que queda separado de su patrimonio fundamental.

Al lado de estos atributos esenciales, encontramos otros accidentales, que sirven para fines de identificación, y que no son exclusivos de auténticas "personas"; tales son el domicilio y el nombre.

El domicilio es el lugar donde una persona tiene el centro espacial de su existencia, "del cual no se separa si nada le obliga; y si está lejos del mismo parece estar en peregrinación, una peregrinación que sólo termina cuando regresa a ese lugar de origen", conforme a la poética definición de Diocleciano.⁴³

En el domicilio distinguimos las siguientes clases:

1. El domicilio de origen, que se adquiere por nacimiento. Así, los hijos nacidos de *iustae nuptiae* tienen su domicilio en el hogar del padre.

⁴² Véase T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad., Madrid, sin fecha. I. 83.

⁴³ C. 10. 40. 7; D. 50. 1. 27. 1.

2. El domicilio voluntario, al cual una persona traslada el centro de su vida, con la intención de que este cambio sea permanente (elementos objetivo y subjetivo: *corpus* y *animus*).

3. El domicilio legal, que no depende ni del nacimiento ni tampoco de la voluntad de una persona, sino de una disposición legal. Así, la mujer casada tiene su domicilio en el hogar del marido, aunque no viva allí, y los senadores lo tienen en Roma, aunque vivan en alguna hacienda fuera de la ciudad.⁴⁴

No sólo para la identificación de una persona, sino para otros fines, el domicilio es una importante figura jurídica. Tiene efectos fiscales, procesales,⁴⁵ y consecuencias en relación con los derechos políticos (pensemos en el *ius suffragii* en materia municipal).

El derecho romano admite que una persona pueda tener varios domicilios, por ser varios los centros de su actividad civil, comercial o privada, o también por tener un domicilio legal al lado de otro voluntario.

En cuanto al nombre, el romano tiene un *praenomen* y otro nombre gentilicio (*nomen*). Sin embargo, por la escasez de aquéllos y por la enorme cantidad de miembros con que cuentan algunas *gentes*, la facilidad de la identificación exigía que se añadiese todavía un *cognomen*, para cuya elección los padres daban rienda suelta a su fantasía, inspirándose a menudo en curiosos presagios, el aspecto del niño, etc. Por ejemplo, *Cicerón* es un *cognomen* y significa "chícharo", y se le aplicó a causa de una verruga en la nariz del famoso orador romano.

El esclavo, teniendo una personalidad refleja, derivada de la del amo, tiene también un nombre reflejo; y en el nombre del liberto encontramos la indicación del manumitente.

Teniendo en cuenta la finalidad del nombre (identificación), es evidente que nadie tiene "derecho de propiedad" respecto del mismo, y que el nombre queda completamente al margen del comercio, tema que ha dado lugar a sugestivas discusiones en la actualidad, pero que el derecho romano no conoció.

También, para poder corresponder a su finalidad de identificación, es necesario que el nombre sea inmutable: *nomina ossibus inhaerent* (los nombres van pegados al esqueleto), principio ajeno al *Corpus iuris*, frecuentemente violado por el legislador moderno.

Entre los demás derechos fundamentales de la persona, figura el derecho al respeto de su personalidad (véase, después, el tema de la *iniuria*), que implica la inviolabilidad del hogar y el derecho de trasladarse libremente (protegido por interdictos y severamente restringido en tiempos post-clásicos). El derecho romano no se ha ocupado del "derecho a la propia imagen" y niega la existencia de un derecho sobre el propio cuerpo. (D. 14.

⁴⁴ Véase artículo 32 del Código Civil.

⁴⁵ Ya que *actor sequitur forum rei* (el actor debe ajustarse a la jurisdicción que corresponde al demandado; C. 3. 19. 3).

2. 2. 2; D. 9. 2. 13 pr.), tema tan discutido en la actualidad. Además recordamos aquí los derechos cívicos, implícitos en la calidad de ciudadano.

72. PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD. La personalidad física se extinguía:

a) Por muerte.

b) Por incurrir en esclavitud. Por ejemplo, como consecuencia de un delito cometido por un ciudadano romano libre *sui iuris*; en tal caso hablamos de la *capitis deminutio maxima* (*caput* es aquí equivalente de persona).

c) Por pérdida de la ciudadanía (a causa de la adquisición de otra nacionalidad —ya que el derecho antiguo no reconoce la nacionalidad doble— o como consecuencia de un castigo impuesto). En este caso se habla de *capitis deminutio media*.

d) Por pérdida de la calidad de ser *sui iuris*, mediante sumisión a la patria potestad de otro *paterfamilias*, como sucede por la *adrogatio* que estudiaremos más adelante, o por medio de la *conventio in manum* de una mujer. En tal caso se habla de la *capitis deminutio minima*.

Las fuentes utilizan también este término, a veces, para un mero cambio de familia, por adopción, e inclusive para la conversión de un *alieni iuris* en *sui iuris*, por *emancipatio*. Tal terminología es incorrecta: *caput* significa “persona”, y estos dos últimos casos no causan, en manera alguna, una “disminución de la personalidad”.

Esta terminología tripartita de las *capitis deminutiones* es un producto didáctico de la fase clásica, pero ajena a los grandes jurisprudentes. La realidad era mucho más variada (cfr. la *infamia*, o la relativa incapacidad nacida de la legislación caducaria).

73. EPÍLOGO. Revisando, en forma sucinta, el sistema romano acerca de la persona, nos percatamos de las siguientes importantes diferencias en relación con el derecho moderno:

a) El mero hecho de ser un *homo sapiens* no bastaba para ser una “persona”, en el derecho romano.

b) El derecho romano no admitía, sino excepcionalmente, que los particulares formaran una persona colectiva, con fines privados.

c) El derecho romano reconoce la esclavitud y la reglamenta minuciosamente. Esta institución, así como la condición jurídica especial de diversas categorías de libertos, crea en el derecho romano una serie de problemas que en el nuestro ya no existen.

d) El derecho romano reserva a la ciudadanía romana un lugar de privilegio dentro del derecho privado. El derecho moderno es más generoso a este respecto.

e) El derecho romano no conoce la adquisición de la nacionalidad por el *ius soli*.

f) El derecho romano coloca una serie de figuras intermedias entre la plena ciudadanía del *ingenuo* y la absoluta falta de ciudadanía del bárbaro.

g) Además de la distinción “mayor de edad-menor de edad”, el derecho romano establece una importante división entre los *sui iuris* y los *alieni iuris*.

h) Por la existencia de la esclavitud y de los *alieni iuris*, el derecho romano necesita una complicada teoría de las *actiones adjectivae qualitatis* para determinar en qué casos los actos del esclavo o *filiusfamilias* obligan al respectivo *paterfamilias*.

i) Por la complicada estructura de la personalidad romana, ésta no sólo se extingue por la muerte natural o sus equivalentes —como ausencia declarada—, según sucede en México, sino también por la pérdida de cualquiera de los tres *status*, lo cual da lugar a las tres *deminutiones capitis*.

Esta lista incompleta demuestra que, en esta materia, son muchas y esenciales las diferencias entre el derecho romano y el moderno.

Por otra parte, se encuentran también fácilmente numerosas concordancias. Entre ellas, queremos destacar:

a) El concepto de persona, como conjunto de calidades jurídicamente relevantes.

b) El concepto de persona colectiva y la regla de que “lo que se debe a la persona colectiva, no se debe a sus miembros”.

c) El concepto de la fundación, como patrimonio afectado a un fin.

d) La ficción de que el niño concebido es considerado como persona, siempre que posteriormente nazca viable.

e) El principio de la sociedad de responsabilidad limitada, que se esboza en el sistema de los peculios.

f) La transmisión de la nacionalidad por el *ius sanguinis*, fundándose en la nacionalidad del padre o de la madre, si aquél es desconocido; y el principio de naturalización como libre concesión de la nacionalidad por parte de las autoridades, o como recompensa de servicios, al igual que en la moderna naturalización privilegiada.

g) Los conceptos de domicilio y de patrimonio.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ROMANO PROCESAL CIVIL¹

74. OBSERVACIONES GENERALES. En los sistemas neo-romanistas, el sistema procesal se pliega a las necesidades del derecho sustantivo. Donde hay una facultad jurídica individual, casi siempre se concede una acción para darle eficacia, en caso de necesidad. En el sistema romano clásico, en cambio, el derecho procesal es primordial; a menudo es precisamente a través de la creación de nuevas medidas procesales como nacen nuevas facultades jurídicas individuales, y es mediante el análisis del perfil de ciertas acciones como los clásicos dieron su perfil a determinados derechos subjetivos; así, no discutieron qué es exactamente "dolo", sino cuándo procede la *actio doli*, la "acción por dolo". "El derecho romano no es un sistema de derechos subjetivos, sino de acciones" (Riccobono). Quizá es mejor decir con Kaser que los romanos nunca aislaron el derecho procesal del derecho sustantivo, y estudiaron éste y aquél como una unidad.²

Por esta razón, después del análisis de ciertos conceptos generales, y del tema central de la "personalidad", conviene conocer ahora el sistema romano procesal civil.

Existen centenares de normas que determinan qué facultades sustantivas concedía el derecho romano al particular en sus relaciones con otros. En este capítulo, empero, estudiaremos algunos problemas que, a veces, nacen de la circunstancia de que la eficacia de nuestras facultades jurídicas requiere cierto comportamiento positivo o negativo por parte de otras personas. A este respecto, debemos distinguir las dos posibilidades siguientes:

1. Puede ser que mi derecho sólo sea eficaz en caso de colaborar otra persona, y que su actitud negativa me impida ejercer mi facultad jurídica.

¹ En los cursos de derecho romano, ofrecidos en las Facultades de Derecho de los países neorromanistas, habitualmente no se explica el proceso administrativo, ni tampoco el penal. (Sin embargo, en el sistema interdictal hallamos instituciones que se encuentran en una zona gris entre el procedimiento administrativo y el civil, y, además, la línea divisoria entre los derechos civil y penal, trazada por el derecho romano, no coincide con la actual, de modo que los "delitos privados", que pronto conoceremos, recibían un tratamiento procesal-civil.)

También queda fuera de nuestra consideración el procedimiento seguido ante los tribunales episcopales, aunque sus laudos arbitrales, frecuentemente relativos a asuntos civiles, en tiempos postclásicos podían ser ejecutados con ayuda de la fuerza pública.

² MAX KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, págs. 9-10.

2. También puede ser que no necesite el comportamiento positivo de nadie para ejercer mis facultades jurídicas, pero que la eficacia de mis derechos exija que no intervengan terceros en mi esfera jurídica.

El primer caso se refiere a derechos subjetivos personales; y el segundo, a derechos subjetivos reales.

Si los demás no realizan los actos positivos o no observan la conducta negativa que necesito para la eficacia de mis derechos, puedo intentar su realización mediante la violencia, en forma ofensiva o defensiva. Sin embargo, ya Augusto sancionaba penalmente la "justicia por propia mano" y Marco Aurelio añadía a la sanción penal otra civil: la pérdida del derecho cuya eficacia hubiera alguien tratado de imponer violentamente. De entonces a ahora, el recurso a la violencia se tolera únicamente en situaciones excepcionales, como en el caso de legítima defensa —donde se permite *vi vim repellere* (contestar violentamente a la violencia), de acuerdo con un adagio derivado de D. 9. 2. 45. 4—, y aun en este caso, la defensa debe emplear medios proporcionados al interés amenazado, como resulta de C. 8. 4. 1, que requería cierta *moderatio* en la legítima defensa. Otro ejemplo es el derecho de retención, otorgado en algunos casos. En supuestos todavía más raros, el derecho justiniano admitía también la justicia por propia mano en forma *ofensiva*, como cuando un acreedor persigue a un deudor que huyó para burlar a sus acreedores, lo encuentra durante su huida y le arrebató el dinero que le debía. En tal caso, el debido recurso a las autoridades locales haría perder tiempo y permitiría al deudor desaparecer, quizá definitivamente, por lo cual, en vista del *periculum in mora* (peligro en la tardanza), D. 42. 8. 10. 16 parece aprobar la actitud del acreedor.

Otras concesiones a la justicia por propia mano son: el principio de que los interdictos para recuperar la posesión son ineficaces en contra de una persona originalmente desposeída por el ahora despojado; la facultad de cortar ramas de un árbol vecino que crecen sobre mi fundo; la *pignoris capio*.

Fuera de tales excepciones, quien se encuentre impedido por otros de ejercer sus derechos, debe recurrir a organismos oficiales, especialmente instituidos para "administrar justicia", y que paulatinamente se han desarrollado a partir de orígenes consuetudinarios y religiosos.³

El derecho de acudir a estos organismos se llama *derecho de acción*. El camino que va desde la acción a la sentencia y su ejecución es el *proceso*; y el conjunto de formalidades que se deben observar durante el mismo es el *procedimiento*. Esta terminología, empero, no es fielmente observada, ni en la teoría, ni tampoco en la práctica, antigua o moderna; y así encontramos que muchos libros de texto de derecho romano se sirven del nombre de *acciones* para designar esta parte del curso, en vez de llamarla *derecho procesal civil*. Mencionemos, de paso, que la tradición

³ Cfr. el art. 17 de la Constitución Mexicana.

de usar el título de *acciones* arranca de la *Instituta* de Gayo, que trata del derecho procesal en el cuarto y último libro, *De actionibus*. También otros aspectos de la confusión terminológica que acabamos de señalar tienen sus raíces en el derecho romano. En la famosa cita de Celso: *nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*⁴ (la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir, mediante un proceso, lo que le deben a uno), se distingue correctamente entre acción y proceso (*iudicium*); pero, en otros casos, se utilizaba el término *actio* en el sentido de *iudicium*, confundiendo los conceptos de acción y proceso.

Las diversas posibilidades de interpretación del concepto de acción dieron lugar a la famosa polémica Windscheid-Muther (1856/7), sobre el carácter de la *actio*, considerada por Windscheid como un aspecto del derecho sustantivo mismo, que normalmente pasa desapercibido pero que se despierta en condiciones jurídico-patológicas, mientras que Muther ya propone la idea moderna de que el derecho de acción es autónomo.

75. LAS FASES HISTÓRICAS DEL SISTEMA PROCESAL ROMANO. Este sistema ha pasado por tres fases: la de las *legis actiones*, la del proceso formulario y la del proceso *extra ordinem*.

En las dos primeras fases —que unimos bajo el término del *ordo iudiciorum*—, encontramos una peculiar separación del proceso en dos “instancias”. La primera se desarrollaba ante un magistrado y se llamaba *in iure*; la segunda, ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un “juez privado” y se llamaba *in iudicio*, o mejor, *apud iudicem* (delante del juez).

En la primera instancia, se determinaba la constelación jurídica del caso; en la segunda, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después de lo cual, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia.

Jhering compara este sistema con el de cajas públicas, provistas de dos llaves distintas, distribuidas entre dos funcionarios. Ni el *iudex* sin el pretor, ni éste sin el *iudex*, podían llegar al resultado de una *sententia*. Sin embargo, durante la fase del sistema formulario, el pretor, con creciente frecuencia, comenzó a investigar y a decidir algunos pleitos personalmente, sin recurrir al *iudex*, preparando así el camino al sistema extraordinario, la última de las citadas fases.

En este período del *ordo iudiciorum* encontramos una transición entre la justicia privada y la pública. La intervención de la autoridad pública se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje de un *iudex privatus* y, en el período formulario, a vigilar que se planteara correctamente el problema jurídico ante este árbitro, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que debería dictar, se-

⁴ D. 44. 7. 51. La definición es incompleta: no comprende la defensa de los derechos reales (para la diferencia entre lo que alguien nos debe y lo que nos pertenece, véase pág. 163).

gún el resultado de su investigación de los hechos. Además, siempre que el vencedor lo solicitaba, el Estado intervenía para dar eficacia a la sentencia, si el vencido no obedecía voluntariamente.

Ya no estamos en la fase de la justicia por propia mano. Ya interviene la autoridad pública, en la persona del magistrado, pero el papel de éste se limita originalmente a “asegurar que las partes recurran al arbitraje y que la cuestión a resolver por el juez privado sea planteada correctamente”.⁵

Especialmente Wlassak, el finado catedrático austriaco, puso en claro el espíritu del *ordo iudiciorum*, interpretándolo a la luz del arbitraje.

Mencionemos, empero, que el derecho romano conocía, al lado de este procedimiento oficial, otro “arbitraje” completamente privado, en el cual las partes, sin recurrir a ningún magistrado, se ponían de acuerdo, entre sí, y además con un árbitro, para que éste resolviera la controversia surgida entre ellos. El derecho romano trataba este arbitraje en forma muy favorable, como resulta de lo que diremos acerca del *receptum arbitri* (un pacto pretorio) y del *compromissum arbitri* (un pacto legítimo):⁶ el deber de someter a arbitraje determinados conflictos y la obligación de actuar como árbitro podían nacer de simples arreglos informales, que no necesitaban la forma severa de verdaderos “contratos”.

Observemos también que la jurisdicción eclesiástica recorrió, en la antigüedad, un camino que va del arbitraje privado a la jurisdicción pública. En los primeros siglos de nuestra era, los cristianos tenían la costumbre de someter sus pleitos a los obispos, por vía de arbitraje. A medida que el cristianismo fue adquiriendo fuerza, el carácter de la intervención episcopal cambió, llegándose al extremo de que cualquier parte, sin el consentimiento del adversario, podía someter un pleito al tribunal episcopal, según la primera *constitutio Sirmondiana*, cuya autenticidad se presta a controversia. Finalmente, se limitó la competencia de los tribunales episcopales a cuestiones canónicas, en la Edad Media, dándose, empero, una extensión excesiva al concepto de “cuestiones canónicas”, y comprendiéndose en ellas todo lo referente a los intereses de viudas, huérfanos, cruzados ausentes, delitos de clérigos, asuntos sucesorios, legitimidad, problemas jurídicos alrededor del matrimonio, contratos confirmados por juramento, etc. Desde el Renacimiento, sin embargo, el Estado recuperó estas materias para sus propios tribunales.

En el procedimiento oficial romano, el papel estatal quedaba reducido a un mínimo, aunque muy importante. En la actualidad, una persona puede iniciar un proceso, aun cuando de antemano resulte seguro que no tenga razón y que perderá. En la fase del *ordo iudiciorum*, en cambio, nadie tenía acceso al *iudex*, sin haber obtenido una autorización previa del magistrado. En la fase preclásica, éste daba el permiso necesario (*ac-*

⁵ V. ARANGIO RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, 1945, página 13.

⁶ Véase el párrafo 185.

tionem dare), si la reclamación correspondía a alguna norma consagrada por las XII Tablas; más tarde, bajo el sistema formulario daba el permiso:

a) En los casos previstos, en forma general, en su *album* anual.

b) Fuera de tales casos, cuando opinaba que el actor obraba de buena fe y podía tener razón.

En cambio, si ni el *album* ni el sentido de justicia del pretor obligaban a conceder una acción, éste tenía libertad para denegarla (*denegare actionem*).

La citada bipartición del proceso, característica del *ordo iudiciorum*, daba lugar a la distinción entre los dos conceptos de *iurisdictio* y *iudicatio*.

La *iurisdictio*⁷ del magistrado era la facultad de conceder o denegar una *actio*, es decir, de permitir o prohibir el acceso al arbitraje de jueces privados. En cambio, la *iudicatio* del *iudex* era la facultad de dictar sentencia.

La *iurisdictio* quedaba sujeta a requisitos especiales en cuanto a territorio, la materia (por ej., hubo pretores especiales para diversas clases de controversias), la cuantía (en el sistema extraordinario) y el grado (desde la introducción de la *appellatio*), requisitos, por lo tanto, que determinan la "competencia".

Además de la *iurisdictio*, el magistrado disponía del *imperium*, que le otorgaba facultades discrecionales que le permitían denegar acciones o excepciones; imponer *stipulationes* a las partes; conceder la posesión provisional del objeto litigioso a cualquiera de las partes, etc. Cuando estudiemos las medidas previstas por el derecho romano contra los litigantes temerarios, encontraremos claras manifestaciones de este *imperium*.

Los términos *cognitio* y, más aún, *notio* son vagos y poco técnicos; significan el conocimiento del litigio, sea por el magistrado, sea por el *iudex*.

Ni los magistrados ni los jueces eran, necesariamente, juristas. Se les exigían tres cosas: honradez, sentido común y buena voluntad para dejarse orientar por jurisconsultos, sin que los jueces estuvieran obligados a seguir estrictamente las indicaciones respectivas.

El período del *ordo iudiciorum* comprendía, por tanto, dos fases: la de las *legis actiones* y la del sistema formulario. En la época postclásica se inició una tercera fase, la del procedimiento extraordinario, en el cual la citada bipartición desapareció; ya no se recurría, sino excepcionalmente, a jueces privados; por regla general, el magistrado investigaba los hechos y dictaba él mismo la sentencia.

76. MAGISTRADOS Y JUECES. Como magistrados encargados de la administración de la justicia en la primera fase de los procesos (*in iure*), encontramos, después de la caída de la monarquía, los cónsules que en aquella primera época de la república se llamaban *praetores*. Como los

⁷ Importante para la terminología procesal es una cita de Marciano, D. 1. 16. 2 pr., donde se hace la distinción entre la *iurisdictio contentiosa* y la *voluntaria*.

cónsules se encontraban muy frecuentemente fuera de Roma, por las continuas guerras, en 367 a. de J. C. se nombró un tercer cónsul, de autoridad inferior a los otros dos, que no podía ausentarse de la *Urbs*: de ahí el término de *praetor urbanus*. Administraba justicia a personas provistas del acceso a las *legis actiones*, uno de los privilegios que componían la ciudadanía romana, pero que podía concederse también a algunos extranjeros. Para litigios entre romanos y extranjeros que no tuvieran este derecho, o entre extranjeros entre sí, se creó en 242 a. de J. C. una nueva función, la de *praetor peregrinus*.

Este magistrado adoptó el más elástico "sistema formulario", llegándose así a la anomalía de que los extranjeros dentro de Roma recibieran de funcionarios romanos una justicia más equitativa y menos formalista que la que estuvo a disposición de los mismos romanos, anomalía que terminó con la *Lex Aebutia* (entre 150 y 130 a. de J. C.), la cual concedió a los romanos la opción entre el sistema formulario y el antiguo sistema de las *legis actiones*.

La cantidad de pretores aumentó continuamente, observándose cierta división de labores entre ellos (*praetor fideicommissarius*, *praetor tutelaris*, etc.). También había ediles, para la administración de justicia en los mercados; en las provincias, las funciones jurisdiccionales correspondían a los gobernadores y magistrados municipales.

La importancia de la actividad de estos magistrados en la creación del derecho ya se ha mencionado. El derecho honorario a ellos se debe. En esta importante rama del derecho clásico, el pretor, sin ser legislador, supo modificar la práctica jurídica y el sistema romano sustantivo, por medio de medidas procesales. Que esto haya sido posible, se explica por la primacía de lo procesal en el pensamiento jurídico romano. En vez de preguntarse: ¿qué deber jurídico tiene Tito?, se preguntaba: *qua actione tenetur?* (¿con qué acción podemos corregir esta situación?). Su pensamiento jurídico estaba más influido por el sistema de acciones y excepciones que el de nuestro tiempo; se acercaba a cada problema jurídico preguntándose: ¿con qué instrumentos procesales podremos atacar esta situación? Dentro de tal ambiente, era natural que, con frecuencia, la creación del derecho sustantivo se hiciera mediante la instauración de nuevas figuras procesales; sobre todo, por medio de innovaciones hechas por el pretor.

Desde el comienzo del imperio, surgió, paralelamente a la justicia pretoria, la impresionante estructura de la justicia imperial, severamente jerarquizada y culminando en el emperador o el prefecto del pretorio, mano derecha del emperador en asuntos jurídicos.

En esta fase de la extraordinaria *cognitio*, la división en dos instancias desapareció; la *iurisdictio* y la *iudicatio* comenzaron a fundirse, anunciándose, por tanto, el sistema moderno. Durante algún tiempo, los magistrados imperiales todavía solían delegar la *iudicatio* en jueces privados (*iudices pedanei*), aunque no tenían la obligación de hacerlo. Pero, poco a poco,

se acostumbraron a investigar los hechos y dictar sentencias, sin recurrir ya a tales delegaciones.

Después de especificar quiénes eran los magistrados, debemos hacer lo mismo respecto de los jueces,⁸ mandatarios, simultáneamente, de los magistrados y de las partes.

Si hubieran sido únicamente mandatarios de los magistrados, se estaría en presencia de los "jueces delegados" que encontramos a veces en la fase extraordinaria; y si hubieran sido únicamente mandatarios de las partes, se trataría de un arbitraje privado.

La fase *apud iudicem* podía desarrollarse ante tribunales permanentes y particulares. Así encontramos el tribunal de los *centumviri* (para pleitos sobre propiedad o herencias) o de los *decemviri* (para procesos sobre la libertad o la ciudadanía).

Para pleitos entre peregrinos y romanos, se solía nombrar un jurado *ad hoc*, compuesto de romanos y extranjeros: el tribunal de los *recuperatores*.

Para los demás litigios, el magistrado solía designar a un solo juez privado, algún honorable ciudadano, a veces con cierta experiencia en la materia del pleito en cuestión.

En el curso de la fase republicana, se estableció la costumbre de escoger al *iudex privatus* de una lista oficial, el *album iudicum selectorum* (álbum de los jueces escogidos).

Con frecuencia, la elaboración de esta lista fue causa de controversias políticas. Antes de los Gracos, únicamente figuraban en ella senadores. Después, por las conquistas de los demócratas, ningún senador podía formar parte de estas listas. Cuando Sila restableció el poder senatorial, se formaron de nuevo, predominantemente, con senadores, y, finalmente, en 70 a. de J. C., la ley fijó cómo los jueces debían repartirse, en forma igualitaria, entre la clase senatorial y la de los *equites*.

A causa de la diferencia existente en la terminología moderna, queremos insistir en lo siguiente: para los romanos, *magistrado* era todo funcionario superior. El pretor era sólo un magistrado entre muchos. En cambio —como hemos visto—, el *iudex* era —durante las primeras dos etapas de la historia procesal romana— un simple particular. Para el derecho antiguo, por tanto, magistrado y juez no son sinónimos.

En la tercera fase de esta historia, los dos conceptos se acercan: al suprimir los jueces privados, un magistrado absorbía la función del *iudex*. Sin embargo, se continuaba aplicando el término *magistrado* también a altos funcionarios que no pertenecían al poder judicial, costumbre que sobrevive aún en la actualidad; por ejemplo, cuando hablamos del Presidente de la República como del "primer magistrado".

⁸ Las fuentes favorecen el término *iudex* cuando éste ha de declarar que una de las partes tiene toda la razón, y la otra no. Cuando el juez recibe la facultad de dictar sentencias intermedias, otorgando algo a ambas partes, se prefería el término *arbiter*.

77. LAS LEGIS ACCIONES. Gayo nos transmite, en las *Instituciones*, algunos datos sobre las cinco *legis acciones*, es decir, sobre los "medios de poner en actividad el contenido de la ley", y la "ley" equivale, en este caso, sobre todo, a las XII Tablas. Gracias a él y a unos pasajes de Cicerón y de Valerio Probo, podemos reconstruir esta primera época de la historia del procedimiento romano, cuyo sistema se remonta a tiempos predecimvirales.

Como las *legis acciones* ya no existían en tiempo de Justiniano, el *Corpus iuris* no nos informa sobre este tema.

Por desgracia, precisamente las páginas del manuscrito de Verona de las *Instituciones* de Gayo, referentes a esta materia, estaban bastante mutiladas, y los romanistas encontraron aquí un amplio campo para hipótesis y afirmaciones basadas, parcialmente, en la fantasía. De ahí que los antiguos libros de derecho romano no coincidieran al tratar este tema. Mucho cambió la situación en 1933, cuando Arangio-Ruiz y su alumna, la señora Norsa, publicaron nuevos fragmentos de las *Instituciones*, encontrados en Egipto, que precisamente completan en gran parte las páginas del texto de Verona referente a las *legis acciones*. En un instante, numerosas hipótesis desaparecieron del terreno científico.

Arangio Ruiz define estas *legis acciones* como declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba, generalmente ante el magistrado (afirmación que sufre una excepción, tratándose de la *pignoris capio*, como veremos), con el fin de proclamar un derecho que se le discutía (en caso de las tres *legis acciones* referentes a la determinación de los derechos) o de realizar un derecho previamente reconocido (tratándose de las dos *legis acciones* referentes a la ejecución).

Este autor opina, además, que los términos de *actio* y de *agere* tenían, en conexión con esto, el sentido de "representación de una ficción dramática" y de "actuar como en el teatro", algo que, de ser correcto, correspondería a lo que ya hemos apuntado sobre el carácter "plástico" del derecho preclásico.⁹

Sabemos que hubo cinco *legis acciones*. También sabemos que eran excesivamente formalistas: un pequeño error, una tentativa de adaptar mejor la fórmula tradicional al caso concreto, y el proceso ya estaba perdido.¹⁰ Las severas fórmulas que debían utilizarse, iban, a su vez, íntimamente ligadas a los textos de las leyes (sobre todo, a las XII Tablas) en que el actor fundaba su pretensión, lo cual trasplantaba al proceso civil el carácter fragmentario que distinguía la antigua legislación. Como dice Jhering, el magistrado no ofrecía el artículo "protección jurídica en general", sino únicamente un surtido limitado de algunas especies de protección jurídica para casos particulares, expresamente previstos por la ley. Fuera

⁹ V. ARANGIO RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, 1945, página 17.

¹⁰ La sustitución de la palabra "árbol" utilizada por la ley, por "vid", que correspondía mejor a los hechos del caso, hizo perder un proceso en un caso que GAYO nos trasmite.

de ellos, el procedimiento de las *legis actiones*, por su completa dependencia de los textos del *ius civile*, no ofrecía solución. *Nulla actio sine lege!*¹¹ (no hay acción sin base en la ley).

En el proceso de las *legis actiones*, cada parte tenía que recitar toda una letanía, rigurosamente prefijada. En el teatro de la justicia, los papeles estaban exactamente prescritos, y el actor que representara mal su papel en el foro, era sancionado con la pérdida del proceso y, además, del posible derecho cuya eficacia había tratado de obtener mediante su actuación procesal. Inútil es decir que este rigor formalista iba íntimamente ligado a los conceptos mágicos y religiosos que antaño dominaban la vida jurídica. También el *sacramentum*, que mencionaremos en seguida, tenía un marcado sabor religioso, y en la *manuum conseritio* debemos ver, probablemente, un eco del duelo judicial, comparable con el "juicio de Dios" medieval.

El conocimiento de las fórmulas exactas que se utilizaban en las *legis actiones*, era quizás un monopolio sacerdotal hasta la famosa "indiscreción de Cneo Flavio".¹² Sin embargo, no se comprende muy bien cómo fue posible que el público no se hubiera enterado, mucho antes, del texto exacto de unas cuantas fórmulas repetidas, generación tras generación, en procesos a los que asistía el pueblo en general.

78. LA LEGIS ACTIO SACRAMENTO (LA APUESTA SACRAMENTAL). Esta *legis actio*, que figura en las XII Tablas, servía para hacer reconocer derechos reales y personales. Sin embargo, el procedimiento era distinto, según se tratara de la defensa de la propiedad (o uno de sus desmembramientos) o de un derecho de crédito. Para el primer supuesto, conocemos los detalles en forma bastante completa, gracias a Gayo.¹³ Para la acción personal, el texto de Gayo tiene todavía lagunas notables.¹⁴ Apuntemos, de paso, que el hecho de que los romanos ya hubieran establecido, en la primitiva época de las *legis actiones*, una distinción entre acciones reales y personales es ciertamente un mérito.

El procedimiento comenzaba por la notificación, la *in ius vocatio*, que era un acto privado; si el demandado se negaba a presentarse inmediatamente ante el magistrado y no ofrecía un fiador para garantizar su futura presentación, el actor podía llamar testigos y llevar, por la fuerza, al demandado ante el pretor.

Obsérvese que, en aquellos tiempos, el actor era todavía un hombre que verdaderamente "actuaba", no el "quejoso" del derecho moderno que viene a lamentarse ante la "mamá justicia" para que ésta intervenga en favor de él.

Si el demandado era viejo o estaba enfermo, el actor tenía que poner a su disposición medios de transporte, dice la primera de las XII Tablas

¹¹ JHERING, *Espíritu*, II. 2. 637.

¹² Véase el párrafo 24.

¹³ IV. 12.

¹⁴ IV. 14 y siguientes.

bondadosamente, y precisa: "pero no es necesario que sea un carro provisto de cojines".

Una vez ante el magistrado, el procedimiento era ligeramente distinto, según se tratara de un pleito sobre derechos reales o personales. En el primer caso, el actor debía tocar el objeto del pleito con una varita, declarando que le pertenecía a él (*rei vindicatio*), después de lo cual el demandado tocaba el mismo objeto, afirmando que era de su propiedad (*contra vindicatio*).

Obsérvese que *ambas* partes debían afirmar su derecho de propiedad. Por el todavía débil desarrollo de la institución de la posesión en esta época preclásica, no encontramos aún el principio de que el poseedor puede continuar poseyendo hasta que alguien compruebe su derecho de propiedad sobre el objeto en cuestión. Más tarde, en la *rei vindicatio* clásica y moderna, el actor debía comprobar su derecho de propiedad, mientras que el demandado continuaría siendo el poseedor, si el actor no lograba fundar su derecho en pruebas convincentes.

Tratándose de un objeto inmueble, las partes traían al magistrado una parte del mismo (una teja de una casa, un terrón de un fundo).¹⁵ Según Cicerón, sucedía también que el pretor ordenaba a las partes que hicieran un viaje simbólico —hasta la puerta de la oficina del magistrado—, de unos pocos segundos, lo cual indicaba que originalmente el procedimiento *in iure* debía realizarse en el terreno que era objeto del litigio.

Luego seguía un combate simulado —quizá recuerdo del duelo judicial, uno de los juicios de Dios, como ya hemos dicho—, la *manuum conseritio*, en la cual intervenía inmediatamente el pretor, ordenando a ambas partes entregarle el objeto litigioso. Después, el actor y el demandado apostaban quinientos ases (si el objeto tenía un valor superior a mil ases) o cincuenta ases (si se trataba de un litigio sobre la libertad —curioso rasgo humanitario en el derecho preclásico— o si el objeto tenía un valor inferior a mil ases) declarando que abandonarían el importe de este depósito a favor del templo —más tarde, a favor del erario—, en caso de no comprobar sus afirmaciones. Las partes debían depositar el importe de la apuesta u ofrecer a un fiador solvente, el *praedes sacramenti*.

Originalmente, ambas partes afirmaban tener la razón, bajo la sanción de perder la protección divina en contra de los demonios o sea de convertirse en *sacer* (de manera que perderían el eventual duelo judicial). Más tarde, el *sacramentum* era probablemente el precio ofrecido a los dioses por no convertirse en *sacer* a pesar de no haber tenido la razón.

¹⁵ Esta presencia de la teja o del terrón en la oficina del pretor es un ejemplo típico de la tendencia plástica del derecho preclásico, un derecho cuajado de actos simbólicos que quizá merecen algo más que nuestra despectiva sonrisa, ya que introducen en los importantes actos jurídicos un espíritu de orden y de solemnidad. Véase JHERING, *Espíritu*, II. 2. 508. Aunque las formas pierden paulatinamente gran parte de su sentido original, con frecuencia son valiosas como una exteriorización del principio de continuidad en materia social, "uno de los primeros derechos del ciudadano", según Ortega y Gasset. Mencionemos, al respecto, la subconsciente sabiduría del pueblo inglés.

En cuanto al significado económico de las mencionadas cantidades, notemos que las comparaciones entre el valor adquisitivo de una moneda utilizada en lo pasado y el correspondiente valor de otra moneda actual nunca pueden basarse en consideraciones muy firmes. En primer lugar, el valor de cada moneda antigua ha variado en el curso de su existencia. En segundo lugar, el cambio de los patrones de consumo en el transcurso del tiempo introduce mucha incertidumbre en los cálculos respectivos. Tomando como punto de partida el precio del pan, se encontraría, por ejemplo, un resultado muy distinto del que resultaría de un cálculo basado en las rentas. De acuerdo con el segundo apéndice del *Mundo de los Césares*, de T. Mommsen, un as tendría un valor comparable a veinte centavos en moneda mexicana, mientras que un sestercio llegaría a unos cincuenta centavos.

El pretor concedía luego la posesión provisional del objeto a cualquiera de las partes, dando preferencia a la que ofreciera mejor fianza para garantizar la devolución del objeto y la entrega de los frutos, en caso de perder el juicio. El fiador respectivo era el *praedes litis et vindiciarum*. Debía garantizar la entrega, no sólo del objeto litigioso mismo, sino inclusive de los frutos que, entre tanto, hubiera producido y de sus accesorios.

Originalmente, el pretor nombraba luego a un *iudex*; pero una *Lex Pinaria*, de fecha desconocida, pospone este nombramiento cada vez por treinta días, para ofrecer a las partes una oportunidad de arreglarse extrajudicialmente.

El último acto de esta audiencia era la *litis contestatio*. Esta no era la "contestación de la demanda", sino el acto por el cual se invitaba a los testigos presentes a que fijaran bien en su memoria los detalles de lo que había sucedido *in iure*. Estos *testes* eran necesarios, por tratarse de un procedimiento rigurosamente oral, en el que no se utilizaban escritos para hacer constar los detalles del proceso.

Durante la segunda audiencia, es decir treinta días después, el pretor notificaba a las partes el nombramiento de su *iudex*. Luego, tres días después, o sea, en el *comperendinus dies*, solía comenzar, ante este juez, el procedimiento probatorio. Después de éste y de los alegatos, el juez dictaba una *sententia* (literalmente: opinión), declarando quién había perdido la apuesta. Así, en forma indirecta, constaba quién había tenido la razón en la controversia de que se trataba.

79. **POSTULATIO IUDICIS Y CONDICTIO.** La *legis actio sacramento* era la más general. Servía siempre para determinar derechos, tanto reales como personales. Sin embargo, tenía la desventaja de que una de las partes no sólo perdía el proceso, sino también una apuesta (que no favorecía a la parte contraria, sino al templo, y, después, al erario).

Al lado de esta *legis actio sacramento*, surgen dos *legis actiones* más, para casos especiales, que son las siguientes:

1. La *iudicis arbitrive postulatio* (la petición de un juez o árbitro). En esta *legis actio*, también conocida ya en tiempos de las XII Tablas, pero de creación más reciente que la anterior, las partes se limitaban a pedir al magistrado que les designara un juez, sin que se celebraran apuestas procesales. Encontramos esta *legis actio* en dos casos:

a) Cuando no se trataba de una decisión afirmativa o negativa, respecto del derecho que el actor pretendía tener, sino de la división de una copropiedad o herencia, del deslinde de unos terrenos (en cuyos casos tres jueces —o *arbitri*— fueron habitualmente designados) o de la fijación del importe de daños y perjuicios.¹⁶

b) Cuando se trataba de la determinación de derechos y obligaciones nacidos por *stipulatio*.

El primer caso es lógico. Como no se trataba de saber si el actor tenía razón, o no, no era justo condenar a una de las partes a perder una apuesta. El segundo caso era sorprendente, y de origen, probablemente, posterior al primer caso. Como la *stipulatio* constituía una fuente tan importante de derechos personales, se puede concluir que, en la práctica, la *legis actio sacramento*, sobre todo, subsistía para acciones reales que no fueran divisorias y para las personales basadas en delitos. Parece que, para la conciencia jurídica de entonces, sólo en estos casos parecía justo castigar al vencido con la pérdida de una apuesta.

2. La *condictio* (el emplazamiento). Esta *legis actio* era mucho más reciente que las dos anteriores y procedía cuando el actor reclamaba un bien determinado (de acuerdo con la *Lex Calpurnia*) o una determinada cantidad de dinero (de acuerdo con la *Lex Silia*). La ventaja práctica de esta *legis actio* consistió posiblemente en un plazo extraordinario, de treinta días, que fue insertado en el procedimiento entre la primera audiencia ante el pretor, y la segunda, en la cual debía ser nombrado el *iudex*. Este plazo debe haber contribuido, frecuentemente, a un arreglo extraoficial entre las partes.¹⁷ Es probable que en esta *legis actio* haya existido la costumbre de que las partes se hacían recíprocamente promesas de pagar una tercera parte del valor litigioso en caso de salir derrotada (*sponsio y restitutio tertiae partis*).

80. **MANUS INIECTIO Y PIGNORIS CAPIO.** Las *legis actiones* tratadas en el párrafo anterior tenían por objeto la determinación de derechos subjetivos. Para la ejecución de tales derechos servían las *legis actiones* siguientes:

a) *Manus iniectio* (aprehensión corporal). En el caso de que un deudor no pudiera, o no quisiera, cumplir una condena judicial o un deber reconocido ante una autoridad, o en otros casos diversos en los que era

¹⁶ La aplicabilidad de esta *legis actio* a litigios de deslinde es probable, aunque no totalmente comprobada. Más dudosa es su aplicabilidad a litigios sobre cuestiones de agua (*actio aquae pluviae arcendae*) y a la *actio damni infecti*.

¹⁷ A causa del buen resultado de este plazo, una *Lex Pinaria* (posterior a las XII Tablas) lo introduce también en la *legis actio sacramento*, como hemos visto.

evidente que alguien debía algo a otro (como resultado del *furtum manifestum*, o sea, el robo flagrante, en cuyo caso el ladrón debía una multa privada de cuatro veces el valor de lo robado; como consecuencia de un negocio *per aes et libram*, severamente formal y celebrado bajo vigilancia de cinco testigos; si el deudor no pudiera, o no quisiera, reembolsar al fiador lo que éste hubiera tenido que pagar por él,¹⁸ y en algunos casos más), el acreedor podía llevar al deudor ante el pretor y recitar allí una fórmula determinada, combinándola con gestos determinados (sujetando, por ejemplo, al deudor por el cuello; de ahí el término de *manus iniectio*). Si el actor cumplía correctamente las formalidades inherentes a su papel, el pretor pronunciaba la palabra *addico* ("te lo atribuyo"), después de lo cual el acreedor podía llevar al deudor a su cárcel privada.

Durante sesenta días, el acreedor exhibía luego al deudor en el mercado, una vez cada veinte días, y si nadie se presentaba a liquidar la deuda en cuestión, el acreedor podía vender al deudor *trans Tiberim*, en el país de los etruscos, o matarlo. En caso de haber varios acreedores, cada uno tenía derecho a una parte proporcional del cadáver, y si alguno tomaba un poco más de lo que le correspondía estrictamente, esto no debía considerarse como un fraude, según dispone la ley de las XII Tablas con benevolencia.

La *Lex Poetelia Papiria* suprimió o suavizó este primitivo sistema, pero todavía en tiempos clásicos un deudor podía ser constreñido a liquidar su deuda mediante su trabajo.

Ahora bien, si el acreedor practicaba injustamente la *manus iniectio*, el deudor debía defenderse ante el magistrado. En algunos casos podía hacer esto únicamente con intervención de algún otro ciudadano, el *vindex*, el cual sufría una multa del doble del valor del litigio si resultaba que había auxiliado a una persona sin fundar y motivar debidamente esta defensa. En otras ocasiones, el deudor encarcelado podía defenderse por sí mismo,¹⁹ en cuyo caso hablamos de la *manus iniectio* pura, sistema que se generaliza en el curso del tiempo. También aquí, si el deudor se defendía de una justa reclamación del acreedor, la deuda crecía hasta el doble.

b) La *pignoris capio* (la toma de la prenda). Por ciertas deudas, de carácter militar, fiscal o sagrado, el acreedor podía penetrar en casa del deudor, pronunciando ciertas fórmulas sacramentales, y sacar de ella algún bien, el *pignus*, o sea, la prenda. Se parece esta *legis actio* a un embargo, hecho por propia mano, sin intervención de autoridad alguna. Esta última circunstancia hacía indispensable un procedimiento para sancionar el uso injustificado de esta *pignoris capio*. Sin embargo, las fuentes que actualmente tenemos a nuestra disposición no nos proporcionan datos a este respecto.

¿Qué hacía el acreedor con el *pignus*? Es posible que, en un principio, el *pignus* se destrozara; la enigmática expresión *pignora caedere* (destrozar

¹⁸ Este caso fue añadido por una *Lex Publilia*, posterior a las XII Tablas (véase Gayo, 4. 22).

¹⁹ *Manum sibi depellere*: rechazar la mano.

la prenda) apunta en este sentido. Más tarde, la destrucción del *pignus* fue sustituida, probablemente, por un procedimiento más sensato. Desde entonces, el deudor podía rescatar el *pignus*, como sugiere el término *pignora luere* (liberar la prenda), que encontramos en Gayo; y, en caso de no rescatarlo dentro de cierto plazo, es posible que el acreedor pudiera venderlo y cobrar así lo que el deudor debía, devolviendo el *superfluum* (la demasía). Quizá podía también convertirse en propietario del objeto después de cierto tiempo.

81. DECADENCIA DE LAS LEGIS ACCIONES. Desde el momento en que la *Lex Aebutia* (de 150-130 a. de J. C.) permitió a los romanos optar entre las *legis acciones* y el sistema formulario, más elástico y equitativo, aquéllas se utilizaron menos. Ya a fines de la época republicana, los romanos, generalmente tan aficionados a la tradición, se atrevían a confesar públicamente que encontraban el formalismo de las *legis acciones* un poco ridículo.

Véase cómo el *homo novus*, Cicerón,²⁰ habla de estos recuerdos de la antigua Roma aristocrática:

«Se podría decir muy bien en el proceso: "El predio sabino es mío". Luego, la parte contraria diría: "No, es mío", y después el pretor tomaría su decisión. Pero los antiguos no querían una cosa tan sencilla. Las partes tenían que decir: "El predio que se encuentra fuera de la ciudad y que se llama sabino (advértase la cantidad de palabras; pero lo peor vendrá todavía) pretendo que es mío con fundamento en el derecho quiritario". Y luego: "Por esta razón, allí te reto a un duelo". El adversario no sabía qué contestar a esta abundancia de palabras, pero el abogado se ponía a su lado, y, como un apuntador en el teatro, le recordaba su papel: "Donde tú me retaste a duelo, allí también te reto yo a ti". Y para que el pretor no se vanagloriase de tener bastante talento y espíritu como para aportar algo de su propia inspiración, se tuvo cuidado de dictarle también su papel, no menos absurdo que todo lo demás. Dice a las partes: "En presencia de los testigos, les ordeno: ¡Pónganse en camino!" El abogado, tan instruido, ya estaba al lado de los litigantes para mostrarles el camino, pero inmediatamente después decía el pretor: "¡Regresen ahora!", y las partes regresaban con el mismo guía. Resultaba ridículo, hasta en opinión de nuestros antepasados, el ordenar a la gente salir de donde está (y donde debe estar) para mandarle volver en el mismo momento. Y las otras formalidades no eran menos extravagantes. Mientras se trató de una ciencia esotérica, era necesario tener confianza en los iniciados; pero desde el momento en que la publicación de las fórmulas y la costumbre de utilizarlas nos permitieron mirarlas más de cerca, nos hemos dado cuenta de que están tan vacías de sentido como llenas de estupidez y de mala fe.»

Este espíritu moderno era más fuerte que el amor romano a la tradición, y, después de un siglo de coexistencia de ambos sistemas, dos *Leges*

²⁰ CICERÓN, *Pro Murena*, 12.

Iuliae, referentes al sistema procesal, de 17 a. de J. C., suprimieron las *legis actiones*, salvo en algunos casos, como en los litigios tramitados ante los *centumviri*.

Obsérvese en lo anterior un rasgo muy romano. El legislador no decretó que, determinado día, el sistema *A* sería reemplazado por el *B*, sino que permitió que la práctica eligiera entre los dos (*Lex Aebutia*), y sólo cuando, después de un siglo, se notó claramente que uno de los sistemas había sido casi abandonado, se declaró la obligatoriedad del otro, reconociendo el hecho de que una antigua y venerable institución había sufrido una muerte natural. A los romanos no les gustaba que las instituciones fueran asesinadas a golpes del legislador, con frecuencia no exentos de arbitrariedad. También en esto encontramos cierto parecido entre los romanos y los ingleses.

En realidad, el procedimiento de las *legis actiones* no era rápido. Por una parte, el hecho de ser orales y el contacto directo entre el juez y las partes debían haber sido factores favorables para la celeridad; por otra, a causa de los diversos plazos, tenían que sufrir retrasos, quizá con la expresa intención de que el deudor tuviera más tiempo para tratar de cumplir sus obligaciones.

Así, por ejemplo, en la *legis actio per conditionem*, el nombramiento del *iudex* tardaba treinta días; luego, en caso de una condena, ésta comprendía, automáticamente, un plazo igual para cumplir voluntariamente; y si el vencedor tenía que recurrir a la ejecución forzosa en forma de *manus iniectio*, este procedimiento comprendía un plazo de sesenta días, antes de llegarse al extremo de la venta del deudor. Por tanto, podemos decir que, aun en el caso más sencillo de una deuda bien comprobada, por una cantidad fija de dinero, el procedimiento total, con su fase cognitiva y ejecutiva, no duraba menos de medio año.

82. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.²¹ Este procedimiento, que caracterizaba la segunda fase del desarrollo procesal en Roma, encuentra su origen probablemente fuera de Roma, y fue adoptado por el *praetor peregrinus*, quien, desde 242 a. de J. C., administraba justicia en litigios entre romanos y extranjeros y pleitos de extranjeros entre sí. Ya hemos visto cómo se extendió este nuevo sistema, a consecuencia de la *Lex Aebutia* y de las *Leges Iuliae iudicariae*.

Lo característico del nuevo procedimiento puede resumirse en los siguientes rasgos:

1. Las partes exponían sus pretensiones *per verba concepta*, o sea, en palabras de su propia elección. Por este motivo, disminuía la dependencia de la administración de justicia respecto del *ius civile* (recuérdese que an-

²¹ Interesantes sugerencias para nuevos experimentos con el sistema formulario se encuentran con JOSÉ CATALÁ Y FLUJÁ: *El sistema formulario: estudio para su adaptación al enjuiciamiento civil contemporáneo*, Madrid, 1913.

tes, precisamente por esta rígida dependencia, las *legis actiones* no proporcionaban una posibilidad de obtener justicia, cuando faltaba una disposición aplicable en el fragmentario *ius civile*).

2. El pretor deja de ser un *espectador* del proceso, o mejor dicho, una autoridad cuyo papel se limita a vigilar si las partes recitan correctamente sus papeles. Se convierte en un *organizador* que determina discrecionalmente cuál será el programa procesal de cada litigio individual, señalando a cada parte sus derechos y deberes procesales.

En otras palabras, en vez de formas petrificadas, encontramos la viva autoridad del pretor. La historia nos enseña que este magistrado aprovechó de manera admirable sus nuevas facultades, creando inteligentemente nuevas acciones, excepciones y otras medidas procesales cuando las juzgaba convenientes para obtener una más equitativa administración de justicia. Gracias a esta actividad creadora del pretor, surge, al lado del *ius civile*, el admirable edificio del *ius honorarium*, con lo que se da lugar al famoso *dualismo en el derecho romano*.

En acatamiento al principio de la seguridad jurídica, el pretor solía poner en la blanca pared de su despacho (*album*) las acciones y excepciones que estaba dispuesto a conceder al público. Recuérdese que, por el carácter anual de la función pretoria, este edicto tenía vigencia por un solo año. Sin embargo, las acciones y excepciones que habían demostrado utilidad, de hecho pasaron de un edicto a otro y formaron, como parte *translaticia*, el núcleo estable de este flexible y variante derecho honorario.

3. El proceso conservaba su división en una instancia *in iure* y otra *in iudicio*; pero, como eslabón entre ambas fases, encontramos ahora la fórmula con las tres funciones siguientes:

a) La fórmula contenía las instrucciones y autorizaciones que enviaba el magistrado al juez.

A causa de esta particularidad, la fórmula era, al mismo tiempo, un programa procesal en forma muy condensada, por lo cual algunos autores le aplican el término plástico de *comprimido jurídico*.²²

El magistrado hacía fijar en la fórmula cuál era la pretensión exacta del actor, y, con frecuencia, en qué consistía el contraargumento del demandado, el argumento de réplica del actor, etc. El *iudex* debía investigar si realmente existían los hechos en que el actor fundaba su acción, los que el demandado alegaba en su contraargumento, etc. Según el resultado de esta investigación, la fórmula determinaba si el *iudex* debía condenar o absolver.

Esta primera función de la fórmula era la que acentuaba la doctrina romanista, anteriormente a Wlassak. En cambio, este gran romanista vienés, ya fallecido, interpretó la esencia de la fórmula más bien como *contrato procesal*.

²² HUMBERTO CUENCA, *Proceso Civil Romano*, B. Aires, 1957, pág. 54.

b) Ciertamente, la fórmula era también una especie de contrato procesal,²³ ya que las partes tenían que declarar que estaban conformes con la fórmula.

En la eventualidad de que no lo estuvieran, el pretor examinaba si sus objeciones eran razonables, en cuyo caso modificaba la fórmula. En cambio, si descubría que las objeciones no obedecían a motivos razonables, podía ejercer presión para que las partes dieran su conformidad, amenazándolas con la no admisión de su acción o de alguna excepción que hubieran propuesto, o bien, perjudicando a la parte reacia ordenándole conceder la posesión del objeto litigioso a su adversario, etc. Es que el pretor, con su *imperium*, tenía una libertad de acción que hoy día nuestros jueces y magistrados ya no tienen, y tenemos que reconocer que se sirvieron de esta libertad en interés estricto de la equidad; son pocas las quejas que conocemos de abusos cometidos por los pretores.

c) La fórmula escrita sustituía con ventaja las memorias de los testigos, que, al terminar la instancia *in iure* del procedimiento de las *legis actiones*, debían fijar en su mente todos los detalles de aquella primera fase del proceso (la *litis contestatio*).

Desde luego, cuando las fórmulas debían servir para remediar situaciones a las que antes se referían la *legis actio sacramento*, la *postulatio iudicis* y la *condictio*, el pretor procuraba, por respeto a la tradición, que su texto se pareciera lo más posible a las fórmulas de las *legis actiones*, suavizándose de este modo la transición de un sistema a otro.

Durante la fase *in iure*, las partes se esforzaban y luchaban para que la fórmula favoreciera a sus intereses. Con frecuencia, una vez fijada la fórmula, ya no había necesidad siquiera de recurrir al juez; por el contenido de ella, se comprendía de antemano, en muchos casos, quién ganaría: de ordinario, la otra parte obedecía en tales circunstancias voluntariamente, sin necesidad de recurrir al procedimiento *in iudicio*.

Quien sepa algo de la historia del derecho anglosajón habrá notado un curioso paralelismo entre la fórmula y el antiguo "writ" inglés que el actor podía comprar en la Cancillería Real. Por la creación de nuevos modelos de tales "writs", el "chancellor" intervenía como elemento creador en la formación del derecho sustantivo, exactamente como el pretor mediante su *album*. Y esta facultad creadora del "chancellor" cristalizó a fines del siglo XIII, del mismo modo que la corriente experimentadora y creadora de los edictos anuales se petrificó finalmente en el *Edictum Perpetuum*.

4. Por la estructura de estas fórmulas, cada proceso podía referirse a un solo punto controvertido, como principio general. Jhering llama al sistema formulario *máquina analítico-procesal*, ya que obligaba a descomponer una controversia compleja en sus diversos elementos y a ejercer para

²³ WLASSAK, *Die klassische Prozessformal*, 1924. Notemos que CARRELLI, en su obra *La genesi del procedimento formulare*, 1946, ha tratado de armonizar la opinión según la cual la fórmula contiene la voluntad del magistrado con la que considera este documento como un contrato procesal.

cada elemento controvertido una acción por separado. Por tanto, el análisis del caso se hacía, no dentro del proceso, sino antes del mismo; no por el juez, sino por el actor. "El ojo de la aguja procesal era tan fino que sólo podía ponerse en él un hilo al mismo tiempo".²⁴ Quizás esta descomposición parezca antieconómica. ¿Por qué tramitar diez procesos, en vez de uno solo que englobara a todos? Mas recuérdese que "el que pueda levantar fácilmente diez objetos sucesivamente, con frecuencia caerá bajo la carga si trata de levantar todos a la vez".²⁵

83. LOS ELEMENTOS PRINCIPALES DE LA FÓRMULA. Como la fórmula era el centro del procedimiento formulario, debemos analizar brevemente sus elementos. Cualquier persona que comience a estudiar el derecho romano en sus fuentes (y sólo así revela esta disciplina su interés y belleza), encontrará pronto que debe comprender la estructura de la fórmula y las diversas clases de acciones utilizadas en el sistema formulario, ya que sus particularidades repercutían considerablemente en el derecho sustantivo.

I. Como primer elemento, encontramos la *institutio iudicis*, o sea el nombramiento del *iudex*, elemento indispensable en toda fórmula, tan obvio y natural que Gayo se olvidó de mencionarlo en su *Instituta*.

II. El segundo elemento era la *demonstratio*, breve indicación de la causa del pleito. Esta era necesaria, únicamente, cuando sin ella el juez no habría sabido cómo delimitar el campo probatorio. De allí que no se necesitase en las acciones reales, ya que en éstas la indicación de la cosa, objeto del pleito, individualizada en la *intentio*, hacía suficientemente concreto el campo de la investigación jurídica. Tampoco era necesaria la *demonstratio* en las *condictiones*, es decir, en acciones personales por objeto cierto —como cuando un actor reclamaba 12,315 sestercios del demandado—, ni tampoco en las *actiones in factum*, en las que el juez debía investigar la existencia de cierta situación *facticia*, descrita en la *intentio*. En cambio, si la *intentio* comprendía "lo que A debe a B", entonces se imponía la *demonstratio*, limitando el trabajo judicial a la investigación, por ejemplo, de lo que A debe a B en concepto de arrendamiento, en concepto de la liquidación de una sociedad o por cualquier otra causa concreta. La regla de que la *demonstratio* falta en acciones reales, en *condictiones*²⁶ y *actiones in factum*, resulta muy lógica.

III. El tercer elemento de la fórmula era la *intentio*, elemento medular que nunca podía faltar. Su importancia era tal que las fuentes utilizan, a veces, la palabra *intentio*, en vez de *actio* o de "fórmula". La *intentio* contenía la pretensión del actor, de manera que el juez debía investigar

²⁴ *Espíritu*, III. 20.

²⁵ *Espíritu*, III. 129.

²⁶ La *condictio*, en el sentido de "acción personal con objeto cierto", es, desde luego, un concepto distinto de la *condictio* que hemos mencionado como tercera *legis actio*. En tiempos de GAYO encontramos este término en el sentido de cualquier acción personal, de objeto cierto o no (*Inst.* 4. 5). Téngase también cuidado de no confundir el término *condictio* con el de *conditio*, o sea, condición.

siempre si estaba fundada o no. Tenía la forma gramatical de una frase condicional ("si resulta que...") y se ligaba con el siguiente elemento, la *condemnatio* ("si resulta que... entonces condena...").

Debemos establecer las siguientes divisiones, dentro del concepto de la *intentio*:

a) *Intentio in ius, intentio in factum, intentio ficticia*. En el primer caso, el juez debía examinar si el actor tenía el derecho subjetivo que pretendía tener. Su investigación comprendía, por tanto, cuestiones de derecho —lo cual no excluye que el juez tuviera que investigar primordialmente la existencia de ciertos hechos en que se fundaban los pretendidos derechos—. Estas cuestiones debían analizarse a la luz del *ius civile*, no del *ius honorarium*.

En el segundo caso, el pretor se apartaba del *ius civile*; quería dar eficacia a una situación sólo reconocida por el *ius honorarium*. En tal caso, no podía decir al juez: "si resulta que el actor tiene determinado derecho, entonces condena al demandado", porque el juez le hubiera contestado: "de acuerdo con el *ius civile*, el actor carece de argumentos jurídicos a su favor; por tanto, absuelvo al demandado". De ahí que muchas veces, cuando el pretor se alejaba del *ius civile*, debía ordenar al juez que examinase si existía, o no, cierta situación de hecho, prescribiéndole que condenase al demandado en caso de comprobarse la situación ficticia descrita en la *intentio*.

En caso de apartarse el pretor del *ius civile*, existía todavía otra posibilidad. A veces, el pretor no creaba *ex novo* cierta institución de derecho honorario, sino que extendía una institución del *ius civile* a nuevos campos. En tal caso, podía servirse de una *intentio* combinada con una ficción.

Por ejemplo, el propietario bonitario que no podía ejercer la acción reivindicatoria del *ius civile*, cuando menos recibía una acción pretoria con una *intentio* ficticia, la famosa *actio publiciana*. En la fórmula respectiva, el magistrado decía al juez: "Si resulta que A tendría derecho a reivindicar al esclavo Tito, si lo hubiera poseído durante más de un año (plazo de *usucapio*), entonces condena a B a que pague a A el valor de este esclavo, a no ser que B prefiera devolver al esclavo mismo". En otras palabras, el magistrado obligaba al juez a sustituir parte de la realidad con una ficción; en este ejemplo, el hecho de que A no hubiera poseído todo el tiempo necesario para que su propiedad bonitaria se convirtiera, por *usucapio*, en quiritaria, se sustituía con la ficción de que ya había trascurrido el plazo necesario para la *usucapio*.

Todas estas acciones en que el pretor, en interés de la equidad, adaptaba figuras procesales, reconocidas por el *ius civile*, a nuevas situaciones, antes no amparadas o defectuosamente amparadas por él, recibían el nombre genérico de *acciones útiles*. A veces, éstas eran ficticias; otras veces, se trataba de acciones *in factum* o "con transposición de personas".²⁷ Su ras-

go esencial era que el pretor no creaba de la nada la nueva acción, sino que tomaba, como materia prima, una acción quiritaria existente, transformándola. La acción que sirvió de modelo se llamaba entonces *actio directa*; el resultado de la intervención pretoria se calificaba de *actio utilis*. Por ejemplo, en caso del *damnum iniuria datum* (daño en propiedad ajena), el daño previsto por la *Lex Aquilia* (o sea, dolosamente causado por impacto físico) podía reclamarse mediante la *actio Legis Aquiliae*, una *actio directa*; en cambio, un daño que por interpretación pretoria debía equipararse al daño previsto en la *Lex Aquilia* (por ej., causado por omisión o por mera culpa), debía reclamarse mediante una *actio utilis* inspirada en la *actio legis Aquiliae*. En tal caso, el pretor podía también proponer a las partes una fórmula *in factum*; pero si daba una fórmula con *intentio in ius*, el actor perdía de seguro el pleito.

En tanto que el juez no tenía necesidad de conocer el *ius civile* en el caso de que se le mandase una fórmula *in factum*, para las acciones ficticias tenía que poseer nociones de dicha disciplina, ya que debía decidir si el actor era titular de una facultad, derivada del *ius civile*, en caso de suplantarse un elemento de la realidad por la ficción mencionada en la *intentio*.

b) *Intentio in rem; intentio in personam*. En el primer caso, la acción era real; servía para dar eficacia a un derecho real; como tal derecho era correlativo a un deber universal de abstención, en la *intentio* no figuraba el nombre del demandado, sino que allí únicamente se determinaba de qué cosa (*res*) exactamente se trataba.

El segundo caso se refería a una acción personal, que daba eficacia a la facultad de exigir a determinada persona cierto comportamiento. En este caso, en la *intentio* sí figuraba el nombre del demandado.

c) *Intentio certa; intentio incerta*. El objeto reclamado en la *intentio* podía ser un objeto determinado o una cantidad determinada de dinero o de otros bienes genéricos. En tales casos, la *intentio* era *certa*. Pero también podía ser una prestación de valor indeterminado, como cuando se demandaba a un pintor por incumplimiento de su obligación de pintar un fresco, o en caso de una reclamación por daños y perjuicios. Entonces la *intentio* era *incerta*.

IV. Como último elemento de la fórmula, encontramos la *adjudicatio* o *condemnatio*.

1. La *adjudicatio* era la autorización que daba el magistrado al juez para que atribuyese derechos de propiedad e impusiese obligaciones a las partes (encontraremos la *adjudicatio* como uno de los modos de adquisición de la propiedad). Encontramos este elemento en las fórmulas que pertenecen a las tres acciones divisorias: la *actio familiae herciscundae* (división de una herencia indivisa), la *actio communi dividundo* (división de la cosa común) y la *actio finium regundorum* (acción de deslinde)

²⁷ Véase la pág. 158.

2. La *condemnatio* era la autorización que daba el magistrado al juez para condenar al demandado, en caso de verificarse la hipótesis mencionada en la *intentio*, sin que se verificase la hipótesis de la *exceptio*.

Era una particularidad del sistema formulario que la condena tuviese por objeto una cantidad de dinero, aun si la *intentio* versaba sobre una cosa o una serie de servicios. Este principio de la *condemnatio pecuniaria* no pudo haber existido durante toda la fase de las *legis actiones*, ya que hasta el año 337 a. de J. C., no comenzó a extenderse la costumbre de utilizar monedas acuñadas.²⁸

Respecto de la *condemnatio*, debemos hacer las siguientes divisiones:

a) *Condemnatio certa; condemnatio incerta*. Si el objeto del litigio era una cantidad determinada de dinero, entonces constaba de antemano por cuánto debía el juez condenar al demandado, si se comprobaba el supuesto de la *intentio*; el objeto de la *intentio* y de la *condemnatio* coincidían en tal caso.²⁹ Se trata entonces de una *condemnatio certa*. En los demás casos de una *intentio certa*, la cantidad de la condena dependía de la valuación del objeto de la *intentio*, hecha a base del juramento respectivo del actor, pero bajo cierta vigilancia del juez. Entonces, la *condemnatio* era *incerta*, y con la particularidad de que a veces el magistrado fijaba en la fórmula la cantidad máxima de dinero a la cual se podía condenar al vencido. También en caso de una *intentio incerta*, la *condemnatio* era *incerta*.

b) Condena con cláusula arbitraria o sin tal cláusula. En el primer caso, el juez, en caso de verificarse la *intentio*, condenaba en forma condicional, es decir, siempre que el vencido no cumpliera voluntariamente con el deber reclamado por el actor. Esta cláusula convenía muchas veces al vencido, pues le daba una posibilidad de escape, si la valuación del objeto tenía por resultado un valor superior al real.

c) Condena con o sin trasposición de personas. En el primer caso, que siempre se refería a acciones personales, la persona indicada en la *condemnatio* era distinta de la persona que había sido señalada en la *intentio*, de manera que podríamos presentar este caso en estos dos esquemas: "si A debe a B, entonces condena a C a pagar a B", y "si A debe a B, entonces condena a A a pagar a C". El primero de estos esquemas correspondía a las *actiones adjectivae qualitatis* (que procedían contra el *paterfamilias* por obligaciones de sus hijos, esclavos, procuradores, etc.); el segundo, por ej., al caso del *mandatum in rem suam* (también llamado *procuratio in rem suam*) que conoceremos en el párrafo 173.

d) Condena con beneficio de competencia o sin él. Veremos que en diversos casos el legislador disponía que el sentimiento de solidaridad, amistad o fraternidad debía suavizar el rigor del derecho. Cuando un cón-

²⁸ KRELLER dedicó a esta cuestión su estudio *Ipsam rem condemnare*, ZSS, 58 (1938); y WENGER el que tituló *Zu drei Fragen aus dem röm. Zivilprozessrechte*, ZSS, 59 (1939).

²⁹ Con la excepción de la *actio de eo quod certo loco*, que conoceremos pronto.

yuge demandaba al otro, cuando un donatario demandaba al donante el cumplimiento de su promesa, en pleitos entre socios o de libertos contra patrones, la condena no podía exceder de lo que el vencido podía pagar sin caer en una absoluta miseria.

Este *beneficium competentiae* no implicaba un perdón parcial —o, en casos extremos, total— de la deuda. Esta subsistía en su totalidad y, en caso de que el deudor mejorara su situación económica, debía completar el pago. Si, quizá con ayuda de amigos, el deudor pagara todo, sin darse cuenta de que podía haber invocado dicho beneficio, ¿podía arrepentirse después y recuperar lo pagado en exceso? De ninguna manera. No estamos en presencia de un "pago de lo indebido"; y la *ignorantia iuris* no aprovecha al deudor.

Observemos, finalmente, que existían acciones que daban lugar a fórmulas sin *condemnatio*. Son las acciones prejudiciales, que tienden a aclarar una circunstancia facticia, nada más. El resultado de la investigación judicial no tomaba forma de condena, pero sí podía servir de base a futuros litigios, que eventualmente terminarían en una *condemnatio*.

Como resultado de lo anterior, podemos concluir que el prototipo de una fórmula sería: "Tito, serás el juez; en vista de que... (*quod; demonstratio*), si resulta que... (*si paret; intentio*), entonces condena al demandado a... (*condemnatio; condemnatio*), y si lo anterior no se comprueba, absuelve al demandado (*si non paret, absolvito*, aditamento rutinario que las fuentes siempre abrevian así: *s.n.p.a*)".

84. LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DE LA FÓRMULA. Los mencionados anteriormente podían designarse como "elementos principales". Además de éstos, encontramos algunos "elementos accesorios", tales como:

a) *Exceptio, replicatio, duplicatio*, etc. A veces, la actitud del demandado no consistía en negar los hechos alegados por el actor, sino en decir que, aunque éstos fuesen ciertos, existían otros, omitidos por el actor, que destruían el efecto de los alegados en la demanda. Así, el demandado podía decir: "es cierto que el actor me prestó mil sestercios, pero posteriormente me perdonó la deuda". En tal caso, el demandado debía pedir al magistrado que éste añadiera a la fórmula una *exceptio*, que es una restricción de la facultad de condenar, otorgada al juez. Esquemáticamente, la fórmula tomaba entonces esta forma: "Tito, serás juez; si resulta que el demandado debe al actor mil sestercios, y si no resulta que el actor perdonó esta cantidad al demandado, entonces condena al demandado a pagar mil sestercios al actor".

Por tanto, si la *condemnatio* era una autorización condicional para condenar y la *intentio* la condición positiva al respecto, la *exceptio* era una condición negativa en relación con la *condemnatio*. En caso de comprobar los hechos en que se fundaba la *exceptio*, el juez ya no podía condenar.

Concediendo tales excepciones, el pretor evitaba las consecuencias injustas que una *actio* pudiera tener, de acuerdo con el estricto *ius civile*.

La mayoría de las *exceptiones* eran de creación pretoria, aunque conocemos algunos casos de *exceptiones civiles*.³⁰

Como en el derecho moderno, los romanos distinguían las excepciones perentorias de las dilatorias.³¹ Las primeras destruían la eficacia de la acción; las segundas la posponían (como cuando el actor reclamaba un pago todavía no vencido u obraba a través de un *cognitor* no correctamente nombrado). A este respecto, debemos observar que una excepción dilatoria era mucho más peligrosa para el actor romano que para el moderno, por el efecto novatorio de la *litis contestatio*. En caso de oponer el demandado una excepción dilatoria fundada, todo el interés del actor consistía en retirarse, sin pedir que el pretor expidiera una fórmula, a fin de que su derecho sustantivo no se consumiera para siempre en un litigio sin perspectiva.

Otra distinción importante era la de excepciones *conceptae in ius* o *conceptae in factum*. Después de lo explicado en relación con las *actiones in ius* y las *actiones in factum*, esta distinción no necesita de una aclaración especial.³²

Una tercera clasificación distinguía entre *exceptiones in rem* y *exceptiones in personam*. Un ejemplo de la primera clase era la *exceptio quod metus causa*, que el perjudicado podía utilizar contra cualquier acreedor que reclamara el cumplimiento de un deber, derivado de un contrato celebrado con intimidación. Aun causahabientes de buena fe, que habían adquirido un derecho derivado de un acto viciado de intimidación, se encontraban con el obstáculo de esta excepción, en caso de ejercer una acción contra el deudor.³³

A menudo, la *exceptio* podía servir en casos en los que la *actio* ya no daría resultado. Por ej., si alguien obtiene dolosamente mi firma en un reconocimiento de deuda, después de un año ya no podré ejercer la *actio doli* para recuperar este documento, pero si mi "acreedor" ejerce, después de un año, una acción contra mí, basada en dicho documento, podré oponerle aún la *exceptio doli*: de ahí el famoso adagio *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (argumentos que para apoyar una acción, sólo valen durante cierto tiempo, pueden servir como elemento de defensa, sin tal límite temporal).

En el curso de este libro encontraremos varios ejemplos importantes de excepciones; por ejemplo, la *exceptio legis Cinciae*, caso en que el derecho honorario viene a ayudar al *ius civile*; la *exceptio rei venditae*, base de la propiedad bonitaria; la *exceptio doli*, importante instrumento para la moralización del derecho; la *exceptio quod metus causa*; la *exceptio pecuniae*

³⁰ Nacían cuando una norma posterior del *ius civile* afinaba el sistema existente del derecho quirritario, como en el caso del senadoconsulto Velejano o del senadoconsulto Macedoniano.

³¹ GAYO, IV, 120.

³² Por la escasez de las excepciones del *ius civile*, no conocemos ejemplos de excepciones ficticias.

³³ En cambio, la *exceptio doli* era una *exceptio in personam*, ya que sólo servía de defensa contra la persona misma que hubiera obrado dolosamente.

non numeratae, etc. (Recúrrase al índice alfabético para la aclaración de estos conceptos.)

En caso de añadirse una excepción a la fórmula, el actor podía decir a su vez: "aunque fuera cierto el hecho alegado en la *exceptio*, su eficacia es nula, porque hay todavía otra circunstancia más que el demandado silenció". En tal caso, el actor debía pedir que se incorporase a la fórmula una *replicatio* (por ejemplo: "aunque ha habido un pacto de remisión, éste fue arrancado por intimidación").

Esta *replicatio* se relacionaba con la *exceptio*, como ésta con la *intentio*. Sobre tal *replicatio*, el demandado podía reaccionar mediante una *duplicatio*, a la cual el actor podía oponer, a su vez, una *triplicatio*, etc. Dependía del pretor el que esta serie de restricciones a la *condemnatio*, de restricciones a las restricciones a la *condemnatio*, etc., se añadiesen a la fórmula. Era precisamente en esta amplia facultad de admitir o de negar la incorporación de nuevos elementos a la fórmula, donde el magistrado encontraba un arma magnífica para proteger esta primera fase del proceso contra la mala fe o temeridad de las partes. La manifestación de mala voluntad —por ejemplo, la negativa de dar la conformidad a una fórmula justa (recuérdese que la fórmula era también un contrato procesal)— podía ser castigada con medidas pretorias.

b) *Praescriptiones*. En éstas distinguimos los dos grupos siguientes:

1. *Praescriptiones pro actore*. Eran advertencias de diversa índole, que se referían, por ejemplo, al alcance del efecto novatorio de la *litis contestatio*. Así, en caso de un pleito sobre algunas anualidades vencidas de una pensión vitalicia, se debía indicar claramente que la "novación necesaria" se refería únicamente a las anualidades *vencidas*, a fin de que el derecho a las prestaciones futuras no quedase consumido por el efecto novatorio de la *litis contestatio*.

2. *Praescriptiones pro reo*. Eran advertencias previas, añadidas a la fórmula, a petición del demandado. Un ejemplo muy conocido era la *praescriptio longi temporis*, de tanta importancia que, a través de ésta, el término *praescriptio*, originalmente una figura del derecho procesal, llegó hasta nosotros como "prescripción", figura de derecho sustantivo. Expliquemos brevemente esta *praescriptio*.

Cuando había un pleito sobre un terreno provincial, en el cual el demandado alegaba a su favor la posesión con título (por lo menos, putativo), de buena fe (aunque fuera sólo al iniciarse la posesión), durante diez años (*inter praesentes*) o veinte (*inter absentes*), el principio de economía procesal requería que, antes de examinar los hechos en que el actor fundaba su acción, se investigase la veracidad de la excepción propuesta por el demandado. De ahí que ésta se colocase a la cabeza de la fórmula. Si resultaba que la *exceptio* correspondía a la realidad de los hechos y no había una *replicatio* en la fórmula, debía absolverse al demandado, sin necesidad de examinar los hechos en que el actor fundaba su acción.

Otro ejemplo es el siguiente:³⁴ Podía suceder que el demandado considerase que uno de los presupuestos de la acción de su adversario era tan importante que debería constituir objeto de otro proceso *especial*. Por ejemplo, *A* pretendía ser el heredero y *B* estaba en posesión de algún objeto que pertenecía a la sucesión. Si *A* ejercía la *reivindicatio*, *B* podía pedir al magistrado que éste pusiera a la cabeza de la fórmula la *praescriptio ne praeiudicium haereditati fiat*. En tal caso, un triunfo procesal de *A* significaría que *B* debía devolver el objeto al actor, pero no significaba que *A* era verdaderamente el heredero. Esta última cuestión quedaba reservada a un proceso especial. De este modo se evitaba que un proceso sobre un detalle implicara un *praeiudicium*, una decisión anticipada, respecto de una cuestión mucho más amplia.

En el transcurso del tiempo, estas *praescriptiones pro reo* se transformaron en simples excepciones (en nuestro último ejemplo, la *exceptio ne praeiudicium haereditati fiat*), proceso éste que ya estaba en marcha en tiempos de Gayo.

85. EL PROCEDIMIENTO IN IURE. La notificación (*in ius vocatio*) era, en el sistema formulario, un acto privado a cargo del actor; éste debía invitar al demandado a que le acompañara ante el magistrado. Aquél podía obedecer inmediatamente o pedir que se pospusiera la comparecencia algunos días, en cuyo caso debía dar un fiador (*vindex*) para garantizar su puntual asistencia el día convenido.

En caso de negarse a estas dos posibilidades, el demandado se exponía a que el actor llamase testigos y le llevara por la fuerza ante el pretor. Como en el curso del desarrollo del derecho romano todos los antecedentes de la justicia privada cedían poco a poco su lugar a medidas autorizadas por órganos estatales, esta facultad de llevar al demandado por la fuerza al magistrado se sustituyó, en la fase imperial, por la facultad de invocar la asistencia de los órganos jurisdiccionales, con una acción especial contra el que *in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* (después de ser notificado, ni se ha presentado ni ha ofrecido un fiador).

Desde algunos siglos antes de Jesucristo, era costumbre indicar, en el momento de la notificación, qué asunto iba a tratarse ante el magistrado; a partir de Marco Aurelio, esta *denuntiatio litis* era obligatoria.

Si la persona a quien se quería demandar se escondía o salía de Roma, se podía pedir al pretor la *missio in possessionem bonorum* (embargo) respecto de sus bienes que se encontrasen en Roma, figura que imponía al embargante la obligación de notificar al demandado, en cuanto fuera posible.

Después de plazos muy largos, el embargante podía proceder a la venta de los bienes respectivos.

³⁴ GAYO, IV, 133.

Una vez ante el pretor, en presencia del demandado, el actor exponía sus pretensiones en la *editio actionis*; luego, el demandado podía hacer una de cuatro cosas:

a) *Accipere actionem*, negando los hechos alegados por el actor; en cuyo caso, éste se encontraba en la necesidad de reunir pruebas para comprobar, más tarde, *apud iudicem*, la veracidad de los hechos en que fundaba su acción.

b) Alegar otros hechos que destruyeran el fundamento de la acción y pedir su inserción en la fórmula, como *exceptio*, después de lo cual el actor podía, a su vez, pedir la incorporación de una *replicatio*, etc.³⁵

Obsérvese que el sistema formulario no permitía la contrademanda, o sea, la reconversión; por tanto, era imposible que el juez condenara finalmente al actor.

c) Cumplir, durante la fase *in iure*, con la obligación reclamada, en cuyo caso no había necesidad de expedir una fórmula.

d) Reconocer la existencia del deber reclamado, en cuyo caso la confesión equivalía a una sentencia condenatoria, teniendo los mismos efectos ejecutivos.³⁶ También el silencio del demandado, si estaba presente, se consideró como tácito reconocimiento de las pretensiones del actor, lo que producía al demandado la pérdida del proceso.

Esta *confessio in iure* podía tomar la forma de una *in iure cessio*, que estudiaremos como uno de los modos de transmitir la propiedad, y puede considerarse como un típico "negocio imitado" ya que derivaba su forma de una figura jurídica ideada para fines muy distintos. No hay "simulación" en este caso, ya que nadie se hubiera dejado engañar por las apariencias procesales que se habían dado a este negocio; todos comprendían que se trataba de un traspaso de propiedad, vestido con el ropaje de un acto procesal.

Desde luego, no debemos equiparar la *confessio in iure* a la *in iure cessio*; la primera podía hacerse sin los fines traslativos que caracterizaban a la segunda; incluso podía ser un acto sincero y no "imitado".

³⁵ Las actitudes a) y b) podían combinarse. D. 50. 17. 43 dice que "al demandado que niega que debe, no se le prohíbe añadir otras defensas, salvo prohibición legal expresa". Por ejemplo, el demandado podía decir: "no es verdad que yo deba devolver este objeto al actor, pero aun suponiendo que fuera verdad, de todos modos ya he obtenido la propiedad por prescripción". El límite a esta facultad de acumular excepciones a la negación de los hechos en que se basaba la acción, era que la actitud del demandado no debía contener elementos contradictorios entre sí. Recuérdese el cuento del campesino demandado por su vecino por haber causado un daño en un barril que éste le había prestado, y cuya defensa consistía en estos tres argumentos: "el actor nunca me prestó el barril", "cuando recibí el barril, ya tenía aquel agujero", y "devolví el barril entero".

También debemos notar que la defensa mediante una simple negación (fórmula a de arriba) es de origen anterior a la que se sirve de la *exceptio* (fórmula b); en otras palabras, la defensa mediante "no es verdad que..." es más antigua que la de "es posible, pero..."

³⁶ *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* (D. 42. 2. 1: el que reconozca lo que alega el actor debe ser tratado como una persona en cierto sentido condenada por su propia declaración).

A veces, el litigio podía concluir *in iure*, fuera de los casos *c*) y *d*), arriba expuestos. En casos de un pleito sobre un objeto cierto, el actor podía exigir que el demandado jurara ante el pretor, *in iure*, que no debía aquel objeto; pero entonces el demandado podía invertir el deber de jurar, exigiendo que el actor jurara que tenía derecho a aquel objeto.

Tales juramentos daban fin al proceso, sin necesidad de que se pronunciara una sentencia. Si el actor ganaba por su propio juramento, podía iniciar la fase ejecutiva, mediante una *actio ex iure iurando* (y no una *actio iudicati*, como en caso de una sentencia). En cambio, si el demandado ganaba por su juramento, podía oponer a una nueva acción de su adversario, no la *exceptio iudicati*, sino la *exceptio iuris iurandi*.

En caso de juramento falso, el culpable se exponía a una acción penal, desde luego.

Además de este juramento que terminaba el proceso *in iure*, encontramos el juramento *apud iudicem*, como un medio de prueba, entre muchos.

Si el demandado no estaba conforme con la fórmula finalmente propuesta y se negaba a dar su consentimiento, el pretor escuchaba sus objeciones y, en caso de no encontrarlas fundadas, solía ordenar que se entregara al actor el objeto del litigio, en concepto de posesión provisional. No se trataba, en este caso, de una *adjudicatio*, sino de una *missio in possessionem*, que dejaba al demandado en libertad de iniciar contra el actor un nuevo juicio, basado en una *actio reivindicatoria* o *publiciana*, y en el cual el demandado del primer juicio tendría el más difícil y delicado papel de actor.³⁷

En cambio, si el actor no estaba de acuerdo con la fórmula propuesta, el pretor podía negarse a dar entrada a su demanda. Con tales sanciones, basadas en el *imperium* pretorio, lo más frecuente era, desde luego, que las partes se conformasen con el contenido de la fórmula.

A causa de la muerte de una de las partes o del juez, puede suceder que el texto de la fórmula, de pronto, ya no corresponde a la realidad. En tal caso, los interesados deben pedir al magistrado una fórmula enmendada. El acto por el cual el magistrado efectúa la enmienda necesaria se llama la *translatio iudicii*.

86. LA LITIS CONTESTATIO EN EL SISTEMA FORMULARIO. La aceptación de la fórmula por el actor y el demandado era la *litis contestatio*, que tenía los siguientes efectos:

1. El momento de la *litis contestatio* determinaba el valor de las prestaciones reclamadas, valor que podía cambiar cada día, como en el caso de un litigio sobre un rebaño.³⁸ Sin embargo, si la fórmula rezaba excep-

³⁷ Sin embargo, no debemos tomar en sentido demasiado absoluto la afirmación de que el papel del demandado es tanto más cómodo y fácil que el del actor. También este último goza de ciertas ventajas: puede determinar el momento concreto de iniciarse el proceso y puede tomarse todo el tiempo necesario para preparar cuidadosamente el ataque, mientras que el demandado, a veces sorprendido en un momento inoportuno, debe organizar su defensa dentro de estrictos límites temporales.

³⁸ Es como si, en el momento de la *litis contestatio*, se toma una fotografía ins-

cionalmente *quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato* (condena por la cantidad de dinero que corresponda al valor de la cosa), entonces el momento de la *condemnatio* sería el que determinara lo que el demandado tenía que pagar.

2. También convertía en permanente una acción temporal.³⁹ Es decir, cuando el derecho preveía un plazo determinado para el ejercicio de una acción, esto implicaba que la *litis contestatio* debía realizarse dentro de este plazo. Sin embargo, no quería decir que no importaba cuánto tardaría luego en llegar el momento de la sentencia. Las *Leges Iuliae iudiciorum* preveían que ésta debía pronunciarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la acción, tratándose de procesos basados en el *ius civile*; en procesos fundados en el *imperium* del magistrado —*iudicia imperio continentia*—, la sentencia debía pronunciarse mientras el magistrado que había admitido la demanda estuviese todavía en funciones.

3. Hacía transmisibles por herencia las acciones personalísimas, como la *actio iniuriarum*, acción por lesiones al honor.

4. El poseedor de buena fe no tenía derecho ya a los frutos, desde la *litis contestatio*.

5. El poseedor de mala fe respondía, desde este momento, del caso fortuito.

6. En muchos casos, desde la *litis contestatio*, el demandado corría el riesgo de una condena por el doble del valor del objeto del pleito.

Lis infiliando crescit in duplum (el valor litigioso se duplica por el hecho de que el demandado niega lo que dice el actor); encontramos esta situación como consecuencia de una defensa injustificada en relación con la reclamación de un objeto depositado o de un legado *per damnationem* o de una indemnización por daño en propiedad ajena, o cuando el vencido en un juicio, demandado luego mediante una *actio iudicati*, negaba que hubiese una sentencia contra él. Sin embargo, en todos estos casos, no había *litis crescentia* si el demandado reconocía, en términos generales, lo fundado de la acción, combatiendo meramente el importe concreto de la reclamación.

7. La *litis contestatio* convierte el objeto material del litigio en una *res litigiosa*, respecto de cuya enajenación existen ciertas reglas restrictivas.⁴⁰

8. La *litis contestatio* tenía un efecto novatorio. En el momento de declararse conforme con la fórmula, el actor perdía el derecho sustantivo que reclamaba, canjeándolo por el derecho a una justa sentencia y el cum-

tantánea de la situación económico-jurídica, obligando luego al juez a formular más tarde su sentencia con fundamento en esta situación, independientemente de posibles cambios ulteriores.

³⁹ Especialmente en el derecho honorario se encuentran varios juicios que deben llegar hasta la *litis contestatio* dentro de cierto término, a partir del momento en que ocurrieron los hechos fundantes.

⁴⁰ Inclusive la enajenación dolosa de un objeto respecto del cual existe el peligro de un litigio, puede ser anulada mediante una *in integrum restitutio* u otras medidas pretorias (*actiones in factum*): D. 4. 7. 4-8; C. 2. 54. 1.

plimiento de la misma. En vez del original *dare oportere* o *facere oportere* del deudor, viene, desde la *litis contestatio*, el *condemnari oportere*, como observa Schwind.⁴¹

Así se obtenía la realización del principio *bis de eadem re ne sit actio* (no debe concederse dos veces una acción respecto de la misma controversia). En caso de un segundo pleito: *a*) por la misma causa, *b*) sobre el mismo objeto y *c*) entre las mismas partes o sus causahabientes, el demandado podía paralizar la acción, mediante la *exceptio rei iudicatae* (en casos determinados, ni siquiera tenía necesidad de hacer incorporar esta *exceptio* a la fórmula, ya que en ellos la *litis contestatio* anterior extinguía *ipso iure* —no *ope exceptionis*— el derecho de acción).

A causa de este último efecto, se dice, a veces, que la *litis contestatio* tenía por consecuencia una *novatio necessaria*, pero no debe olvidarse que ésta ofrecía importantes diferencias respecto de la novación común y corriente. Mientras que ésta (cuando menos desde Justiniano) extinguía las garantías de la antigua obligación (fianza, prenda, hipoteca), aquélla las dejaba subsistentes; y, mientras ésta purgaba la mora, aquélla la acentuaba precisamente.

Este efecto novatorio de la *litis contestatio* explica la rigurosa doctrina de los proculeyanos, según la cual el cumplimiento, después de la *litis contestatio*, no impedía la *condemnatio*. Se trataba de un pago sin causa, que podía quizá recuperarse mediante una *condictio sine causa*, pero que no eximía al demandado del deber de cumplir la condena.⁴² A causa del progreso en la figura de la *compensatio*, y por la regla, formulada posteriormente por Paulo, de que obra con dolo quien reclama lo que luego deberá devolver,⁴³ dicho principio proculeyano perdió pronto toda importancia práctica, pero, teóricamente, tenían razón los autores en cuestión. Desde la *litis contestatio*, el demandado ya no debía lo que el actor había reclamado originalmente, sino que tenía necesidad de aceptar su condena y cumplirla. Por tanto, el cumplimiento del deber original era, en realidad, un cumplimiento de un deber que ya no existía.

Este efecto novatorio tenía importantes consecuencias, en caso de un error en la demanda. Tal error podía consistir en una *minus petitio* o en una *plus petitio*;⁴⁴ y, en este último caso, en el cual, por lo tanto, el actor comete una exageración, debemos distinguir lo siguiente:

a) *Plus-petitio re* (el deudor debía cuatro mil y el acreedor demandaba cinco mil).

b) *Plus-petitio tempore* (la deuda vencería mañana y el acreedor demandaba hoy).

c) *Plus-petitio causa* (el deudor podía entregar, a su elección, *A* o *B*, y el acreedor demandaba el valor de *A*, haciendo indebidamente la elección que correspondía a la parte contraria).

d) *Plus-petitio loco* (el deudor debía entregar trigo en Sicilia y el acreedor reclamaba su entrega en Roma).

En todos estos casos, el acreedor pedía algo que no le correspondía, y, por tanto, perdía el juicio. A causa del principio de la congruencia entre sentencia y demanda, aplicado rigurosamente, el juez no podía dictar una sentencia por algo distinto de lo que había reclamado el actor.

Además, a consecuencia del efecto novatorio de la *litis contestatio*, el actor había abandonado su derecho original, recibiendo en cambio el derecho al cumplimiento de una sentencia que, en estos casos, tenía que resultar absolutoria; perdía el juicio y también la posibilidad de intentar luego otra acción relacionada con el derecho sustantivo para el cual quería obtener eficacia.

En caso de *minus-petitio*, las consecuencias eran menos graves: como el derecho menor está comprendido en el mayor, podía observarse el principio de la congruencia, condenándose al demandado exactamente a lo que hubiera pedido el actor y permitiéndose a éste completar con una segunda acción la primera, si ésta no había agotado su derecho sustantivo.⁴⁵

87. EL PROCEDIMIENTO APUD IUDICEM. Si en el procedimiento *in iure* encontrábamos la lucha por la fórmula, en el *apud iudicem* hallamos la lucha por la sentencia, y la parte medular de esta lucha era la tentativa, por ambas partes, de comprobar los hechos en que se fundaría su *actio*, *exceptio*, *replicatio*, etc. Mas también intervenían algunos factores de derecho, especialmente si la *intentio* era *in ius concepta*, de manera que las partes también trataban de convencer al juez respecto de cuestiones puramente jurídicas (también en los alegatos, ya que éstos se referían a cuestiones de hecho y de derecho).

Generalmente, tres días después de la *litis contestatio*, las partes se presentaban ante el juez. En este momento, ya no había necesidad de fianzas que asegurasen su comparecencia; su propio interés les impulsaba a presentarse puntualmente; de lo contrario, uno corría el riesgo de ser considerado contumaz.

Respecto del demandado, se suavizó el rigor del sistema en la época imperial, exigiéndose que fuera citado por edictos, tres veces, con diez días de intervalo, antes de que se le declarara en contumacia. Es de notar que ésta, aunque en la práctica significaba generalmente la pérdida del proceso, no tenía automáticamente esta consecuencia: *absens, si bonam causam habet, vincet* (el ausente vencerá, si tiene una buena posición jurídica).

⁴¹ Sin embargo, si el actor no había agotado su derecho en su *actio*, el deudor podía oponerle la *exceptio litis residuae* o *litis dividuae* (GAYO, IV, 122). Estas medidas tenían por fin evitar que el actor fraccionase su reclamación para así experimentar con diversas tácticas procesales y diversos pretores, a modo de sucesivos globos de ensayo (JHERING, *Espíritu*, III, 263).

⁴¹ *Römisches Recht*, Viena, 1950, pág. 119.

⁴² Véase GAYO, IV, 114.

⁴³ D. 50. 17. 173. 3.

⁴⁴ ¿Más correcto: *minoris petitio, pluris petitio*?

La instancia *apud iudicem* se componía de diversas fases, mostrando algunos claros incisos; y el orden requería que, salvo contadísimas excepciones, un acto que hubiera tenido su debido lugar en una fase pasada, no podía realizarse ya en otra posterior; por ejemplo, durante la fase reservada al desahogo de las pruebas, no debía ofrecerse ninguna nueva prueba. Evidentemente, el *plus* en materia de seguridad y orden tenía, como precio, a veces, un *minus* en materia de equidad. Pero, si no se fijara a cada acto procesal su propio y exclusivo momento, "el pleito se convertiría en un altercado que subiera y bajara, como las olas del mar, sin progresar", algo que sería contrario a la idea medular de *pro-ceso* y de *pro-cedere* (ir adelante).⁴⁶ En casos normales, el procedimiento *apud iudicem* se componía de las siguientes fases: ofrecimiento, admisión o rechazo, y desahogo de las pruebas; alegatos, y, finalmente, sentencia (en las *legis actiones* encontraríamos, probablemente, la misma serie de actos procesales).

Los hechos controvertidos debían ser comprobados. En cambio, el derecho romano escrito no requería pruebas; *iura novit curia* (el tribunal conoce el derecho). Notemos, empero, que el derecho consuetudinario no quedaba amparado por este principio.

Para la práctica jurídica, esta materia probatoria era de fundamental interés. Aun teniendo todo el derecho de su parte, en caso de conflicto, se tenía que comprobar; y, si uno no lo conseguía, se encontraba en la misma situación del que no tenía ningún derecho. "La prueba es el precio por el cual en un proceso puede cada uno obtener la eficacia de sus derechos".⁴⁷

A pesar de la importancia de esta materia, aun en tiempos clásicos tanto la legislación como la *iurisprudencia* descuidaron este tema. En cambio, desde fines de la república la literatura profesional sobre la *retórica* ya analizaba algunos aspectos del procedimiento probatorio, estableciendo, por ejemplo, clasificaciones de los medios probatorios.

En cuanto al *onus probandi* (la carga de la prueba), la regla *negativa non sunt probanda*⁴⁸ (no hay necesidad de comprobar hechos negativos), que ha tenido tan indeseables consecuencias en la historia del procedimiento probatorio, no era de derecho romano propiamente dicho ni tampoco de derecho bizantino, sino producto de la Edad Media. En el derecho romano encontramos la regla de que el actor debía comprobar los hechos en que fundaba su acción; y el demandado, los hechos que justificaban su excepción, lo cual da lugar a las máximas "el actor tiene la carga de la prueba" y "el demandado se convierte en actor por lo que se refiere a la prueba de la excepción" (*reus in exceptione actor est*,⁴⁹ o sea: el demandado ocupa en relación con la excepción la misma posición que el actor en relación con la acción).

Esta distribución correspondía a un principio teleológico: se repartía la carga de la prueba, según la mayor posibilidad de cada parte de aportar el material probatorio y según el interés que tenían las partes en las pruebas. Sin embargo, en el derecho romano existían algunos casos, en que se producía una inversión de la carga probatoria; conoceremos un ejemplo en la *exceptio pecuniae non numeratae*.

El derecho romano clásico no nos presentaba un sistema de pruebas tasadas ni un sistema libre, sino una mezcla de ambos principios. Así, vemos que la prueba testimonial era siempre inferior a la documental pública; pero que, en la mayoría de los casos, se dejaba el valor de las pruebas a la libre apreciación del juez, sin que éste quedara obligado a observar cierta jerarquía entre ellas.

De acuerdo con el principio dispositivo, el *iudex* no podía exigir el desahogo de pruebas no ofrecidas por las partes.⁵⁰

Las pruebas que conocía el derecho romano eran:

1. Documentos públicos y privados, cuya importancia crece, en perjuicio de la prueba testimonial, a medida que progresa la orientalización postclásica.

2. Testigos, la prueba preferida en tiempos clásicos. La regla de *testis unus, testis nullus* es de Constantino y no existió en la fase formularia. No estaba obligado el *iudex* a ponerse del lado de la mayoría de los testigos; debía pesar, no contar. Adriano recomendaba "fijarse más en el testigo que en el testimonio".

En materia civil, no existía el deber del ciudadano de hacer declaraciones testimoniales sobre lo que le constara. Sólo si alguien se había prestado a ser testigo de algún acto jurídico, después no podía negarse a declarar al respecto, ante la autoridad judicial.

3. El juramento. No era una prueba decisiva; el juez podía libremente darle el valor que quisiera, con la excepción siguiente: la parte a la cual el adversario hubiera impuesto ("deferido") el juramento, podía devolver ("referir") el juramento. Si entonces la parte contraria se negaba a jurar, perdía el proceso.

Desde luego, quien prestaba un juramento falso incurría en graves sanciones.

4. La declaración de una parte, hasta donde coincidiera con las afirmaciones de su adversario (*confessio*), considerada a menudo como la "reina de las pruebas".

5. Peritaje. Este existía no solamente en cuestiones de hecho (agrimensores, grafólogos, médicos), sino también de derecho y sabemos que, desde Adriano, el juez debía inclinarse ante la mayoría de las opiniones de los jurisconsultos i vestidos del *ius publice respondendi*.

⁵⁰ D. 11. 1. 21, empero, contradice los diversos lugares que consagran este principio.

⁴⁶ *Espiritu*, III. 25.

⁴⁷ *Espiritu*, III. 206.

⁴⁸ Mala interpretación de D. 22. 3. 2.

⁴⁹ D. 44. 1. 1.

6. La fama pública, mencionada en una obra de Quintiliano sobre la oratoria, como una de las pruebas del proceso romano. Cuando algo era de fama pública, ya no había necesidad de ofrecer prueba testimonial; por tanto, *notoria non eget probatione*.⁵¹

7. Inspección judicial (D. 25. 4. 1; D. 2. 12. 2 —aunque esta cita se refiere al pretor—).

8. Presunciones humanas o legales (que no son auténticos medios probatorios, dogmáticamente hablando). Las presunciones legales pueden ser *iuris tantum* (admitiendo prueba en contrario) o *iuris et de iure* (no admitiendo tal prueba).⁵²

Obsérvese que no encontramos en las fuentes el juicio de Dios, la *ordalia*, tan frecuentemente utilizada en la Edad Media.⁵³ El análisis histórico demuestra, empero, algunos recuerdos de esta "prueba" en la *consertio manuum* de la *legis actio sacramento*.

Tampoco encontramos en el derecho clásico o bizantino el sistema medieval de los cojuradores que corroboraban la buena reputación de una de las partes, haciéndose responsables ante Dios de su buen derecho o inocencia, aunque no hubieran presenciado los hechos en cuestión. En vez de ser testigos que decían lo que sabían, estos cojuradores eran como fiadores morales, que arriesgaban la salvación de su alma al manifestar su propia convicción, no apoyada en hechos concretos que conocieran personalmente, sino en la impresión general que tuvieran de una de las partes.

Después del desahogo de las pruebas, las partes presentaban oralmente sus alegatos, dando su opinión sobre el resultado del procedimiento probatorio y criticando las pruebas aportadas por la parte contraria. Tales alegatos podían ser de gran importancia para el juez; pues, aunque subjetivos, teñidos de interés propio y de pasión, el propio interés hacía, muchas veces, clarividente y permitía descubrir fallas en la posición del adversario que el juez por sí solo no encontraría.

Luego, éste dictaba de viva voz la sentencia. Por el principio de la congruencia, debía tomar una de estas dos posiciones: conceder al actor exactamente lo que había pedido o absolver al demandado. La sentencia debía ser motivada, para disminuir el peligro de corrupción, facilitar la tarea del eventual juez de segunda instancia (en el sistema extraordinario) y reducir las dudas respecto de la interpretación.

En vez de dictar una sentencia, el juez podía declarar que no comprendía en qué sentido debía dictarse (*non liquet*, no es claro), en cuyo caso las partes podían recurrir al pretor, para solicitar un nuevo *iudex*.

La sentencia, una vez pasado el término de su impugnación, se consideraba expresión de la verdad legal⁵⁴ (aunque, no siempre, de la verdad

⁵¹ Ninguna necesidad hay de comprobar lo notorio, principio derivado de D. 22. 6. 9. 2 y otros lugares.

⁵² Terminología ajena al *Corpus iuris*.

⁵³ Allí, los "jueces" son sólo guardianes de las reglas del juego procesal y testigos del resultado: el verdadero juez —y muchas veces verdugo, al mismo tiempo— es Dios.

⁵⁴ *Res iudicata pro veritate accipitur* (D. 50. 17. 207).

real). Esta ficción era necesaria por razones de economía procesal (para evitar una eterna repetición de litigios sobre una misma controversia); además, sin tal ficción, la sentencia hubiera sido meramente platónica: un simple consejo, nada más. La seguridad jurídica exigía (y todavía exige) recurrir al principio de que la sentencia contuviera una verdad indiscutible, cuando ya no pudiera impugnarse.⁵⁵

La distinción entre el efecto *formal* de la cosa juzgada (preclusión de impugnaciones) y el efecto *material* (verdad que debe aceptarse como definitiva en juicios futuros) se debe a Chiovenda; su pretendido origen en fuentes antiguas es muy dudoso.

Por regla general, este efecto de una sentencia se producía sólo *inter partes* (y entre los causahabientes de las partes), no *erga omnes* (en relación con terceros) —salvo cuando se trataba la paternidad, la libertad o el *status* del "ingenuo"—.⁵⁶ La razón es evidente: no sería justo que perjudicara una sentencia resultante de un juicio en el cual yo no hubiera podido intervenir.

De otro modo, dos bribones —mediante juicios fraudulentos intentados por el primero contra el segundo, y que éste había dejado perder por no defenderse— podrían obtener un sinnúmero de sentencias a favor del primero, las cuales declararían que éste era propietario de diversos terrenos y construcciones de personas ajenas a dichos juicios, resultado completamente absurdo.

La sentencia otorgaba al actor triunfante una *actio iudicati*, para reclamar materialmente lo que la sentencia le concedía en teoría; y al demandado triunfante, una *exceptio iudicati* contra posibles reclamaciones posteriores por "lo mismo"; es decir, pleitos futuros *inter easdem personas, propter eandem causam* y *de eadem re* (entre los mismos sujetos, por la misma causa, sobre el mismo objeto).

La situación que nacía de esta *exceptio iudicati*, o sea, el famoso *non bis in idem*, tenía sus limitaciones. Si de una sola constelación de hecho nacían varias posibles acciones del mismo actor contra el mismo demandado, el principio general en esta *concurrentia actionum* era que la elección de una acción extinguía las demás. Si se había fracasado en un procedimiento interdicial para recuperar la posesión, no se podía continuar, mediante un proceso reivindicatorio, para tomar un ejemplo evidente. Sin embargo, si de una sola situación nacía una *actio rei persecutoria* y otra *poenae persecutoria*, no había nada que se opusiera a la acumulación sucesiva de estas acciones. También resulta de D. 44. 7. 34 pr., tomado de una monografía de Paulo sobre la concurrencia de acciones —pero visiblemente interpolado—, que Justiniano permitía utilizar una segunda acción,

⁵⁵ Este principio era quizá menos absoluto en la antigüedad que en nuestros días. Veremos aún que en el *Corpus iuris* existen argumentos en pro de la opinión según la cual una sentencia absolutoria injusta deja subsistente el deber controvertido, en calidad de "deber natural".

⁵⁶ Cfr. D. 25. 3. 1. 16; D. 1. 5. 25.

más provechosa, después de agotar con éxito la primera, más parca, respecto de un mismo asunto; pero la segunda acción sólo procedía entonces por el excedente que se pudiera obtener de ella.

Enumerando los rasgos típicos del procedimiento *apud iudicem*, podemos decir que se caracterizaba por otorgar un trato igual a ambas partes,⁵⁷ ser oral, por el contacto directo entre juez y partes, por su publicidad, por la libre apreciación de las pruebas (con restricciones), por el principio dispositivo⁵⁸ y por el de congruencia (es decir, una sentencia condenatoria debía ser totalmente congruente con la pretensión formulada por el actor).

88. DESPUÉS DE LA SENTENCIA. Las partes podían adoptar, respecto a la sentencia, las siguientes actitudes:

1. Acatarla, para lo cual se les concedía generalmente un plazo de treinta días.

2. Exponerse a una ejecución forzosa. Esta tomaba primero la forma de la *manus iniectio* o *pignoris capio*, que ya conocemos. Una transición entre el antiguo sistema de la *manus iniectio* y el moderno sistema, según el cual sólo los bienes responden de las deudas puramente civiles, la encontramos en la facultad concedida al pretor para autorizar al acreedor a que se llevara al deudor, no con el objeto de venderlo o matarlo, sino para que el deudor (*addictus*) liquidara su adeudo mediante su trabajo.

En el curso de los siglos se va notando que la ejecución se dirige cada vez más contra los bienes del vencido. El vencedor, ahora acreedor por fuerza de la sentencia, podía ejercer la *actio iudicati*. En este nuevo proceso, la condena se duplicaba (*litis crescentia* a causa de *infiliatio*), si el deudor no confesaba el adeudo *in iure*. Luego, el actor obtenía la custodia de los bienes del deudor, después de lo cual se convocaba a los demás acreedores, mediante anuncios públicos, nombrándose un *magister* para la administración de los bienes del vencido. Este *magister* debía hacer un inventario de estos bienes, listas de los créditos y de las deudas del deudor y averiguar si había alguna posibilidad de recuperar para el patrimonio del quebrado algunos valores perdidos, ejerciendo con este fin la *in integrum restitutio*—si el quebrado había sido víctima de determinadas prácticas antijurídicas— o la *actio Pauliana* (en caso de ciertos contratos, celebrados por el quebrado con terceros, que fueran perjudiciales para los acreedores).

⁵⁷ La fórmula *audiatur et altera pars* (escuchemos también a la otra parte) tiene su origen fuera de los textos jurídicos, en la *Medea* de SÉNECA (REIGHERT, *Lat. Sentenzen*, Wiesbaden, 1948, pág. 58). Se trata de una norma que sirve para encontrar más fácilmente la verdad histórica de un caso y también para que, en ocasiones, el vencido reconozca la justicia de su condena. Una restricción al principio de igualdad era la regla de que "la causa del actor es más dura", de modo que, en caso de duda, se resolvía a favor del demandado.

⁵⁸ D. 50. 17. 156: "a nadie se le obliga a defender sus cosas contra su propia voluntad". La acción oblicua ofrece un remedio a los inconvenientes de este principio, permitiendo a los acreedores de un deudor insolvente, que, a su vez, es inactivo en la defensa de sus propios intereses, que aquéllos ejerzan la acción que el deudor está des- cuidando.

Después de cierto plazo —más largo para los deudores vivos que en caso de difuntos—, en el cual el deudor pudiera tratar de reunir dinero con amigos y parientes, un representante de los acreedores, el *sindicus*, buscaba un *emptor bonorum*, es decir, alguien que comprara todo el patrimonio del quebrado, ofreciendo a los acreedores el pago de cierto porcentaje de sus créditos. Por tanto, el patrimonio del deudor se vendía como una unidad a una sola persona. Es ésta la *venditio bonorum*, una sucesión a título universal.

A partir de este instante, el *emptor* podía cobrar los créditos, mediante acciones que mostraban en sus fórmulas una trasposición de personas —en este caso, mediante la fórmula *Rutiliana*⁵⁹ y respondía por un porcentaje de las deudas mediante otra fórmula con trasposición. El deudor fallido continuaba siendo responsable por el faltante (Gayo II. 155).

Desde Julio César o Augusto, encontramos, además, un procedimiento más benigno en la *cessio bonorum*, no infamante como el anterior, en el que se incluía el *beneficium competentiae* a favor del quebrado. Este procedimiento se aplicaba a deudores quebrados sin su culpa, que hacían voluntariamente cesión de su patrimonio a sus acreedores.⁶⁰

Más tarde, se introdujo también el sistema del *pignus ex causa iudicati captum*, para el caso de deudores solventes que se obstinaban en no pagar. Para no tener que vender todo el patrimonio a algún *emptor bonorum*, se tomaba —con autorización oficial—, simplemente, una parte suficiente de los bienes del deudor, vendiéndolos y devolviendo al deudor el excedente que quedaba, una vez cobrada la deuda (*superfluum*, *hyperrocha*, o sea: la demasia). Esta "prenda tomada a causa de una sentencia" puede considerarse como un antecedente de nuestro embargo.

En el tercer sistema procesal romano, el extraordinario, encontraremos aún otra forma de ejecución forzosa, la *distractio bonorum*, en la que se abandonaba la práctica de vender el patrimonio del quebrado en bloque, vendiendo los bienes y créditos por partes, lo cual permitía obtener, en total, un mejor precio.^{60a}

En general podemos decir que el sistema ejecutivo romano, evidentemente, se inclinaba del lado del acreedor más de lo que suele suceder en los sistemas modernos. En la antigüedad no encontramos figuras como la suspensión de pagos, el famoso remedio que actualmente ayuda con frecuencia a evitar una quiebra inminente. La conciencia de que una quiebra tiene desventajas, no sólo para el deudor mismo, sino también para la vida económica nacional en general, es un producto del pensamiento moderno. Sin embargo, en el *Corpus iuris* se encuentran la quita y la espera, concedidas al deudor por decisión tomada por la mayoría de sus acreedores; en cuyo caso, la minoría inconforme no tiene más remedio que aceptar la situación.

⁵⁹ Trátese de construir una.

⁶⁰ También el derecho moderno trata con más clemencia al deudor sujeto a quiebra fortuita que al deudor responsable de una quiebra culpable o fraudulenta.

^{60a} La *distractio bonorum* ya se anuncia en el derecho clásico, en relación con algunas quiebras privilegiadas.

Quando el deudor era totalmente insolvente, nada tenía que hacer allí por lo general la ciencia del jurisperito: "donde no hay nada, hasta César pierde su derecho".⁶¹ La decepción de los acreedores podía entonces, en algunos casos, expresarse mediante medidas penales; pues, a pesar de la *Lex Poetelia Papiria*, encontramos todavía en el derecho justinianeo penas privativas de libertad contra determinados deudores insolventes.

También, en la actualidad mexicana, la insolvencia, agravada o provocada dolosa o culpablemente, puede dar lugar a consecuencias penales.

3. Impugnar la sentencia. Desde las primeras épocas republicanas, una parte perjudicada por una sentencia, que en su opinión era injusta, podía pedir la no ejecución de ésta por veto de los tribunos o por *intercessio* de los cónsules. Pero estos recursos eran inoperantes, desde luego, respecto de injustas sentencias *absolutorias*.

Otro recurso, la *in integrum restitutio*, de carácter extraordinario, tampoco ofrecía un remedio general, ya que sólo procedía en casos excepcionales, determinados en el edicto anual.

Este recurso permitía la anulación de una sentencia, así como de otros actos jurídicos, cuando una de las partes hubiera sido víctima de dolo, de intimidación o de un error justificable, o si un falso testimonio había originado una sentencia injusta.

Además, existía la *revocatio in duplum*, de la cual sabemos poco. En caso de abusar de ella, el recurrente corría el riesgo de ser condenado por el doble del valor del objeto del juicio.

En cuanto a la *appellatio*, aunque tenía antecedentes en el sistema formulario, se desarrolló, sobre todo, bajo el tercer sistema procesal, cuando se formó una clara jerarquía entre los magistrados. Tal jerarquía era condición indispensable del desarrollo de la apelación, ya que ésta supone que sea a un juez de rango superior a quien se someten las decisiones de los jueces inferiores.

4. También era posible que el vencido negara la existencia de la sentencia como tal (por considerar, por ejemplo, que el juez había sido incompetente). En este caso, el vencido oponía a la *actio iudicati* la *exceptio non iudicatum esse* (la excepción de que no hubo sentencia).

5. Finalmente, una persona perjudicada por una sentencia injusta, podía acatar la sentencia, pero intentar luego una *actio in factum* en contra del juez, por el cuasidelito de que éste "había hecho suyo el litigio" y reclamar una indemnización; algo parecido a nuestro "recurso" de responsabilidad.

89. EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO. El sistema extraordinario se desarrolló: a) dentro del sistema tradicional, y b) paralelamente a éste.

En cuanto a lo primero, en ciertos litigios, basados en instituciones de reciente creación, el pretor comenzaba a resolver la controversia en una

⁶¹ De esta máxima ha derivado la terminología estudiantil europea la expresión *exceptio Caesaria* —en el sentido de insolvencia—, expresión, desde luego, ajena a las fuentes romanas.

sola instancia, *in iure*, sin mandar el asunto a algún *iudex*. Así sucedía en materia de alimentos, de fideicomisos, etc.

Con relación a lo segundo, a medida que el emperador comenzó a asumir todas las funciones del Estado, se convirtió también en la cúspide de la jerarquía de funcionarios imperiales dedicados a la administración de justicia. Esta justicia imperial se desarrolló paralelamente a la justicia administrada por el pretor. Era más costosa que ésta, pero generalmente más rápida y de excelente calidad técnica y moral. Así fue tomando, poco a poco, el lugar de la justicia tradicional. En la época de Diocleciano, podemos decir que su victoria ya era completa. Dentro de este sistema imperial, los funcionarios imperiales solían investigar los hechos y dictar sentencia sin recurrir a *iudices privati*.⁶²

Lo que caracterizaba este procedimiento extraordinario, en comparación con los sistemas anteriores, era un viraje de lo privado a lo público. Por la burocratización del procedimiento, en este período de la historia jurídica, la antigua costumbre de los juicios orales comenzó a ser sustituida por el procedimiento escrito, más lento y más caro. *Quod non est in actis, non est in mundo* (lo que no existe en los expedientes, de plano no existe), dirán más tarde, irónicamente, los adversarios del sistema. El camino hacia la conciencia del juez pasaba exclusivamente a través del expediente.

El citado viraje hacia lo público se manifestó, sobre todo, en el abandono del principio dispositivo y del de congruencia. El proceso era dirigido por una autoridad que ya no tenía por qué apegarse a los deseos de los particulares; podía hacer aportar pruebas que las partes no habían ofrecido y dictar una sentencia sin ajustarse estrictamente a las pretensiones del actor. Sin embargo, el impulso procesal sigue viniendo de los particulares; la violación de un derecho privado no interesaba a la autoridad, mientras el interesado mismo no tomase la iniciativa del proceso, y era perfectamente válido el pacto por el cual una persona renunciaba a su facultad de recurrir a las autoridades judiciales en relación con determinados derechos suyos.⁶³

Los rasgos particulares del sistema extraordinario eran los siguientes:

1. La notificación, que había sido un acto privado, se transformó en un acto público (la *litis denuntiatio*), realizado, a petición del actor, por funcionarios públicos.⁶⁴ Este sistema comenzó a parecerse todavía más al moderno, cuando —en tiempos de Justiniano— el demandado recibía por intervención de un actuario (*executor*) una copia de la demanda, con la orden judicial de comparecer en una hora determinada. Si el demandado, después de la notificación, decidía defenderse, debía presentar un *libellus contradictionis* con sus contraargumentos. Debía, además, otorgar una

⁶² Aunque todavía en tiempos de Diocleciano, los magistrados podían servirse excepcionalmente de *iudices pedanei* (jueces privados delegados), seleccionados dentro del mundo de la abogacía.

⁶³ D. 2. 14. 22.

⁶⁴ *God. Theod.* 2. 4. 2.

fianza para garantizar que no se ausentaría durante todo el proceso (*cautio iudicio sisti*); y, a falta de tal fianza, podía ser encarcelado preventivamente por toda la duración del pleito.⁶⁵

2. Todo el proceso se desarrollaba ante un funcionario que formaba parte de una rigurosa jerarquía y dictaba su sentencia sin que las partes fueran mandadas a un *iudex: iurisdictio* y *iudicatio* se confundían.

3. Como la distinción de una fase *in iure* y otra *apud iudicem* desapareció, se suprimió la fórmula que era el eslabón entre ambas.

4. La *condemnatio* podía contener la orden de que el vencido debía entregar el objeto del litigio. Así culminó el desarrollo que había comenzado con la condena al equivalente monetario, pasando por la condena con cláusula arbitraria y terminando en la condena por el objeto mismo.

5. A los recursos se añadía la *appellatio* en sentido moderno, con un nuevo examen de la situación jurídica y fáctica, hecho por un magistrado de rango superior. Esta *appellatio* suspendía el efecto de la sentencia, y el abuso de este recurso era castigado severamente (hasta mediante condena al exilio).

La sentencia de la segunda instancia podía ser, inclusive, menos favorable al apelante que la de la primera (*appellatio in peius*).

Al lado de este recurso ordinario, subsistió la *in integrum restitutio*, como recurso extraordinario.

6. A los modos de ejecución se añadieron los siguientes:

a) La ejecución *manu militari* (en caso de condena por el objeto mismo).

b) La *distractio bonorum*. En caso de quiebra, los acreedores podían vender en lotes separados los bienes del patrimonio del deudor y sus créditos y repartirse entre sí el producto de la venta (observando, desde luego, los privilegios de diversos acreedores, en caso de prenda e hipoteca expresa o tácita).

Subsistió, además, la *cessio bonorum*.

7. Se permitía la *contrademandam*, la reconvencción.

8. Se abandonó, como ya hemos apuntado, el estricto principio de congruencia, permitiéndose que el juez, habiendo tenido en cuenta los argumentos del demandado, condenara por menos de lo que el actor había reclamado.

9. A causa de este abandono del principio de congruencia y por la eliminación del efecto novatorio que antes había tenido la *litis contestatio*, la *plus-petitio* perdió sus consecuencias funestas, dando sólo lugar a ciertas ventajas a favor de la parte contraria (una espera del doble del plazo comprendido entre la demanda y el vencimiento del adeudo reclamado,

⁶⁵ Este duro sistema sorprende a primera vista. Si el demandado no podía, o no quería proporcionar esta garantía, era detenido por todo el tiempo que pudiera durar un proceso, iniciado quizá de mala fe por su adversario. Sin embargo, las severas sanciones del derecho antiguo contra el actor temerario corrigen, en parte, la severidad de este sistema.

en caso de *plus-petitio tempore*; y un reembolso del triple de los gastos causados, en otros casos de *plus-petitio*).

10. Como acabamos de mencionar, la *litis contestatio* perdió, desde Justiniano, su efecto novatorio. El término subsistió; pero, desde entonces, significaba un momento procesal muy distinto, o sea, el comienzo de la audiencia, cuando ambas partes exponen sus argumentos. Algunos de los efectos de la antigua *litis contestatio* se producían en este momento.

Por el abandono, desde Justiniano, del efecto novatorio de la *litis contestatio*, el actor que se hubiera dirigido en balde a un codeudor insolvente, podía ejercer su acción, luego, contra otro codeudor, como veremos más adelante.

11. En este tercer periodo de la historia procesal antigua, se tomaron medidas especiales contra la inercia de las partes, pues se consideraba de interés público que los pletitos no se eternizaran. La *Lex properandum*⁶⁶ disponía que cada instancia caducara al cabo de tres años, no contados desde el último acto procesal, sino desde el comienzo del proceso. Dicha extinción operaba de oficio, pero el actor podía volver a iniciar el mismo proceso,⁶⁷ de manera que era una extinción de la instancia, y no de la acción misma, lo que hacía parcialmente ilusoria la intención del legislador bizantino.⁶⁸

12. También se sustituyó el principio dispositivo, en materia de pruebas, por el inquisitivo,⁶⁹ recurriendo más frecuentemente a la tortura para obtener de los testigos una colaboración más eficaz. Sin embargo, las partes mismas no podían ser obligadas a presentar una prueba contraria a sus intereses (C. 4. 20. 6); por otra parte, no se tomaba en cuenta un aspecto favorable de la confesión de un hecho propio, antijurídico (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: a nadie le favorece alegar su propia actuación antijurídica). Justiniano rechaza el "testimonio de audito" o "testimonio indirecto" ("hear-say evidence"), en Nov. 90. 2.

Justiniano extendió al proceso civil o mercantil el principio de que todo ciudadano está obligado, en caso de ser requerido, a hacer ante la autoridad judicial las declaraciones necesarias sobre lo que le conste (C. 4. 20.16 pr.).

13. El legislador, tan desconfiado de los jueces como lo era de los demás súbditos, obligó al juez a dar cierto valor a determinadas pruebas,⁷⁰ o exigiendo para la comprobación de ciertos hechos una determinada

⁶⁶ C. 3. 1. 13.

⁶⁷ C. 7. 39. 9.

⁶⁸ En tiempos de Justiniano encontramos "un derecho elaborado hasta en sus últimos detalles: el fruto maduro de la vejez; pero acompañado de procesos que no quieren terminar. Una riqueza que se ha convertido en carga; una minuciosidad que se convierte en maldición" (JHERING, *Espíritu*, II. 2. 323). A través de más de un milenio, se ha llegado al polo opuesto del derecho arcaico, con sus "normas sencillas y procesos cortos". Sin embargo, el remedio que Justiniano trata de aportar al mencionado mal es, por una parte, demasiado drástico y, por otra, ineficaz.

⁶⁹ C. 3. 1. 9.

⁷⁰ A esta fase corresponde la práctica de conceder a los documentos públicos una fuerza probatoria superior a la de la prueba testimonial.

cantidad mínima de testigos, pasándose así del sistema libre al tasado. Una creciente cantidad de presunciones legales también limitaban la libertad judicial.

14. Fue en este periodo cuando se introdujo el muy dudoso sistema de pruebas "incompletas" que podían combinarse con otras incompletas como el juramento, un solo testigo, etc.— para formar, juntas, una prueba íntegra.

El procedimiento muestra ahora las siguientes fases: la presentación del *libellus conventionis*, su notificación al demandado, presentación del *libellus contradictionis*, la *cautio iudicio sisti*, la notificación del *libellus contradictionis* al actor, una audiencia con la *narratio*, la *contradictio*, el ofrecimiento, admisión o rechazo de las pruebas, el desahogo de las pruebas admitidas, los alegatos y la sentencia.⁷¹

Con su típico respeto a la tradición, el jurista antiguo conservó muchos términos de la época formularia, a los que dio, empero, un nuevo sentido.⁷² En el *Corpus iuris* hallamos una imagen del sistema extraordinario, perturbada por tales ecos del sistema anterior y por el hecho de que en muchas citas clásicas que figuran allí, se omitió hacer las interpolaciones necesarias. En mezcla con algunos elementos germánicos, encontramos este procedimiento justiniano en las *Siete Partidas* sobre todo en la *Tercera Partida*, elaboradas con ayuda de Jacobo Ruiz (o Juez) de Murcia, ex-alumno de Bolonia e imbuido en las enseñanzas de los glosadores. A través de esta obra, y con influencias del admirable derecho procesal canónico, esta materia llega a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, quizás el producto legislativo español de más repercusión en toda Latinoamérica (con excepción de Haití y de la Rep. Dominicana), que deja sentir su impacto en México primero en el *Código Béistegui*, de Puebla (1880) y luego en el *Código de Procedimientos Civiles* del D. F. de 1884, antecedente del actual Código respectivo en nuestro D. F. (1932).

COMPARACION ENTRE LOS SISTEMAS FORMULARIO Y EXTRAORDINARIO

SISTEMA FORMULARIO	SISTEMA EXTRAORDINARIO
1. El proceso es asunto particular.	1. El proceso es asunto público.
2. El juez es mandatario de partes.	2. El juez es autoridad.
3. Sólo se admiten y desahogan pruebas ofrecidas por las partes.	3. El juez puede ordenar el desahogo de otras pruebas.
4. Hay contrato procesal.	4. No hay contrato procesal.

⁷¹ Véase: M. CARR FERGUSON, *A day in Court in Justinian's Rome*, Iowa Law Review, 46 (1961).

⁷² Cfr. el ejemplo mencionado de la *litis contestatio*, que deja de ser en el momento de firmarse el contrato procesal, para convertirse en el momento de abrirse la audiencia.

SISTEMA FORMULARIO

5. El proceso está dividido en dos fases.
6. La notificación es un acto privado.
7. La *plus-petito* tiene consecuencias desastrosas para el actor.
8. La sentencia es la opinión de un árbitro designado por una autoridad.
9. La sentencia contiene la condena o la absolución del demandado.
10. El juez debe atenerse a la demanda, en caso de condenar al demandado.
11. La condena tiene objeto monetario.
12. Los recursos son: *veto*, *intercessio*, *in integrum restitutio*, *revocatio in duplum*.
13. La ejecución se realiza mediante *venditio bonorum*, *cessio bonorum*, *pignus ex causa iudicati captum*.

SISTEMA EXTRAORDINARIO

5. El proceso es monofásico.
6. La notificación es un acto público.
7. La *plus-petito* ya no tiene consecuencias tan perjudiciales.
8. La sentencia es un acto de autoridad.
9. La sentencia puede también contener la condena del actor.
10. El juez puede condenar por menos de lo que reclama el actor.
11. La condena puede tener objeto material.
12. Los recursos son: *appellatio*, *in integrum restitutio*.
13. La ejecución se realiza mediante *distractio bonorum*, *cessio bonorum* y *manu militari*.

90. LA CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES. El derecho romano rechazó el principio moderno de la generalidad de la acción. Para cada situación jurídica típica, quería que se aplicara una acción determinada, y el error en la selección de la acción podía tener consecuencias fatales. A este respecto, el litigante moderno tiene más facilidades. Se podría decir que el jurista antiguo había creado una llave especial para cada situación controvertida, mientras que los modernos tratamos todos los pleitos con la misma "llave maestra". Así pudo decir Jhering que el derecho romano no conoció la acción, sino sólo acciones; y, como frecuentemente el pretor creaba con nuevas acciones nuevos derechos, Riccobono continúa este pensamiento diciendo, como ya mencionamos, que el derecho romano no es un sistema de derechos, sino más bien un sistema de acciones. Por esta razón, la importancia del tema de las acciones es tan primordial que cada vez más libros de texto contemporáneos tratan esta materia en primer lugar (o en el segundo, después de una introducción histórica).

En la ciencia del derecho encontramos a menudo la tendencia a hacer distinciones por el placer de hacerlas. No deseamos caer en esa falta; si se hace figurar aquí una lista de las principales distinciones establecidas en el campo de la acción romana, es porque creemos que el análisis de éstas tiene utilidad e ilumina la estructura del proceso romano. Estas distinciones son como varias fotografías Roentgen, tomadas desde diversos ángulos, con que

examinamos un cuerpo. Por tanto, deseamos ayudar al lector a formarse una clara idea de los criterios de distinción que fundaron las siguientes clasificaciones:

1. *Acciones civiles y acciones honorarias.* Las primeras tenían su origen en el *ius civile*; las segundas, en la conciencia jurídica de algún magistrado, el cual creaba la acción y la añadía a su edicto anual, cuando opinaba que alguna situación no prevista por el *ius civile* merecía una sanción jurídica.

Las acciones —y excepciones— honorarias eran generalmente pretorias; a veces, empero, son creaciones del edil (*actio quanti minoris*, *actio redhibitoria*) o del gobernador de una provincia (*praescriptio longi temporis*).

Las ramas más importantes de las acciones honorarias eran las siguientes:

a) Las *acciones útiles* (inspiradas en un modelo del *ius civile*).

b) Las *acciones ficticiae* (en realidad, acciones civiles, en las que el *iudex* debía sustituir, por orden del magistrado, determinado hecho real por una ficción, basando su decisión, por ejemplo, en la ficción de que el actor fuese romano, en vez de basarla en la realidad de que era extranjero).

c) Las *acciones adiectitiae qualitatis*,⁷³ en las que el magistrado autorizaba que en la *intentio* figurasen otras personas que en la *condemnatio* (si resulta que *A* debe a *B*, entonces condena a *A* a que pague a *C*; o si resulta que *A* debe a *B*, entonces condena a *C* a que pague a *B*, fórmulas relacionadas, respectivamente, con la *procuratio in rem suam* o con la responsabilidad del *paterfamilias* por deudas contraídas por el *filiusfamilias*).

d) Las *acciones in factum*, que no siempre se basaban en un modelo del *ius civile* y en las cuales la *condemnatio* dependía de la comprobación judicial de alguna situación de hecho, mencionada por el magistrado en la fórmula.

2. *Acciones in ius, acciones in factum y acciones ficticiae.* Ya hemos explicado esta clasificación en relación con la *intentio*. La primera clase de estas acciones era la misma que la de las *acciones civiles*. Las *acciones in factum* o *ficticias* eran del derecho honorario.⁷⁴

3. *Acciones útiles y acciones directas.* Las acciones útiles eran de creación honoraria, pero inspiradas en alguna acción del *ius civile*. Eran acciones *in factum* o *ficticiae* (en cambio, no toda acción *in factum* o *ficticia* era una acción útil, ya que con frecuencia el magistrado, cuando creaba una nueva acción, no tomaba alguna acción civil por modelo). Toda la ampliación del campo de la *Lex Aquilia*, que estudiaremos aún, era, por ejemplo, el resultado de acciones útiles. La acción civil en la cual se inspiraba el magistrado, se calificaba como la correspondiente *actio directa*.

⁷³ El término es una creación de los glosadores.

⁷⁴ Explíquese por qué razón.

4. *Acciones perpetuas y acciones temporales.* Por lo general, las acciones civiles podían ejercitarse sin limitación de tiempo, hasta que Teodosio II dispuso que prescribieran en treinta años (o en cuarenta, en algunos casos). Este plazo se contaba a partir del primer momento en que se pudo ejercer la acción, es decir, desde el momento del vencimiento de un deber personal o de la violación de un derecho real.

Las acciones honorarias debían ejercitarse, por regla general, dentro de un año o en plazos todavía menores (véase al respecto, la *actio redhibitoria*).

5. *Acciones reales y acciones personales.* Las primeras daban eficacia a derechos reales. No tenían una *demonstratio* en la fórmula y en la *intentio* no figuraba el nombre del demandado, ya que el derecho real era independiente de alguna persona obligada, por ser un derecho absoluto, oponible a cualquier persona. La *condemnatio* contenía, casi siempre, la cláusula arbitraria y el demandado debía prestar una garantía, la *cautio iudicatum solvi*. Como la *intentio* no mencionaba el nombre del demandado, éste podía sustraerse a la necesidad de firmar el contrato procesal, abandonando el objetivo litigioso al actor, durante la fase *in iure*.^{74a}

Las acciones personales sancionaban los derechos personales. Sólo carecían de *demonstratio*, si el objeto de la *intentio* era determinado. La *intentio* contenía el nombre del demandado; la *condemnatio*, raras veces la cláusula arbitraria. No había necesidad de que el demandado diera una *cautio iudicatum solvi*.

Muchas veces, la literatura romana designa las acciones personales como *condictiones*. En un principio, sólo cuando versan sobre un objeto cierto (*certa pecunia, certa res*), pero, más tarde, también si su objeto es un *incertum*. En cambio, el término original para las *acciones in rem* fue *vindicationes*.

Aunque pertenecientes a las acciones personales, las *acciones in rem scriptae* tenían una particularidad que hace pensar en las acciones reales: se dirigían contra cualquier persona que tuviera en su poder un objeto que, anteriormente, otro hubiese obtenido por un acto injusto.

Por ejemplo: Tito obtiene de Servio, con intimidación, la propiedad de un objeto. Claudio, de buena fe, compra el objeto a Tito. Servio no tiene una acción real para recuperar el objeto de Claudio (salvo si obtuviera del pretor una *in integrum restitutio*), pero sí puede intentar su *actio quod metus causa* contra Claudio. En otras palabras, la propiedad o posesión de determinada cosa era base de la legitimación pasiva en los procesos derivados de tales *acciones in rem scriptae*.

Hay que reconocer que el derecho romano fue demasiado lejos en las medidas que tomó contra la intimidación; la solución que acabamos de describir va contra el principio de la seguridad jurídica y de la protección de terceros de buena fe. La figura de la *usucapio* —con sus plazos tan breves— suavizó este inconveniente, como pronto veremos.

^{74a} Para una lista de las principales acciones reales, véase el párrafo 162.

Otra zona en que tanto las acciones reales como las personales dejaban sentir su influencia, era la de las *actiones divisoriae*, con sus tres figuras: la *actio familiae herciscundae* (división de la herencia indivisa), *actio communi dividundo* (división de la copropiedad) y *actio finium regundorum* (acción de deslinde). Como dice Justiniano,⁷⁵ en los juicios respectivos, el juez podía adjudicar propiedades (lo cual acercaba estas acciones a las reales), pero también podía equilibrar una división, imponiendo a una parte un deber pecuniario a favor de la otra (como en el caso de una división igualitaria, entre dos hermanos, de una herencia que se compusiera únicamente de una casa grande y otra pequeña). De ahí que el *Corpus iuris* atribuyese a estas acciones divisorias un carácter mixto, *tam in rem, quam in personam*.^{75a}

Otra particularidad de estas acciones divisorias consistía en ser *iudicia duplicia*: ambas partes eran, simultáneamente, vencidos y vencedores, recibiendo algo y perdiendo algo. Desde luego, muchas veces un copropietario pedía la división de la copropiedad contra la voluntad del otro, de manera que uno era actor y provocaba el juicio, mientras que el otro era demandado. Pero esta circunstancia no repercutía en la fórmula; en ésta, el *iudex* trataba a las partes sin tener en cuenta si era el actor o el demandado.

6. *Acciones ciertas e inciertas*. El criterio de distinción es aquí el objeto de la *intentio*, como ya hemos explicado.

7. *Acciones arbitrarias y acciones no arbitrarias*. Ya hemos visto que, en la fase formularia, el objeto de toda condena era una cantidad de dinero. El juez, empero, podía invitar al condenado a cumplir, de buen grado, con su deber de entregar una cosa determinada, en cuyo caso la condena quedaba sin efecto.

Así, el demandado podía evitar el eventual efecto infamante de la *condemnatio*, como en el caso de la *actio doli* o *actio quod metus causa* y de otras *actiones famosae* (es decir, de condena infamante). Además, de este modo se eliminaba el peligro de que la *condemnatio* se fundara en una equivocada valoración del objeto material del pleito.

Esta "posibilidad de escape" se otorgaba al vencido en todas las acciones reales y en las personales en que el actor reclamara la entrega de una cosa.⁷⁶ En estas *actiones arbitrarie* encontramos, antes de la *condemnatio*, las palabras: *nisi restituetur* ("si no lo devuelve voluntariamente"). Obsérvese que *restituere* tiene un sentido más amplio que *restituere* y significa *entregar*.

8. *Acciones "rei persecutoriae" y acciones "poenae persecutoriae"*. Las primeras tenían por objeto la reincorporación, en el patrimonio del actor, de un elemento perdido o de su equivalente en dinero. El actor no ganaba nada, sino que evitaba o remediaba una pérdida. Las *poenae persecutoriae*,

⁷⁵ *Inst.*, 4. 6. 20.

^{75a} Para una lista de las principales acciones personales, véase el párrafo 232.

⁷⁶ I. 4. 6. 31.

por el contrario, tenían por objeto una ganancia para el actor, mediante las multas privadas que estudiaremos al tratar de los delitos privados.

Las acciones *poenae persecutoriae* eran acumulativas en caso de coautoría. Las *reipersecutoriae*, en cambio, se dirigían en tal caso contra deudores solidarios; si uno pagaba, el acreedor perdía su derecho contra los demás (y entre el que pagó y los demás coautores nacía un relación de regreso).

Además, mientras que la acción *reipersecutoria* podía dirigirse contra el heredero del delincuente, esto no ocurría en la *poenae persecutoria* (aunque, desde la *litis contestatio*, los herederos del delincuente respondían de las consecuencias del juicio a causa del efecto novatorio de ésta).

Por regla general, los herederos de la víctima podían ejercer una *actio poenae persecutoria* contra el delincuente, salvo el caso de acciones en las que se buscaba más bien una venganza que la obtención de una ventaja⁷⁷ (las acciones *vindictam spirantes*), cuyo ejemplo típico era la *actio iniuriarum* en caso de difamación (principio conservado en el derecho moderno: los herederos de la persona difamada no pueden presentar la querrela respectiva).

Cuando, posteriormente, se aplicó parte de la multa privada a la reparación del daño causado por *iniuria*, la *actio iniuriarum*, antes *poenae persecutoria*, se volvió mixta.

9. *Acciones personales de derecho estricto y acciones personales de buena fe*. Las primeras daban lugar a un proceso, durante el cual el *iudex* debía atenerse estrictamente a los términos del contrato, interpretados en forma literal, sin que se permitieran consideraciones de equidad ni alegarse "las circunstancias especiales del caso", "la intención de las partes", "las costumbres del comercio", etc.

Tales acciones nacían de contratos unilaterales. Las derivadas de contratos bilaterales eran de buena fe y permitían al juez una gran libertad de apreciación. En su *intentio* figuraba la expresión *ex fide bona* u otra equivalente.

Las fuentes no extienden esta clasificación a acciones reales o derivadas de cuasicontratos, de delitos o de cuasidelitos.

Cuando, hacia el florecimiento del período clásico, se permitió con mayor amplitud el ejercicio de la *actio doli* o *exceptio doli*, la idea de la equidad penetró también en acciones de estricto derecho, con la particularidad de que, en juicios *stricti iuris*, el demandado, víctima de dolo, debía exigir que en la fórmula se añadiera expresamente la *exceptio doli*, ya que, de otra manera, el *iudex* no podría tener en cuenta la existencia del dolo. En cambio, en un proceso de buena fe, aun cuando el demandado no pidiera *in iure* la *exceptio doli*, el *iudex* podría examinar *in iudicio* si había habido dolo y absolver al demandado, en caso de comprobarse la conducta dolosa del actor, ya que *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*.

⁷⁷ D. 37. 6. 2. 4.

Ejemplo de la finura que encontramos en el pensamiento clásico, tan rico en matices, es la distinción entre las acciones *bonae fidei* y las *in bonum et aequum conceptae*. En el primer caso, el *iudex* debía decidir, de acuerdo con la equidad, si procedía una condena o no. En el segundo, en cambio, el *hecho de la condena* dependía de consideraciones del estricto *ius civile*; pero en la *medida de la condena*, el juez podía introducir elementos de equidad.

10. *Acciones de condena simple, doble, triple o cuádruple*. Si el valor indicado en la *intentio* correspondía a la *condemnatio*, la acción era de condena simple. Si la *condemnatio* facultaba al juez para condenar por un valor múltiple del de la *intentio*, la acción era de condena doble, triple o cuádruple, según el caso.

11. *Acciones populares y acciones privadas*. En el primer caso, el actor obraba en defensa de un interés general; pero, en recompensa, él mismo recibía con frecuencia la totalidad o una parte de la multa a la cual se condenaba al demandado, en caso de prosperar la acción; el erario no se beneficiaba con tal multa o se conformaba con una parte solamente. Un caso típico de la acción popular era la *actio de positis vel suspensis*, que mencionaremos en relación con los cuasidelitos. Para un ejemplo moderno, véase art. 111^{IV} Const.

El derecho a continuar el juicio y cobrar la multa o dicha participación no se transmitía a los herederos, si el actor moría antes de la *litis contestatio*. Tal transmisión sería superflua, ya que el heredero, que generalmente era otro ciudadano, podía en tal caso iniciar un nuevo juicio en el cual él mismo figurase como defensor de los intereses de la comunidad.

12. *Acciones prejudiciales y acciones que tienden a una condena*. A veces, el actor pedía sólo que el magistrado autorizase al *iudex* para que investigase algunos hechos que, a su vez, serían elementos para una acción posterior de cuyo resultado el actor esperaba obtener una condena. En tales acciones prejudiciales, la fórmula contenía una *institutio iudicis* y una *intentio*, pero carecía de *condemnatio*. Esta acción prejudicial se parece a nuestras diligencias preparatorias de juicio ejecutivo.

Dichas clasificaciones (y podrían citarse otras más) no siempre son herméticas; algunas acciones no encuentran en ellas un lugar definido. Así hallamos una zona dudosa entre las acciones reales y las personales, en la que debemos colocar las acciones divisorias.

91. LOS INTERDICTOS. Ahora debemos examinar una interesante figura del derecho procesal romano: el interdicto. Este no era una sentencia, sino una orden condicional y administrativa, dirigida a un ciudadano por el magistrado, a petición de otro ciudadano, a base de una investigación que no pasaba de ser rápida y superficial.

El interdicto ordenaba a la persona a quien se dirigía, observar determinada conducta, siempre que la hipótesis mencionada al comienzo del interdicto correspondiese a la realidad.

El fundamento de los interdictos no era la *iurisdictio*, ni tampoco la *iudicatio*, sino el *imperium* del magistrado, su facultad discrecional de dar órdenes.

El interdicto, por tanto, tenía esta forma general: "si es verdad que... entonces te ordeno (o prohíbo) que hagas lo siguiente:...". En caso de obediencia por parte de la persona que recibía el interdicto, ahí terminaba el asunto. Pero en caso de desobediencia, se iniciaba un juicio para determinar si verdaderamente hubo tal desobediencia, es decir, para determinar si la hipótesis contenida en el interdicto correspondía, o no, a la realidad. En tal juicio, el actor alegaba la desobediencia no justificada del demandado, y éste, a su vez, podía alegar que su deber de obediencia era un deber condicionado, deber sólo existente en caso de correspondencia entre dicha hipótesis y la realidad, y que tal correspondencia no existía. El magistrado podía entonces obligar a las partes a prometerse mutuamente cierta cantidad de dinero, en caso de no tener razón, y enviaba luego el asunto a un *iudex*, después de elaborar la fórmula del caso.

Este sistema *permittit evitar muchos litigios*. En general, una persona que se comportaba en forma antijurídica y que recibía luego un interdicto, haría bien en obedecer de buen grado; en la mayoría de los casos comprendía que de otro modo la parte contraria iniciaría un proceso, en el cual perdería quizás una fuerte cantidad de dinero a causa de la mencionada *sponsio* que el pretor le impondría (además de verse obligado a abandonar su actitud antijurídica).

Las respectivas órdenes podían mandar, en forma condicional, entregar algo (*restituere* en latín jurídico es *entregar* en general, no necesariamente restituir), exhibir algo o no hacer algo (respectivamente: interdictos restitutorios, exhibitorios o prohibitorios).⁷⁸ A primera vista, parece que deberíamos añadir una cuarta categoría: la de los interdictos que ordenaban la *entrega* de algo (y no sólo la restitución o devolución), como en caso del *interdictum salvianum*, o el *interdictum quorum bonorum* por el cual el pretor ordenaba entregar la herencia a los que tenían un derecho *ab intestato* a la misma, no de acuerdo con el *ius civile*, sino según el derecho honorario. Insistimos en que el verbo *restituere* era mucho más amplio que el *restituere* español y abarcaba también la entrega de algo que nunca perteneció a la persona que lo recibía, de manera que las tres citadas categorías bastaban para llenar el campo de los interdictos.

En los prohibitorios encontramos siempre el término *veto*. Mediante ellos, el pretor prohibía, por ejemplo, que se impidiera el entierro de un cadáver en un cementerio; que se hiciera una construcción privada en la vía pública; que se impidiese la realización de obras de reparación en la vía pública; que se prohibiese el paso de alguien por un lugar público; que se hiciese algo que produjera entorpecimiento en la navegación fluvial; que se cambiase por violencia la situación posesoria actual (*interdictum uti*

⁷⁸ GAYO, IV, 140.

possidetis, para inmuebles) o la situación posesoria resultante del cálculo respecto a la posesión más prolongada durante los últimos doce meses (*interdictum utrubi*, para muebles).

Los interdictos restitutorios obligaban a lo siguiente: a) a restablecer una situación original (como cuando alguien había construido en la vía pública o había realizado una obra que impedía la navegación); b) a entregar algo (*interdictum quorum bonorum*, *interdictum salvianum*, ya mencionados) o c) a devolver algo (*interdictum de vi*, *interdictum de clandestina possessione*, que se explicarán en el párrafo 128).

Los interdictos exhibitorios obligaban al destinatario a mostrar algún documento (por ejemplo, un testamento) o a presentar a alguna persona en la oficina del pretor (por ejemplo, con objeto de averiguar si alguien había secuestrado a otra persona).

Otra división de los interdictos era la que distinguía entre los *interdicta simplicia* o *duplicia*. En el primer caso, uno reclamaba y el otro debía obedecer; en el segundo, el solicitante se servía de un arma de dos filos. Por ejemplo, el *interdictum uti possidetis* contenía una orden que petrificaba la situación posesoria actual, dirigiéndose a ambas partes. El mismo título de *interdictum uti possidetis*, con su segunda persona en plural, indica que este interdicto —prohibitorio— lanzaba su orden contra ambas partes. Más claro todavía era el carácter de *interdictum duplex* en el *interdictum utrubi* que otorgaba la posesión al que hubiese poseído por más tiempo, durante el año anterior, de manera que podía inclusive arrebatarse la posesión al solicitante de este interdicto (véase el párrafo 128).

Aunque no todos los interdictos prohibitorios eran *duplicia*, todos los *interdicta duplicia* eran prohibitorios.⁷⁹

Un importante grupo de interdictos servía para proteger la posesión (véase párrafo 128). Estos interdictos posesorios se dividían en tres grupos:

1. Los *interdicta adipiscendae possessionis*, de carácter restitutorio (recuérdese lo dicho sobre el significado amplio del verbo *restituere* en latín), por los cuales un ciudadano reclamaba la posesión (ejemplo: *interdictum quorum bonorum*, *interdictum salvianum*).

2. Los *interdicta retinendae possessionis*, por los cuales el poseedor se defendía de antemano contra toda futura invasión de su posesión, que le amenazaba, o contra una invasión parcial de su posesión (como en el caso del *interdictum uti possidetis*, *interdictum utrubi*) o contra actos que impidiesen el ejercicio de una aparente servidumbre (*interdictum de itinere actuque privato*, etc.).

3. Los *interdicta recuperandae possessionis*, por los cuales uno intentaba anular el efecto de una invasión total y plenamente realizada (como en el caso del *interdictum unde vi*, de *clandestina possessione* o de *precario*).

⁷⁹ La explicación es fácil. Se puede prohibir lo mismo a dos personas distintas, pero no se les puede ordenar, por ejemplo, que ambas entreguen un mismo objeto.

Según el caso, un mismo interdicto servía, a veces, para obtener la posesión y, en otras ocasiones, para recuperarla. Así, si *A* ejercía la *reivindicatio* y el demandado *B* se negaba a dar la *cautio iudicatum solvi*, el pretor daba un *interdictum* para que *B* entregara a *A* la posesión del objeto litigioso (*interdictum quem fundum*, etc.). Si *A* ya había tenido la posesión del objeto, se trataba de un *recuperare*; de lo contrario, de un *adipisci*.

Poco a poco, el romano se acostumbró a utilizar acciones para remediar situaciones a las que antes había aplicado interdictos. Así, en el desarrollo de la hipoteca, vemos que la introducción del carácter real de esta institución se produjo mediante la *actio serviana*, que vino a mejorar el sistema (personal) del *interdictum salvianum*. En tal caso, pues, se prefería la creación de una nueva acción a un nuevo *interdictum*, es decir, se consideraba más práctico que el magistrado no expidiese primero una orden condicionada, para mandar investigar luego si la eventual desobediencia era justificada o no.

Por esta conversión de interdictos en acciones, en las fuentes del derecho romano encontramos frecuente mención de interdictos y acciones que sirven a un mismo fin (*interdictum ad exhibendum*, *actio ad exhibendum*, etc.), en cuyo caso los interdictos son más antiguos que las acciones correspondientes.

En el derecho actual sobrevive el término *interdictum*,⁸⁰ pero ya no para designar la institución que acabamos de describir, sino más bien como una etiqueta antigua de acciones especiales.

92. LOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS. En el periodo clásico, no se había sentido la necesidad de procedimientos más rápidos, al lado del ordinario; el pretor, “más legislador que juez” (Biondi), con sus facultades discrecionales y la dispersión de la molesta labor de investigar los hechos en un sin fin de *iudices privati* (“más árbitros que jueces”, según Biondi), dieron lugar a una administración de justicia, razonablemente rápida. Pero, durante el periodo que va de Constantino a Justiniano, toda la labor antes confiada a jueces privados se concentró en la persona del magistrado-juez, y el Estado, por desconfianza hacia sus propios funcionarios, hizo que la práctica forense quedara abrumada con una creciente masa de disposiciones procesales. En esta nueva situación, fue necesario crear un procedimiento más ágil para determinados casos, bien a causa de su insignificancia (*vilitas negotii*), bien porque su índole especial no permitía trámites largos (como en materia de alimentos: *venter non patitur dilationes*: el estómago no puede esperar). En algunos casos, la ley permitía que el magistrado juez se contentara con pruebas superficiales, con una *prima facie evidentia* (*summatim cognoscere*), en cuyos supuestos, y como remedio a los evidentes peligros de la investigación insustancial, la sentencia tenía, a veces, una eficacia reducida. En otros casos, la *vilitas negotii* hacía que el legislador

⁸⁰ Como en el art. 16 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

excluyese la posibilidad de apelar o redujese los requisitos formales, permitiendo, por ejemplo, un procedimiento oral (*sine scriptis*) o una muy somera protocolización de la audiencia, o el tratamiento del caso por algún funcionario inferior, no tan sobrecargado como el propio magistrado (procedimiento *de plano*, en vez de *pro tribunali*). Biondi opina, con justa razón, que el derecho antiguo no conoció "un procedimiento sumario", sino más bien excepciones aisladas al procedimiento normal.⁸¹

Cuando, en la Edad Media, el procedimiento sufrió de nuevo una invasión de minuciosas formalidades dilatorias, surgió, una vez más, el deseo de crear, paralelamente al procedimiento ordinario, otro más rápido, y los juristas, imbuidos ya del redescubierto derecho justiniano, se inspiraron pronto en estas diversas particularidades tendientes a una mayor rapidez que se manifestaron desde Diocleciano en varios casos excepcionales, para crear un procedimiento sumario. Esto fue luego compilado en forma más clara por una decretal del papa Clemente V, de 1306 o 1314 (*Clementinae* 2. 1. 2), antecedente del juicio sumario de nuestros códigos.

93. *POENAE TEMERE LITIGANTIUM*. Entramos ahora en uno de los temas más delicados de la política jurídica: ¿cómo se debe castigar al actor temerario o al demandado que se defiende temerariamente?

Por una parte, hay que evitar que el público abuse de los órganos jurisdiccionales e inicie procesos a sabiendas de que no tiene razón, sólo para irritar al adversario, o con la esperanza de que el juez se equivoque, defendiéndose sólo para ganar tiempo o especulando con la idea de que la parte contraria, para evitar más molestias, se declarara dispuesta a un abandono parcial de su derecho, a cambio de la ansiada paz.

En otras ocasiones, la obstinación de una parte (que, quizás, efectivamente tiene la razón) hace que los órganos jurisdiccionales tengan que gastar en asuntos insignificantes su precioso tiempo, algo que el derecho romano condenaba con la famosa frase *de minimis non curat praetor*:⁸² el pretor no quiere ocuparse de bagatelas.

Sin embargo, por otra parte, no deben ponerse demasiados obstáculos a los que quieren litigar ni tampoco agravar excesivamente su riesgo; sólo por una activa defensa de los derechos subjetivos puede subsistir el derecho objetivo.⁸³

En el derecho romano, se adoptó originalmente el siguiente sistema: cada parte soportaba primero sus propias costas procesales, pero la que

⁸¹ B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, BIDR 30, 1921, pág. 42. Sobre el procedimiento *pro tribunali*, véase DULL, ZSS, 52 (1932); y WENGER, ZSS, 59 (1939). Para el procedimiento *sine scriptis*, A. STEINWENTER, ZSS, 76 (1959).

⁸² D. 4. 1. 4.

⁸³ Recuérdese la obra de JHERING, *La lucha por el derecho*, con la tesis de que todos tenemos el deber moral y cívico de exigir respeto a nuestro derecho. Si preferimos la paz o la comodidad a nuestros derechos subjetivos, todo el sistema del derecho objetivo se hace inseguro; y nuestra irritabilidad jurídica debe extenderse también a los casos en que la propia defensa nos cueste más molestias que la violación de nuestros derechos.

perdía pagaba al vencedor una multa privada, generalmente mayor que las costas procesales. En algunos otros casos, la defensa injustificada duplicaba la condena.

En tiempos de Zenón (474-491 d. de J. C.), mediante una constitución que encontramos en forma resumida en las *Basilicas* y confirmada por constituciones justinianas,⁸⁴ se inicia el sistema de que el vencido reembolse al vencedor los gastos procesales, a veces muy altos, pues en la época del Bajo Imperio no sólo los abogados, sino también los órganos jurisdiccionales exigían grandes sacrificios de las partes.

Estaba ya muy lejano el idílico periodo republicano con pretores que trabajaban sin salario, rodeados de un *consilium* de "jurisprudentes", igualmente honoríficos, que escuchaban a abogados que quizás esperaban la futura gratitud de sus clientes, pero no en la forma torpe de honorarios fijados de antemano, ¡forma que quizá conviene en las relaciones con el zapatero, pero no con un "sacerdote del derecho"! Además, ahora el Leviatán del Bajo Imperio quería que cada ciudadano que viniera a molestarlo, llegara, cuando menos, con dinero en la mano.⁸⁵

El sistema introducido por Zenón, caracterizado por el adagio de *victus fert expensas* (el vencido paga las costas), no es muy satisfactorio. En primer lugar, el vencedor tenía que adelantar las costas procesales, lo cual colocaba al rico en mejor posición que al humilde. En segundo lugar, la práctica jurídica era tan compleja que frecuentemente se presentaban situaciones en que ambas partes podían creer, honradamente, que tenían razón y en que los mismos jueces no veían claramente de qué lado debía inclinarse la balanza de la justicia. En tales casos, no era justa una condena en costas que acompañara automáticamente a la derrota (estas mismas objeciones son válidas en relación con el anterior sistema de la multa privada impuesta al vencido).

Paralelamente a este sistema de Zenón, encontramos varias figuras procesales que lo afinan. Además de la condena automática en costas, con frecuencia se castigaba con una condena por el doble al demandado que se defendía injustificadamente, como ya hemos visto.

La sanción anterior sólo procedía en contra del demandado temerario, pero la *sponsio* procedía contra cualquier parte, actor o demandado, que se hubiera comportado temerariamente; en varias acciones, las partes debían obligarse mutuamente, mediante una *sponsio*, a pagar, en caso de perder el pleito, cierto porcentaje del objeto del litigio, como castigo por su temeridad.

La medida anterior sólo procedía en determinadas acciones. En cambio, en todas el actor podía pedir al demandado la declaración solemne, en forma de juramento, de que no se defendía de mala fe, *calumniae*

⁸⁴ Como C. 7. 51. 5.

⁸⁵ Precisamente, para evitar el regreso de estas *sportulae* —gastos procesales que reclamaban los tribunales, de acuerdo con tarifas oficiales—, la Constitución Mexicana anuncia que la administración de justicia es gratuita.

causa.⁸⁶ Si resultaba entonces que el demandado sí se había defendido de mala fe, incurría en las penas por juramento falso. Estas penas públicas, sin embargo, no daban al actor mismo ninguna ventaja material o indemnización. El demandado, a su vez, también podía pedir al actor el juramento de que éste obraba de buena fe.

En caso de resultar que el actor había obrado de mala fe, el demandado absuelto podía ejercer contra él un *iudicium contrarium* por una décima (en algunos casos, una quinta) parte del valor del litigio original (sistema suprimido por Justiniano).

Con estas medidas y algunas otras más (como el efecto infamante de determinadas condenas, que puede ser un motivo para preferir arreglos extrajudiciales), el romano trataba de guardar el espíritu litigioso dentro de límites aceptables, sin llegar a tal grado de severidad que una persona, que honradamente pensaba tener razón, ya no se atreviera a correr el riesgo de un proceso.

94. LA PERSONALIDAD EN EL PROCESO. En cuanto a la designación de las partes, el término *reus*, que primero se refería tanto al actor como al demandado, poco a poco se reservó exclusivamente para el demandado, trasladándose luego, en la terminología moderna, al campo penal (*reo*).

Era posible que varias personas actuaran en un solo proceso como actores o como demandados, en cuyo caso hablamos, tanto en el derecho romano como en el moderno, de un *litis consortium*.

También era posible que alguien actuara como actor o demandado, en primer término, mientras que otro asistiera al proceso con un papel secundario, como coadyuvante. Esta intervención podía hacerse por libre iniciativa del coadyuvante o más bien en cumplimiento de un deber suyo (como en el caso del vendedor obligado a coadyuvar al comprador, si un tercero demandaba a éste, alegando mejor derecho al objeto comprado).

Aunque, en otros sectores jurídicos, los antiguos sólo lentamente habían reconocido la posibilidad de la representación jurídica, en materia procesal hubo pronto una amplia posibilidad de hacerse representar, cuando menos, desde el comienzo del sistema formulario (un desarrollo natural, en vista de la creciente complejidad de la práctica procesal que impedía que cada *paterfamilias* interviniera siempre personalmente en los procesos).

Todavía antes de ser reconocida la posibilidad de hacerse *representar* en los juicios, existía, cuando menos, la de hacerse *acompañar* en los actos procesales por peritos en el derecho o en la práctica forense, los *advocati* (literalmente, los que son llamados para asistir al proceso), los *oratores* (especialistas en el "bien decir", que deben impresionar al juez con bellas palabras, cuando quizá la pura razón jurídica no bastase para convencerlos) y los *patroni* (originalmente, ciudadanos poderosos que interve-

⁸⁶ Téngase cuidado con el término *calumnia*. Generalmente, no significaba difamación; equivalía a *mala fides*.

nían a favor de personas humildes o extranjeras —sus *clientes*— que se habían colocado bajo su protección).

Quizá sea en relación con los menores de edad, *sui iuris*, cuando encontramos, por primera vez, la representación procesal, por el tutor, todavía en plena época de las *legis actiones*. A partir de este momento, la facultad de otorgar poderes para pleitos se fue extendiendo y generalizando poco a poco.

Esta representación procesal tomaba dos formas. En primer lugar, hallamos al *cognitor*, instituido en presencia del adversario por palabras solemnes. En caso de representar al demandado, respondía personalmente del cumplimiento de la eventual condena; y el actor, para conservar su derecho de reclamar ésta también al demandado mismo, debía obtener de éste una fianza, la *cautio iudicatum solvi*, o sea, la garantía de que el demandado pagaría el objeto de la sentencia. La representación procesal, por tanto, no admitía aún que actos de *A* repercutieran automáticamente en el patrimonio de *B*.⁸⁷ Una situación análoga se planteaba, si el *cognitor* representaba al actor.

También era posible basar la representación procesal en otra figura, la del *procurator*, aceptado por el magistrado sin solemnidad especial ni necesidad de la presencia del adversario e, inclusive, sin mandato especial por parte de su representado (de manera que podía ser un *gestor negotiorum*, en vez de un mandatario). En legítimo interés de la parte contraria, tal *procurator* del demandado debía garantizar, con una fianza, que el objeto de la posible condena sería pagado por él (la *cautio iudicatum solvi*) y garantizar también que su representado aceptaría el resultado de su intervención (la *cautio ratam rem dominum habiturum*).

En tiempos de Justiniano, las dos formas de representación procesal ya se habían unificado bajo el nombre de *procurator*; el término *cognitor* se encuentra también en la literatura postclásica, pero con un nuevo significado, equivalente al de juez ("el que conoce del pleito").

Observemos todavía, al respecto, que la *cautio iudicatum solvi* era un elemento accesorio del proceso romano, que no se relacionaba únicamente con la intervención de un *procurator*. Se exigía esta fianza en cada caso en que el pretor considerase necesario proteger al actor, en forma especial, del peligro de que el demandado no cumpliera una eventual sentencia condenatoria. Así, se solía exigir esta *cautio*, por ejemplo, en las acciones reales para evitar que el demandado en posesión del objeto del pleito lo destruyera en víspera de su derrota —un peligro evidente, después de abandonarse el principio de la *condemnatio pecuniaria*—.

En tal caso, el demandado debería de todos modos una indemnización, pero la adición de la mencionada *cautio* podía sancionar dicha conducta en forma adicional. Si el demandado se negaba a otorgar en este caso la *cautio iudicatum solvi*, el actor podía reclamar la posesión interina del

⁸⁷ Cfr. párrafo 174.

objeto litigioso (mediante uno de los interdictos *adipiscendae possessionis*, como el *interdictum quem fundum, quam hereditatem* o *quem usufructum*). Luego, el antiguo demandado, ahora desposeído del objeto, en caso de que creyera tener mejor derecho podía convertirse en actor, ejerciendo la *actio reivindicatoria*, la *publiciana*, etc.; pero, por su anterior negativa a otorgar la citada fianza, su calidad original de demandado se había convertido en la de actor (que tiene generalmente un papel más difícil).

95. PANORAMA DE LA ACTIVIDAD PRETORIA. Dentro de la historia procesal del mundo imperial, la fase más original, o —cuando menos— la que más se aparta de nuestro actual derecho procesal, era la representada por el sistema formulario; y uno de los elementos de este sistema que ofrece más resistencia a la imaginación del jurista moderno es el pretor. Por esta razón, sería quizás útil terminar esta breve exposición del derecho procesal civil romano, enumerando las principales ramas de la actividad jurisdiccional de este magistrado.

1. El pretor podía dar eficacia a los derechos subjetivos, concediendo acciones preestablecidas o creando acciones *ex novo* para casos no previstos. En honor de la equidad, podía también conceder excepciones, preexistentes o creadas especialmente para paralizar alguna acción; y, de la misma manera, podía conceder *replicationes*, *duplicationes*, etc., no sólo aplicando, sino frecuentemente integrando el derecho. Luego, solía mandar el pleito a algún *iudex*, para la investigación de los hechos y para que éste dictara sentencia.

2. Además podía girar órdenes condicionadas —interdictos— en determinados casos, como acabamos de ver.

3. También disponía de medios para ejercer presión sobre los particulares. Mediante la *missio in bona* trataba de ablandar a la parte que intentara esconderse; mediante un *pignus in causa iudicati captum*, procedía contra el vencido solvente que, por obstinación, no quisiera cumplir una condena; y si *in iure* una parte no quería colaborar lealmente con el magistrado, éste podía atribuir la posesión del objeto litigioso a la parte contraria (*missio in possessionem*).

4. En algunos casos, un particular podía pedir al pretor que éste obligara a otro particular a prestar una *stipulatio praetoria* a favor del solicitante.

Por ejemplo: alguien se da cuenta de que su vecino está haciendo una excavación que podría perjudicar la estabilidad de su casa. Suplica entonces al pretor que éste, con base en su *imperium* (no en su *iurisdictio*, en este caso), ordene al vecino que le prometa, por *stipulatio*, el pago de cierta suma de dinero, en caso de realizarse el daño que, en su opinión, le amenaza. Entonces, el vecino presta la *cautio damni infecti*.

5. En otros casos, el pretor concedía la *in integrum restitutio*. En caso de dolo, error justificable, intimidación y algunos supuestos más, el pretor podía ordenar el restablecimiento de la situación jurídica que hubiera existido

tido sin las mencionadas circunstancias, sin necesidad de una fase *apud iudicem*, sino mediante un simple decreto del magistrado.⁸⁸

6. En casos determinados, el pretor asumía el papel de *iudex*, investigando los hechos y dictando sentencia. Encontramos esta *extraordinaria cognitio*, especialmente, en caso de litigios relacionados con figuras jurídicas de reciente creación. Después del florecimiento clásico, la *extraordinaria cognitio* se generalizó, como ya hemos visto.

Con posterioridad al triunfo del procedimiento extraordinario, varias de estas facultades del pretor pasaron a ser atribuciones del magistrado-juez. El pretor mismo vio, desde entonces, limitada su tarea a la organización de fiestas y espectáculos públicos. He aquí el fin, no muy brillante, de una función que, por haber creado el *ius honorarium*, fue causa de que el derecho romano, en vez de constituir solamente un derecho antiguo entre muchos, se convirtiera en elemento perenne, todavía vivo e inspirador de nuestra cultura jurídica.

⁸⁸ Sobrevivencia en *Codex iuris canonici*, cánones 1603, 1604, 1687-1689, 1847, 1905/7; Cód. Proc. Civ. D. F., 717 y ss.

CAPÍTULO V

LA FAMILIA

96. OBSERVACIONES PRELIMINARES. El contenido de este capítulo gira alrededor de tres instituciones: la patria potestad, el matrimonio y la tutela-curatela.

En realidad, el último de estos tres temas está fuera de la órbita del derecho de familia, ya que los tutores y curadores no son necesariamente parientes. Esta materia contiene cada vez más "norme assistenziali pubblicistiche",¹ y hubiera podido tratarse también como parte del capítulo de "personas", en relación con el tema de la capacidad. Sin embargo, como es necesario conocer la estructura de la familia antigua para comprender la tutela y curatela, se ha optado por explicar estas instituciones en el presente capítulo.

El derecho de familia del antiguo mundo mediterráneo no ha encontrado la misma repercusión en el derecho moderno que otras ramas. Contiene una serie de figuras expresamente rechazadas por el derecho actual —la forma particular de la patria potestad, la *manus*, etc.— y, por otra parte, los derechos canónico (imbuido de una moral más severa en materia sexual) y germánico han competido fuertemente con el romano para crear el moderno derecho familiar.

A pesar de esto, debemos insertar dicha materia en este libro por los motivos siguientes:

- a) Por su interés sociológico.
- b) A causa de diversas figuras que son antecedente directo del derecho moderno.
- c) Por el hecho de que varias partes del *Corpus iuris*² son incomprensibles si no conocemos las líneas fundamentales del derecho de familia, según el sistema romano.

En un tratado de derecho moderno, la exposición del derecho de familia debería comenzar por el matrimonio, institución central de esta materia en la actualidad. Sin embargo, en un tratado de derecho romano debemos comenzar —después de unas nociones generales sobre el parentesco— por

¹ Kaser, M., *Conferenze Romanistiche*, Trieste, 1950, pág. 41.

² Y precisamente fragmentos que ilustran, a veces brillantemente, la técnica y el arte de los jurisconsultos clásicos, y que brindan importantes sugerencias dogmáticas.

la descripción de la posición jurídica del *paterfamilias*, figura dominante en el derecho familiar antiguo.

97. AGNATIO Y COGNATIO. Uno de los grandes descubrimientos del siglo pasado fue el fenómeno del matriarcado, que reveló Bachofen en su *Mutterrecht* (1861). Este autor demostró que, a lo largo del desarrollo social, habían existido fases durante las cuales las mujeres, sedentarias y entregadas a la agricultura, dominaban en la comunidad. Ellas dirigían el culto, sólo ellas tenían propiedades. Los hombres tenían una vida errabunda en las selvas, dedicada a la caza; para ellos, las mujeres eran como fuentes en el bosque: el que tiene sed, bebe de la más cercana. Así, el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar, y el parentesco sólo se establecía por línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre, pero de madres distintas, no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la familia jurídica del hijo. La primera reacción ante este descubrimiento fue pensar que, en todos los pueblos, había existido una misma secuencia de fases: primero, una vida nómada, en que dominaba el hombre; luego, una fase, parcialmente sedentaria, agrícola, en que la mujer pasó a ser el centro de la comunidad³ establecida, y, finalmente, cuando la técnica triunfa sobre la magia, resurge un nuevo predominio del hombre.

Para unos pueblos, esta secuencia es efectivamente probable. Pero parece, por otra parte, que las fuerzas que orientan la historia humana han tenido demasiada fantasía como para dejarse encerrar en un solo esquema como éste. Así vemos que el matriarcado, del cual encontramos claros rasgos en la cultura etrusca, era completamente extraño al ambiente ario, y, por tanto, a la prehistoria jurídica romana. En el derecho romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; sólo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos: los paternos. Dos hermanos uterinos no son "hermanos"; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc.

Este sistema se llama *agnaticio*.⁴ El moderno, en cambio, no es ni matriarcal ni *agnaticio*, sino que es *cognaticio*, es decir, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, y da como resultado la familia mixta.

La historia jurídica romana nos muestra el desarrollo desde la estricta *agnación* original hasta la *cognación* del derecho justiniano.

En materia de parentesco distinguimos las siguientes posibilidades:

- a) Parentesco en línea recta ascendente (*parentes*) o descendente (*liberi*).

³ A causa de ideas mágicas, como ritos de fertilidad, y por el hecho de que gran parte de los hombres llevaban todavía una vida nómada dedicada a la caza.

⁴ *Quavo*, III, 10.

b) Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendientes).

c) Parentesco entre *adfines*, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Si este último parentesco se extinguía, al disolverse el matrimonio en que se fundaba, es cuestión que se presta a controversia.⁵

En cuanto a la computación de grados, en materia de parentesco,⁶ resulta la regla: *quot generationes, tot gradus*, o sea, hay tantos grados como generaciones. Para aplicar ésta al parentesco colateral, hay que subir al tronco común, de modo que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado; los tíos y sobrinos, en tercer grado; los primos entre sí son parientes en cuarto grado, etc.⁷

Además de este carácter agnaticio, encontramos, como segundo rasgo típico de la familia romana antigua, un vasto poder del padre sobre sus hijos y los demás miembros del hogar. La extensa patria potestad romana sólo termina con la muerte del padre, salvo excepciones, que estudiaremos pronto. Así, pues, no se extingue, como en el derecho moderno, cuando los hijos llegan a cierta edad.

98. EL PATERFAMILIAS. El centro de toda *domus* romana es el *paterfamilias*, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces, como veremos, posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas *cum manu*. Además, es el juez dentro de la *domus*, y el sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de "monarca doméstico" puede imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius vitae necisque*. Sin embargo, para medidas tan drásticas, el *paterfamilias* estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero, de la organización gentilicia; y, luego, del censor.

Así, la antigua familia romana es como una pequeña monarquía. Ya hemos visto que Bonfante considera la Roma antigua como una confederación de *gentes*; y cada *gens*, como una confederación de *domus*, de monarquías domésticas.

Esta manera de ver la antigua familia facilita la comprensión de varios temas jurídicos. Por ejemplo, de la misma manera que la antigüedad no reconocía la doble ciudadanía, tampoco podía admitir una "doble ciudadanía doméstica". En caso de matrimonio, debía establecerse claramente si la esposa entraba en la monarquía doméstica del marido (matrimonio *cum manu*), o si continuaba siendo miembro de la *domus* paterna. Quizá,

⁵ D. 3. 1. 2. 1 vs. *Inst.* I. 10. 6.

⁶ *Inst.* III. 6. 1 y siguientes.

⁷ En el cómputo de los grados en el parentesco colateral, según el derecho canónico, hay que contar las generaciones hasta el tronco común, desde la persona más remota de este tronco, de las dos en cuestión.

la función original del testamento fuera la de permitir al monarca doméstico la designación de sucesor.

Hagamos constar que no era necesario ser padre para poder ser *paterfamilias*. El término "familia" significa, en el antiguo latín, "patrimonio doméstico", significado que, más tarde, recordaremos cuando hablemos del *familiae emptor*. Así, *paterfamilias* significa el que tiene "poder" (de la misma raíz que *pater*) sobre los bienes domésticos. Observemos, de paso, que, en el latín posterior, el término "familia" comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los *famuli*, es decir, los esclavos.⁸

En la práctica moderna, la palabra "familia" significa un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco. Desgraciadamente, el término moderno peca de gran vaguedad.⁹ Unas veces, corresponde al concepto de *domus*; otras, más bien al de *gens*.

El término *paterfamilias* designa, por tanto, a un romano libre y *sui iuris* —en otras palabras, una "persona"—, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes.

Un hijo legítimo, recién nacido, cuyo padre muere, si no tiene un abuelo paterno, es un *paterfamilias*, aunque todavía sin capacidad de ejercicio, desde luego. En cuanto a la mujer, el término de *materfamilias* existió, pero sólo como título honorífico en la intimidad del hogar, y no como término jurídico. Si una romana libre y *sui iuris* dirige su propia *domus* —por ser soltera o viuda, por ejemplo—, no puede tener la potestad sobre los hijos, y necesita, personalmente, como veremos, un tutor para todas las decisiones importantes.

El antiguo *paterfamilias*, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él.

Los esclavos, los hijos o la esposa o nuera *in manu*, adquieren sólo para el patrimonio del *paterfamilias*, en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc. Como consecuencia lógica de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encuentren bajo la autoridad de un *paterfamilias* —es decir, por los *alieni iuris* y los esclavos— crean, por parte de éste, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia, deber al que puede sustraerse mediante el abandono noxal. En otras palabras, sólo el *paterfamilias* es realmente una persona. Los miembros de su *domus* reciben de él una capacidad jurídica de segundo orden, reflejada, como la luz de la luna es sólo reflejo de la solar.

⁸ Véase la explicación, probablemente interpolada, pero no incorrecta, en D. 50. 16. 195.

⁹ Circunstancia desagradable, ya que lo necesitamos para la interpretación de artículos como el 1049 del Código Civil.

Las relaciones entre los *paterfamilias* y los diversos miembros de sus *domus* son las siguientes:

a) Sobre los clientes el *paterfamilias* tiene un poder patronal que se acerca mucho al ya descrito poder del antiguo señor sobre sus libertos. Muchos autores creen que originalmente la categoría de los clientes se compone precisamente de antiguos esclavos.

b) Sobre los esclavos el *paterfamilias* tiene un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada, con las salvedades arriba expuestas.¹⁰

c) Sobre los libertos el *paterfamilias* ejerce los *iura patronatus* ya expuestos.

d) Sobre su esposa y sus nueras puede tener la *manus*.

e) Sobre los hijos y nietos tiene la patria potestad.

Debemos ahora hablar más extensamente de estos dos últimos poderes.

99. LA MANUS. Como Max Kaser ha demostrado con gran claridad,¹¹ “el antiguo derecho romano piensa en posiciones de poder. Su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa”. Todo lo que pertenece al antiguo *ius civile*, por referirse a esta distribución de cosas y seres humanos entre las diversas *domus*, está caracterizado por formas claras y plásticas.

¿Pertenece entonces el matrimonio romano al *ius civile*, conforme a lo anterior? No, ya que el mero matrimonio romano no produce modificación alguna en la distribución de cosas o personas entre las diversas “monarquías domésticas”; el padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano, y la mujer *sui iuris* que celebra un matrimonio simple, *sine manu*, conserva el poder sobre sus propios bienes.

No es sorprendente, a la luz de lo anterior, que el matrimonio romano, por quedar fuera del *ius civile*, no revista forma alguna y que, además, no intervenga en su celebración el Estado. En tiempos imperiales, cuando penetran en Italia las influencias de oriente, y, con ellas, la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico formal, los jurisconsultos sienten con frecuencia la necesidad de acentuar el tradicional carácter informal del matrimonio romano, como nos demuestra el *Corpus iuris*.

Sin embargo, este matrimonio que no pertenece directamente al *ius civile* y no reviste forma jurídica, puede combinarse con una institución netamente jurídica, la *manus*.

Si consideramos la *domus* romana como una pequeña entidad política, una especie de monarquía doméstica, entonces podemos ver la *manus* como una naturalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido. Esta *conventio in manum* puede combinarse con el matrimonio mismo—algo que es frecuente en plena época republicana—, pero también puede hacerse con independencia de todo matrimonio, como nos explica

¹⁰ Véase pág. 121.

¹¹ KASER, M., *Das Altrömische Ius.*, Gotinga, 1949, pág. 309.

Gayo.¹² En este último caso, la institución servía para que una mujer se liberara de una tutela desagradable.

La *conventio in manum* se verificaba de tres modos:

a) Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la *confarreatio*, ceremonia religiosa en honor de *Iupiter Farreus*, en presencia de un *flamen* de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer un pastel de trigo.¹³ Aquí parece, a primera vista, que encontramos una celebración formal de un matrimonio, pero, analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento *conventio in manum* y no al elemento “matrimonio”.

b) La *conventio in manum* pudo tomar la forma de una *co-emptio*, acto solemne en que intervienen el antiguo *paterfamilias* de la novia y el nuevo, y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa.

c) También puede la *manus* resultar del *usus*, por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica. No se trata de una *conventio in manum* que operara por el mero transcurso del tiempo, como sugieren algunos autores, sino que se necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original *paterfamilias* (o del tutor de la mujer). Lo anterior resulta claramente de uno de los discursos de Cicerón.¹⁴ Si la esposa no deseaba estar bajo el poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua *domus* para demostrar que seguía sujeta a ésta. De ahí que la ausencia de la esposa, durante tres días, del hogar conyugal, fue considerada como un indicio de que el matrimonio había sido celebrado *sine manu*.

Una vez que la esposa había entrado en alguna *domus* distinta a la original, el nuevo *paterfamilias*—su suegro o su marido— tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la *conventio in manum*, la esposa entraba en la nueva familia *loco filiae*, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el *ius civile* la esposa *cum manu* es tratada, en relación con varias materias—por ejemplo, cuando se trata de la repartición de la herencia del marido—, como si fuera hija de su propio cónyuge.

Aun después de caer en desuso la *manus*, el marido conservaba el poder en el matrimonio romano (D. 43. 30. 1. 5; *interdictum de uxore exhibenda*), y la tremenda decadencia social e intelectual de la mujer en la época postclásica, condenando a la mujer a los humildes placeres del hogar, ponía la realidad social en armonía con el derecho. Sólo los jusnaturalistas

¹² Inst. I. 115.

¹³ Nuestra palabra *harina* tiene la misma raíz que el término *con-farre-atio*.

¹⁴ *Pro Placco*, cap. 34. Para más detalles, véase mi estudio *Matrimonio y concubinato en el derecho romano*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Tomo VI (1956), núm. 23, especialmente, pág. 27 y siguientes.

de la Epoca de las Luces comienzan a dudar si tal situación de inferioridad de la mujer correspondiera realmente al derecho "natural".

100. LA PATRIA POTESTAS. Este poder, que normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, nos muestra los siguientes aspectos:

a) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo (*ius vitae necisque*), aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilizas o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.¹⁵

Quien puede lo más, puede lo menos. Si el padre pudo, por mucho tiempo, matar al hijo, *a fortiori* pudo venderlo o exponerlo. La venta está todavía permitida por Justiniano, siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera. La exposición es objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente, tratada como un crimen, equiparable al homicidio. Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de castigar, como el mencionado en el artículo 423 del Código Civil.

b) Por ser el *paterfamilias* la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del *paterfamilias*, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.

Augusto, empero, permite ya que el hijo sea propietario de un "peculio castrense", ganado por su actividad militar, y, bajo Constantino, se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del peculio *quasi-castrense*, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además, este emperador concedía al *filiusfamilias* la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos, etc. (*bona adventicia*).

Originalmente, el usufructo del *peculio castrense* correspondía al *paterfamilias*, pero el emperador concede un importante privilegio más al *filiusfamilias*: no sólo que, en caso de muerte del padre, el peculio en cuestión sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo pueda, inclusive, disponer por testamento de los bienes de que se trata. Un siglo después, Adriano suprime también aquel usufructo paternal.

No seguiremos aquí las diversas etapas de la liberación patrimonial del *filiusfamilias*. Finalmente, en tiempos de Justiniano, sólo los *bona adventicia* quedan todavía bajo la administración del *paterfamilias*, quien goza, respecto de ellos, de una especie de usufructo.¹⁶ Sin embargo, el donante o el

¹⁵ Cfr. D. 48. 9. 5 que demuestra que, en tiempos de Adriano, el padre que había matado accidentalmente a su hijo, pero en circunstancias sospechosas, fue castigado, y C. 8. 46. 3, de cuyo texto resulta que en 227 d. de J. C., el citado *ius vitae necisque* ya no pertenecía al derecho vigente.

¹⁶ Cfr. art. 430 del Código Civil.

de cuius, del cual estos bienes se habían obtenido, podía haber dispuesto que quedarían exentos de estas facultades paternas, a las cuales el padre mismo podía también renunciar en beneficio del hijo. Poco a poco, el derecho romano se acercaba así al derecho moderno, que ha suprimido la incapacidad patrimonial de los *alieni iuris*.

Tratándose del mencionado usufructo legal, el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo, recibiendo así una condición privilegiada en comparación con el usufructuario común y corriente. El derecho moderno ha reducido a la mitad el usufructo legal del padre respecto de los bienes de sus hijos.¹⁷ Confirmando la idea romana, exceptúa al padre del deber de dar la fianza que debe proporcionar normalmente todo usufructuario.¹⁸ Pero la gran diferencia respecto del sistema romano es que allí la administración y el usufructo duraban normalmente toda la vida del *paterfamilias*, mientras que para nosotros la mencionada situación termina normalmente cuando el hijo llega a los dieciocho años.

El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filiusfamilias*, pero podía recurrir al "abandono noxal", entregando al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo.

c) La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos, según se expresa al principio de los artículos 303 y 304 del Código Civil: la *patria potestas* se mueve hacia una *patria pietas*.

La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del *paterfamilias*), era un rasgo típico del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado. También en el mundo mediterráneo antiguo fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, no en el *ius gentium*, sino en el *ius civile*. En la práctica, empero, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la difundida costumbre de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los peculios, que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran, quedándose éstos con parte de los beneficios.

101. LAS FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD. Como fuentes de la patria potestad, el derecho romano señala una natural y general, al lado de tres artificiales y excepcionales, entre las cuales la "legitimación" requiere, empero, un fundamento natural. Faltaba, sin embargo, el actual reconocimiento por testamento y ante notario o autoridades.

a) Las *iustae nuptiae*. Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son *naturales liberi*, exentos de la patria potestad, y mientras los

¹⁷ Art. 430 del Código Civil.

¹⁸ Art. 434 del Código Civil.

hijos nacidos de relaciones transitorias son sólo *spurii*, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las *iustae nuptiae*,¹⁹ o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba —a cargo del marido de la madre—²⁰ de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc.²¹ En el derecho preclásico, empero, ningún hijo valía como tal sin un acto expreso por parte del padre (el *tollere liberum*).

Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los primeros ciento ochenta y dos días del matrimonio. ¿Debe ser reconocido expresamente por el padre, como opina el gran pandectista Windscheid? ¿O hay una presunción de que el marido sea el padre, pudiendo éste, con una mera declaración, quitar eficacia a esta presunción (Van der Kessel) o, más bien, se exigirá del marido de la madre la prueba de que el hijo no puede ser suyo (Donelo)?²²

Notemos a este respecto que el derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esta presunción.²³

Los hijos nacidos de *iustae nuptiae*, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden (desde la época clásica) reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos.²⁴

En caso de hijas, éstas tienen derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en *iustae nuptiae* son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio", y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo, con todos los efectos que ya hemos señalado.

En cuanto a la prueba de la filiación, el derecho romano admite:

1. Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto, en relación con su legislación caducaria.
2. La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.²⁵
3. En último caso, la prueba testimonial.²⁶

¹⁹ Véase pág. 207.

²⁰ *Pater est quem nuptiae demonstrant* (D. 38. 16. 3. 11 y 12).

²¹ D. 1. 6. 6. Los artículos 324 y 325 del Código Civil confirman estas soluciones.

²² Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, 1917; pág. 188 y siguientes.

²³ Código Civil, artículos 328 y 330.

²⁴ Cfr. artículos 303 y 304 del Código Civil.

²⁵ C. 5. 4. 9.

²⁶ C. 4. 20. 15. 6.

El derecho mexicano confirma estas soluciones, exigiendo, empero, que la prueba testimonial debe siempre acompañarse de algún otro medio probatorio.²⁷

b) *La legitimación*. Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:

1. El "justo matrimonio" con la madre, algo que no siempre era posible.²⁸ Aquí encontramos el antecedente del artículo 354 del Código Civil.

2. Un *rescripto* del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

3. La "oblación a la curia". En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de *decurión*, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia.

El derecho moderno todavía conoce la "legitimación" como modo excepcional de establecer la filiación, sólo que sus efectos son algo distintos, debido al diferente alcance que nuestro derecho da a la patria potestad. Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad hacía sufrir a esta última una *capitis deminutio minima*. En cambio, en el derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino que recibe importantes ventajas, como son: derechos sucesorios *abintestato*, derecho al apellido del padre, e incluso a alimentos, en caso de necesidad. A cambio de ellos, sólo se le impone el deber de dar alimentos, en el caso de que el padre legitimante caiga en la miseria.

Otra diferencia es que el derecho moderno concibe, como modo de legitimación, únicamente el matrimonio subsecuente de los padres. No necesitamos en la actualidad modos semejantes al *rescripto* imperial, ya que el padre moderno tiene la facultad de *reconocer* a sus hijos naturales ante el oficial del Registro Civil, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial,²⁹ y, a causa de estas nuevas y generosas vías que el derecho moderno otorga al respecto, se pueden reducir a una sola las tres antiguas formas posibles de legitimación.

c) *La adopción*. Por este procedimiento, el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello.

Originalmente, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, el antiguo *paterfamilias* perdía la patria potestad, según las XII Tablas; y después de la tercera venta, el

²⁷ Artículos 340 y 341 del Código Civil.

²⁸ Pensemos en el caso de una concubina respecto de la cual el marido no tuviera el *connubium*, o una concubina difunta.

²⁹ Artículo 369 del Código Civil.

adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo *paterfamilias* figuraba en este proceso ficticio como demandado. Como éste no se defendía, el magistrado aceptaba luego, como fundada, la acción del actor-adoptante. Así se combinaban tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la *adoptio*.

Justiniano decide que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecho por ambos *patresfamilias*.

Como *adoptio naturam imitatur*,³⁰ el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado y la *adoptio* creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural.³¹ Además, como el derecho imperial quiere estimular los matrimonios, sólo permite la *adoptio* a ancianos mayores de sesenta años. Si un joven quiere tener hijos, que se case.

El derecho moderno mexicano ha reducido el mínimo de edad del adoptante, de sesenta años a treinta, ya que para él la única justificación de este límite es la de asegurar que el adoptante comprenda lo que está haciendo.

Ambos derechos exigen, además, que el adoptante no tenga hijos legítimos —un requisito tratado con más elasticidad en el derecho romano que en el moderno—, para evitar que la adopción perjudique a los intereses de éstos.

Notemos de paso que la adopción es el típico ejemplo de un acto jurídico que no admite ni término, ni condición.³²

Como el adoptado salía de su familia original, perdía allí sus derechos sucesorios; y, en el caso de que su nuevo *paterfamilias* lo emancipara, se encontraba de pronto "solo en el mundo", privado de todo derecho sucesorio *abintestato*. Por eso, Justiniano declaró que el adoptado, además de adquirir un derecho sucesorio *abintestato* con relación al adoptante —pero no respecto de los parientes de éste—, conservaba tal derecho dentro de su familia original. Además, normalmente, el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado. Esta adopción, estructurada por Justiniano, es realmente sólo una sombra de lo que esta figura había sido originalmente. Fue calificada como *adoptio minus plena*; en casos excepcionales, empero, hubo todavía una *adoptio plena*, que otorgaba la patria potestad al adoptante, creando además derechos sucesorios mutuos, *abintestato*.³³

Después de una larga fase en la que la adopción cayó en desuso (salvo en unas familias aristocráticas que la utilizaron para perpetuar su nombre), la Revolución Francesa hizo de nuevo popular esta institución. Fue copiada por el derecho anglosajón, en este siglo, y creció en importancia

³⁰ *Inst.* I. 11. 4.

³¹ En el derecho moderno, diecisiete años. Artículo 390 del Código Civil.

³² D. I. 7. 34.

³³ La *adoptio plena* sólo era posible si el adoptante era un ascendiente del adoptado, por ejemplo, el abuelo materno; o el abuelo paterno, después de que éste hubiera emancipado a su hijo y a su nieto.

por el impacto de las dos guerras mundiales. El derecho moderno, empero, suele restringir la adopción de mayores (México la permite sólo tratándose de incapacitados). Por lo demás, encontramos rasgos de la *adoptio plena* (el adoptante adquiere la patria potestad si el adoptado es menor de edad) y de la *adoptio minus plena* (el adoptado no pierde sus derechos sucesorios en su antigua familia).³⁴

d) La *adrogatio*. Esta permite que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, por ej., su propio hijo natural, en cuyo caso la *adrogatio* servía como un sustituto del moderno reconocimiento. La *adrogatio* está rodeada de los mismos requisitos de fondo que hemos señalado en el caso de la *adoptio*. Sin embargo, el procedimiento formal es más severo. Esto es explicable por las siguientes razones:

Por la *adrogatio* podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía tener, como consecuencia, que una *gens* perdiera alguna rica *domus* a favor de otra *gens*, lo cual podría perturbar el equilibrio político en la antigua Roma; y, finalmente, como el adrogado entraba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante (ejemplo de una transmisión a título universal), existía un peligro de *adrogationes* inspiradas en motivos deshonestos. De ahí que la Roma republicana exigía para esta institución la aprobación de los comicios (por curias), con intervención sacerdotal. Cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta lictores, hasta que Diocleciano decidió que la aprobación personal del emperador era necesaria para la *adrogatio*, además, claro está, del consentimiento del adrogante y del adrogado.

La adrogación de impúberes sólo se permitió a partir de Antonino Pío. La legislación trataba de proteger, en tal caso, los intereses patrimoniales del adrogado. Si moría antes de llegar a la pubertad, el adrogante debía devolver el patrimonio del adrogado a los parientes originales de éste. En caso de ser desheredado por el adrogante, o en caso de ser emancipado, el adrogado recuperaba sus bienes originales. Además, en caso de desheredación, el adrogado podía reclamar una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en caso de sucesión por vía legítima, o sea, *abintestato*.

En el derecho moderno, como la división *alieni iuris-sui iuris* ya no existe (pues, repetimos, la división entre mayores y menores se funda en un criterio totalmente distinto) tampoco se necesita el dualismo de una *adrogatio* al lado de una *adoptio*.

Observemos, finalmente, que el derecho canónico medieval, en su afán de contrariar a los padres pecaminosos —pero con resultados muy perjudiciales para los hijos—, prohibió el establecimiento artificial de la patria potestad respecto de hijos propios, adulterinos o incestuosos. El sistema canónico mismo ha revisado, entre tanto, esta severa actitud,³⁵ pero su posición anterior ha dejado huellas en el derecho civil de muchos países;

³⁴ Véase artículo 403 del Código Civil.

³⁵ Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, 1957; pág. 199-200.

no así en México, que ha orientado su legislación, sobre todo, al interés de los hijos (que no tienen la culpa de ser adúlteros o incestuosos), permitiendo que sean reconocidos por el padre, aun en estos dos supuestos excepcionales.

102. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. Señalemos primeramente que los derechos relacionados con el parentesco sólo pueden extinguirse o modificarse de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

En materias tan delicadas, y de orden público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los particulares: *iura sanguinis nullo iure dirimi possunt*; ³⁶ una formulación algo torpe para decir que los derechos de la sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados. ³⁷ Un simple convenio entre padre e hijo no basta, por tanto, para terminar con la patria potestad.

Esta se extinguía por las siguientes causas:

a) Por la muerte del padre (o por su *capitis deminutio maxima o media*).

b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio maxima o media*).

c) Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la *adrogatio* del *paterfamilias*.

d) Por casarse una hija *cum manu*.

e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justiniano, también burocráticas.

f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya. ³⁸

g) Por disposición judicial, como castigo del padre ³⁹ o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general. ⁴⁰

Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertía en *paterfamilias* —aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto—, salvo en caso de adopción, adrogación del *paterfamilias* o muerte del hijo.

³⁶ D. 50. 17. 8.

³⁷ Cfr. artículo 338 del Código Civil.

³⁸ En tiempos de la república, la *emancipatio* se hizo mediante tres ventas ficticias, y así se practicó todavía en tiempos imperiales, hasta que Anastasio dispuso que se necesitaba para ella un *rescripto* imperial. Poco después, Justiniano dispone que basta una declaración ante un magistrado.

Adviértase que la antigua *emancipatio* convierte un *alieni iuris* en un *sui iuris*, mientras que la moderna emancipación da a un menor de edad la condición de un mayor con algunas ligeras restricciones. Tal conversión de menor en mayor existía también en el derecho postclásico, pero no con el nombre de *emancipatio*, sino con el de *venia aetatis* (C. 2. 45). ¡Hay que tener mucho cuidado con las semejanzas terminológicas en materia de derecho comparado y de historia jurídica!

³⁹ En caso de prostitución de una hija, por ejemplo (C. 11. 41. 6).

⁴⁰ C. 8. 51. 2.

La hija —fuera de los casos de adopción, adrogación del *paterfamilias*, muerte o matrimonio *cum manu*— se convertía en una persona *sui iuris*, sin llegar a ser jefe de una *domus*; normalmente, entraba bajo la tutela de algún pariente, como veremos.

103. *IUSTAE NUPTIAE* Y CONCUBINATO EN SENTIDO ROMANO. Fuera del *contubernium*, ⁴¹ el derecho romano nos muestra dos formas de matrimonio que de ninguna manera tenían la importancia jurídica que tiene el matrimonio actualmente (Gayo sólo menciona el matrimonio como fuente de la patria potestad).

a) *Iustae nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas.

b) Concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales si es verdad que aumentan poco a poco, nunca llegan al nivel del matrimonio justo.

Estas dos formas matrimoniales tienen los siguientes elementos comunes:

a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.

b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el *consensus* y no el *concubitus* hace el matrimonio (D. 35. 1. 15) significa, quizá, que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.

c) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron "vividitas", no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas. Para nosotros es difícil intuir lo que haya significado el matrimonio romano, pero por otra parte los romanos hubieran considerado monstruoso el hecho de que los cónyuges modernos perpetúen a veces un matrimonio, contra la voluntad de uno de ellos, una vez que haya desaparecido el afecto marital. Quizá podemos decir que la propiedad se relaciona con la posesión, como el matrimonio moderno con el romano.

Con el apogeo del cristianismo, para el cual el matrimonio es un sacramento, se comienza a organizar la celebración de aquél en forma más rígida, mientras que la Iglesia reclama, al mismo tiempo, la jurisdicción en esta materia. Desde la Reforma, en un país tras otro, el Estado ha ido arrebatando esta jurisdicción a las autoridades eclesiásticas; proceso que todavía no ha terminado en todas partes. En México sí.

¿Qué distingue las *iustae nuptiae* del concubinato? En primer lugar, si falta alguno de los requisitos (que enumeraremos en seguida) para las *iustae nuptiae*, la convivencia sexual debe calificarse de concubinato en sentido romano, no en el moderno. Pero si se reúnen estos requisitos, existe la "presunción" de que se trate de *iustae nuptiae*. Sin embargo, los cónyuges

⁴¹ Convivencia sexual entre esclavos, autorizada por los señores. Esta figura podía tener efectos jurídicos después de la *manumissio*.

pueden declarar expresamente que su matrimonio debe considerarse como una unión sin consecuencias jurídicas, aunque sí con pretensión de permanencia; es decir, como un concubinato. El consensualismo en esta materia retrocede lentamente en la época cristiana, hasta que el Concilio Tridentino (1563) concede el triunfo definitivo a un severo formalismo.

104. REQUISITOS PARA LAS IUSTAE NUPTIAE. SUS EFECTOS JURÍDICOS. El derecho romano posterior al Renacimiento divide los requisitos respectivos en dos grupos:

a) Una categoría más importante, cuya violación es un *impedimentum dirimens* causando la nulidad del matrimonio.

b) Otra categoría de requisitos, cuya inobservancia no es más que un *impedimentum tantum* (o *impedimentum impediens*) que puede dar lugar a multas, sanciones disciplinarias para el funcionario descuidado, etc., pero no a la nulidad del matrimonio.

La distribución de los requisitos en las dos categorías ha variado algo en el curso de la historia jurídica occidental. Dichos requisitos son originalmente:

a) Que los cónyuges tengan el *connubium*. Antes de la *Lex Canuleia* de 445 a. de J. C., esto quería decir que ambos fueran de origen patricio; posteriormente, significa que ambos sean de nacionalidad romana o pertenezcan a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *connubium*.⁴²

b) Que sean sexualmente capaces: el hombre, mayor de catorce años; la mujer, mayor de doce. Así, el eunuco no podía celebrar *iustae nuptiae*. El derecho canónico medieval no quiso reducirse en este punto a límites demasiado estrictos y creó la fórmula de que *malitia supplet aetatem*.

c) Que tanto los cónyuges como sus eventuales *patresfamilias* hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que éste no adolezca de vicios (error, dolo, intimidación).⁴³

d) Que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales. La tradición monogámica romana es más fuerte que la tradición poligámica del Antiguo Testamento, la tradición germánica de las "Nebenfrauen" y la naturaleza humana (véanse los reportes Kinsey). Ello no impide que la facilidad para obtener el divorcio permita a los romanos una poligamia sucesiva. Tertuliano pretende que el divorcio es como el fruto natural del matrimonio, y por San Jerónimo conocemos el caso de una mujer que era la vigesimaprimer esposa de su vigesimotercer marido.

e) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados.⁴⁴

⁴² Este requisito pierde, desde luego, mucho de su importancia por la *Constitutio Antoniniana* de 212 d. de J. C. Véase pág. 129.

⁴³ Si los *patresfamilias* rehúsan este consentimiento, sin causa justificada, una *Lex Iulia*, de tiempos de Augusto, permite que los novios se dirijan al magistrado para que éste presione al padre (D. 23. 2. 19; cfr. artículo 151 del Código Civil).

⁴⁴ Cfr. artículo 156-III y IV del Código Civil.

Esta restricción ¿es de carácter eugenésico? Las investigaciones de Freud en su libro *Tótem y Tabú* hacen inverosímil esta explicación.

El límite de lo permisible en el parentesco colateral ha variado generalmente entre tres y cuatro grados. La fase cristiana del desarrollo romanista añadió, a este respecto, el parentesco espiritual (padrinos y ahijados) al civil y extendió la prohibición hasta incluir a los *adfines* (hermana de la difunta esposa, etc.),⁴⁵ aumentándose en la Edad Media hasta catorce los grados de esta prohibición, severidad suavizada por la posibilidad de dispensas.

f) Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito sensato que no ha logrado sobrevivir en nuestra era de igualdad teórica. Para el matrimonio es indispensable cierta similitud de educación y de intereses. El actual consejo de sentido común "cásate dentro de tu propia clase social" tuvo en la antigüedad un refuerzo jurídico.⁴⁶

g) Que la viuda deje pasar un determinado *tempus luctus*, para evitar la *turbatio sanguinis*, requisito que se extendió también a la mujer divorciada y que pasó al actual artículo 158 del Código Civil.⁴⁷

h) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Sólo después de terminar la tutela y de rendir cuentas, el ex-tutor puede casarse en *iustae nuptiae* con su ex-pupila.⁴⁸

i) Además, dispersas en las fuentes, encontramos algunas restricciones más que son, por tanto, requisitos de carácter negativo. Así, el justo matrimonio no puede celebrarse entre adúltera y amante,⁴⁹ entre raptor y raptada (disposición ya derogada en nuestro derecho), con personas que hayan hecho voto de castidad (derogado en el derecho mexicano), entre un gobernador y una mujer de su provincia, etc. Merece también especial mención que el soldado no podía celebrar un matrimonio justo, porque no se quiso dar la patria potestad a personas que por su trabajo debían conservar su libertad de movimiento.

Desde el siglo II, los requisitos para el matrimonio justo se extienden en gran parte al concubinato. Pero, en compensación, éste recibe también algunas ventajas jurídicas que antes sólo acompañaban a las *iustae nuptiae* (sucesión legítima, alimentación) de manera que las dos instituciones se

⁴⁵ El parentesco artificial entre adoptado y adoptante, aun después de anularse la adopción, constituye también un impedimento (D. 23. 2. 55).

⁴⁶ Para poder celebrar *iustae nuptiae* con Teodora —de tan dudoso origen—, Justiniano tuvo que cambiar la legislación.

⁴⁷ Con un plazo más amplio del que exige la realidad biológica. Hubiera bastado un *tempus luctus* de ciento veinte días, diferencia entre la gestación más larga de diez meses, y la más breve, que todavía da resultados viables, de seis meses. Se trata de un *impedimentum tantum*. Véase mi trabajo *Una crítica y una sugestión*, "Foro de México", núm. 45, diciembre de 1956, pág. 69 y siguientes.

⁴⁸ Cfr. artículo 159 del Código Civil.

⁴⁹ Cfr. artículo 156-V del Código Civil, cruel disposición que, por fortuna, es derogada en un país tras otro.

acercan cada vez más. Sin embargo, en materia de ventajas jurídicas, el concubinato quedaba siempre por debajo de las *iustae nuptiae*.

Los efectos jurídicos de las *iustae nuptiae* son los siguientes:

1. Los cónyuges se deben fidelidad. A este respecto, el derecho romano trata más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquélla introduce sangre extraña en la familia. Las "aventuras" del marido, siempre que no tengan lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre un delito público.⁵⁰

2. La esposa tiene el derecho —y también el deber— de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda, sin su permiso, en una casa ajena.⁵¹

3. Los cónyuges se deben mutuamente alimentos,⁵² y éstos se determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los pide.⁵³

4. Como ya sabemos, los hijos nacidos de tal matrimonio caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor (salvo si éste fuera un peregrino con *connubium*).

5. Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre (por ejemplo, la condición senatorial). Desde que la Revolución Francesa acabó con el principio de que cada clase social tiene un propio régimen jurídico, es difícil, para el estudiante moderno, darse cuenta de la importancia que esta consecuencia de las *iustae nuptiae* debe haber tenido en la antigüedad.

6. Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones "para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor", de acuerdo con la curiosa formulación de D. 24. 1. 1. La *cause célèbre* de Mecenas, en tiempos de Augusto, demuestra que el temor respectivo del legislador romano no era infundado. El derecho moderno amplía, y al mismo tiempo, restringe este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyuges, pero ha sustituido la prohibición total por el requisito de una autorización judicial.⁵⁴ En cuanto a las donaciones entre cónyuges, actualmente son válidas, pero revocables en todo tiempo.⁵⁵

⁵⁰ Nov. 117, cap. 8, par. 2; Nov. 184, cap. 10, par. 1.

⁵¹ D. 43, 30. 2: *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*. Como la patria potestad no se extinguía por el matrimonio *sine manu* de una hija, y como el *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* procedía también contra el mismo padre, estamos aquí en presencia de otro caso de colisión de derechos subjetivos. Finalmente, los clásicos decidieron resolver este conflicto de derechos —en caso de un matrimonio feliz— a favor del marido, prohibiendo al padre romper un matrimonio *bene concordans* (D.43.30.1.5).

El domicilio legal de la esposa es, por tanto, el del marido (D. 50. 1. 38. 3. Cfr. artículo 163 del Código Civil).

⁵² D. 24. 3. 22. 8. Cfr. artículos 162 y 164, o 302 del Código Civil.

⁵³ D. 25. 3. 5. 13. Cfr. artículo 311 del Código Civil.

⁵⁴ Artículo 174 del Código Civil.

⁵⁵ Artículo 234 del Código Civil.

7. Además, desde la época de Augusto, se prohíbe a la esposa que salga fiadora de su marido,⁵⁶ disposición que el senadoconsulto Veleyano, de 46 d. de J. C., amplió considerablemente, quitando los efectos procesales a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligaciones, no sólo de su marido, sino también de un tercero.

8. Un cónyuge no puede ejercer contra el otro una acción por robo. El derecho moderno ha suavizado esta restricción en el sentido de que, en este caso, sólo se persigue a petición de la víctima.⁵⁷

9. En materia civil la condena que obtenga un cónyuge contra el otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida (*beneficium competentiae*), de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, etc., pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea no ha sido recogida por el derecho moderno; pero si la condena que obtiene la esposa causa la ruina definitiva del marido, la esposa le deberá alimentos, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil. Además, la culpa que es tomada en cuenta en relación con las reclamaciones entre cónyuges es la *culpa in concreto* (véase párrafo 107).

10. En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella corresponde comprobar esta circunstancia.⁵⁸

11. La viuda *pobre* tiene ciertos derechos —bastante limitados— a la sucesión del marido, si éste muere intestado.

12. La *adfinitas* con la suegra, o el suegro, constituye un impedimento para matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.

105. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. La muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio, como es lógico.⁵⁹

Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges (*repudium*). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse. Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del *repudium*, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria. Lo que hizo fue rodear la notifica-

⁵⁶ Cfr. artículo 175 del Código Civil.

⁵⁷ Código Penal, artículo 378.

⁵⁸ *Præsumptio Muciana*, D. 24. 1. 51.

⁵⁹ Y a la muerte debe equipararse el caso de la *capitis deminutio maxima*, ya que un esclavo no puede ser parte en un matrimonio, sino sólo en un *contubernium*; en cuanto a la *capitis deminutio media*, normalmente significa también la pérdida del *connubium*, de manera que produce, en tal caso, la degradación de las *iustae nuptiae* hasta el nivel del concubinato.

ción del *repudium* de ciertas formalidades (presencia de siete testigos). De otra manera, después de una violenta discusión conyugal, muchas veces no podía la esposa saber exactamente si estaba repudiada o no.

Al lado del *repudium* encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

Desde los triunfos sobre Cartago, es decir, desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazó la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente. El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros nos demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente. La tan alabada definición de Modestino del matrimonio, como una *coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae; divini et humani iuris communicatio*,⁶⁰ no era, en tiempos de este jurisconsulto, sino nostálgico recuerdo de siglos pasados.

Cuando, a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el *repudium*, fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consienta en ello.⁶¹ En cambio, se prohíbe —o, cuando menos, se castiga— el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley.

Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal *minus quam perfecta*).
- d) *Bona gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).

Justiniano aporta nuevas restricciones a esta materia, castigando también el divorcio por mutuo consentimiento; pero con esto va más lejos de

⁶⁰ D. 23. 2. 1. (Unión de hombre y mujer, que implica solidaridad en cuanto a los actos de toda la vida, y una comunidad formada a la luz de los derechos divino y humano).

⁶¹ Cfr. artículo 267 del Código Civil. En Uruguay existe de nuevo el divorcio por repudio unilateral de la esposa, sin necesidad de indicar y comprobar una causa.

lo que permite su época, de manera que su sucesor tiene que derogar las normas correspondientes.

Sólo más tarde, en la Edad Media, el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el *divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum* ("divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo"), la declaración de nulidad, dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino (véase 1 Cor., VII. 15). La teología protestante generalmente admite el divorcio por adulterio, de acuerdo con el Evangelio de S. Mateo, V. 32. En nuestra época, en vista de la secularización del derecho matrimonial, se admite con creciente facilidad el divorcio por causas enumeradas en la ley, el divorcio por mutuo consentimiento e inclusive, en unos pocos casos, la repudiación unilateral (Uruguay).

106. LA LEGISLACIÓN CADUCARIA. No debemos dar por terminado este tema sin mencionar la legislación caducaria, representada por sus principales leyes, la *Pappia Poppaea* y la *Iulia*, en las cuales Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este nacionalista necesitaba auténticos romanos para la realización de sus proyectos, y le molestaba frecuentemente que sus ciudadanos no quisieran casarse, o, ya casados, no tuvieran hijos. Por eso puso en vigor una política de premios y castigos, fijados en las citadas leyes que fueron muy impopulares.

Prohíben a los célibes y *orbi* (cónyuges sin hijos) recibir herencias y legados de personas que no pertenezcan a su inmediata familia y crean, a estas dos categorías de personas, toda clase de obstáculos en sus carreras públicas. En cambio, los ciudadanos casados y con hijos reciben varios privilegios. La disolución de matrimonios estériles, aunque basados en un razonable grado de amor conyugal, y, por otra parte, matrimonios fingidos, paternidades simuladas, etc., fueron el "ineludible fruto de esta legislación inmoral".⁶²

Como el Cristianismo de los primeros siglos —siguiendo en esto, sobre todo, las enseñanzas de San Pablo— tomaba una actitud muy favorable a la castidad y al celibato, esta legislación caducaria desapareció, finalmente, ante la influencia política de la nueva religión.

107. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ROMANO. No sería completo nuestro resumen del sistema familiar romano, si omitiéramos una sumaria descripción de las relaciones patrimoniales que podían existir entre los cónyuges. A este respecto, el derecho moderno distingue dos posibilidades fundamentales: la separación de bienes y la sociedad conyugal.

El derecho romano, empero, es algo más complicado en esta materia y distingue:

⁶² *Espíritu*, III. 269.

a) La separación total, que resulta del matrimonio *sine manu*, siempre y cuando éste no se combine con un contrato de sociedad.

Si la esposa tiene un patrimonio propio, por ser *sui iuris*, de todos modos, su matrimonio no le quita la libre administración de éste (los *paraferna*). Desde luego, la esposa puede encargar al marido que también le administre los bienes parafernales, mediante un mandato siempre revocable. En tal caso, él es responsable de un grado de cuidado, en relación con la administración de estos bienes, no menor que el cuidado que muestra en la administración de los suyos propios. Un marido perezoso y desordenado, por tanto, no incurre en responsabilidad por una mala administración parafernada, idea que expresamos diciendo que, en este caso, el marido responde sólo de su *culpa in concreto*. De él esperamos solamente una conducta que pueda calificarse de "normal" en este marido concreto, aunque sería quizá reprobable en el abstracto "buen padre de familia". En el caso de que administre los bienes parafernales en forma peor de lo "normal" en él, deberá a la esposa una indemnización por daños y perjuicios, pero, de todos modos, ésta encontrará un límite en el ya mencionado *beneficium competentiae*.

b) Una sociedad parcial o total, de bienes aportados o de gananciales, que puede resultar de un contrato respectivo entre los cónyuges.

c) La concentración de todo el patrimonio de los cónyuges en las manos del marido, como resultado de un matrimonio *cum manu*.

d) Estos tres regímenes se complican con el sistema dotal y con las *donationes propter nuptias*, que producen dentro del patrimonio del marido un subpatrimonio especial, sujeto a un régimen particular, como veremos en seguida.

108. LA DOTE. El derecho mexicano no reglamenta actualmente la dote; y, si habla de las "donaciones antenuptiales", lo hace sólo para darles un lugar especial dentro del régimen revocatorio de ellas,⁶³ pero no para crear un subpatrimonio en el patrimonio general del marido, como ocurría con la *donatio propter nuptias* en el derecho romano. Según se advierte, el moderno régimen patrimonial del matrimonio es más sencillo que el romano.

Ya hemos visto qué es el matrimonio *cum manu* y qué significa la celebración del matrimonio *sine manu*. Ahora bien, si el matrimonio es *sine manu*, o *cum manu*, pero la esposa todavía no tiene patrimonio propio por ser hija de familia, de todos modos, desde Augusto, el marido tiene derecho a que la mujer aporte ciertos bienes dotales, *dos ad sustinenda onera matrimonii*, para ayudarle a cubrir los gastos del hogar. El valor respectivo queda determinado por convencionalismos sociales.

La dote puede tomar la forma de una entrega (*datio dotis*), una promesa (*dictio dotis*) o la remisión de una deuda a cargo del marido. Podía

proceder del patrimonio del *paterfamilias* de la esposa (*dos profecticia*), de la esposa misma, o de terceros, en cuyo caso hablamos de *dos adventicia*. La dote entraba en el patrimonio del marido o de su *paterfamilias*, aunque los derechos de la esposa respecto de la recuperación de la dote reciben sanciones tan enérgicas, que Justiniano duda finalmente si la dote pertenece a él o a ella.

Durante el matrimonio, servía para ayudar al pago de los *onera domus* y, en caso de disolución del matrimonio, debía devolverse. Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido o por divorcio, la dote solía restituirse a la esposa; y al padre, si era por muerte de ella. Sin embargo, si un tercero había constituido la dote, éste se reservaba frecuentemente el derecho de volver a reclamarla en caso de disolución del matrimonio (*dos receptitia*).

Aun en caso de proceder de terceros, la dote estaba exenta de las restricciones con que el romano había rodeado la donación en general. Esta era vista con desconfianza; aquélla, con benevolencia.

Durante los primeros siglos republicanos, el divorcio era raro, y, a causa de cierta vigilancia por parte de las autoridades gentilicias, de los respetados consejos de familia, o de los censores, hubo pocas complicaciones en relación con la dote. Pero cuando comenzó a decaer la antigua moral romana y perdió respetabilidad la institución del matrimonio y la buena fe, algunos romanos se dedicaron a buscar esposas con dotes importantes, a fin de repudiarlas, después de cobrarla, y preparar luego un próximo matrimonio favorable. Como reacción, los padres o tutores de las novias exigieron con frecuencia la promesa de que los maridos devolverían la dote en caso de repudio, pero esta prudente medida fue, a veces, considerada de mal gusto. Durante los felices preparativos de la boda no es muy propio hablar ya del futuro divorcio, de modo que resultaba, finalmente, necesaria la intervención de las autoridades para que la esposa repudiada pudiera salvar su dote.

Cuando decae el prestigio de la *gens* y la institución del censor, a fines de la época republicana, el pretor crea a este fin la *actio rei uxoriae*, concediendo a la esposa repudiada una acción para recuperar su dote; típico ejemplo de cómo el pretor podía crear normas de derecho civil, mediante medidas procesales publicadas en su edicto.

Para que esta acción no careciera de eficacia práctica, el legislador tomaba medidas sobre la administración de la dote durante el matrimonio. Aunque los bienes dotales pertenecían al marido, no podía éste vender o hipotecar los inmuebles dotales (ni siquiera con anuencia de la esposa, desde Justiniano), y respondía de cuanto se hubiera perdido por su dolo o culpa, limitándose de nuevo este último concepto a su *culpa in concreto*, como en el caso de la administración parafernada.

Justiniano, el *imperator uxorius* (protector de las esposas) decidió finalmente que la esposa que antes sólo había tenido un derecho de preferencia respecto a los acreedores quirografarios, tendría una hipoteca tácita

⁶³ Cfr. artículo 2361 del Código Civil.

y privilegiada sobre todos los bienes del marido, para garantizar la restitución; ⁶⁴ recibe así un derecho preferente al de los acreedores hipotecarios comunes y corrientes.

Como resultado de las medidas anteriores, el derecho del marido sobre los bienes dotales es de índole muy especial; fluctúa entre el derecho de propiedad y el de usufructo.

En caso de insolvencia del marido, la esposa podía reclamar la totalidad de la dote y continuar administrándola, utilizando, desde luego, el producto de la dote para las necesidades del hogar. ⁶⁵

Si se trataba de la disolución del matrimonio, el marido gozaba, en lo que se refiere a la restitución de la dote, de los siguientes privilegios: ⁶⁶

1) Retención de un sexto por cada hijo, con límite del cincuenta por ciento.

2) Retención de un sexto, si la mujer había cometido adulterio; y de un octavo, si había cometido faltas menos graves.

3) Retención de regalos hechos a la esposa y del valor correspondiente a cuanto la esposa hubiera sustraído al hogar, y a las reparaciones hechas por el marido en los bienes dotales.

4) Devolución, en tres plazos anuales, de los bienes genéricos —incluyendo, desde luego, el dinero— que formaban parte de la dote, privilegio que sólo favorecía al marido inocente.

5) Desde luego, el *beneficium competentiae* y la mencionada limitación de su responsabilidad (*culpa in concreto*).

A este respecto encontramos un problema en relación con el concepto de "frutos". Estos quedaban a disposición del marido, sin agregarse a la cantidad por devolver; pero si se cobraban por adelantado una vez al año, y el marido repudiaba a la esposa inmediatamente después de su cobro, era injusto que él conservara todos los frutos, por lo que se aplicaba a tales casos el principio de restitución proporcional. ⁶⁷

Si la dote comprendía una esclava, y ésta tenía un hijo (*partus ancillae*), o si en un terreno que formaba parte de la dote, el marido encontraba un tesoro, surgían problemas cuyas soluciones veremos al tratar del usufructo.

Puesto que la dote era una entrega al futuro marido para que pudiera hacer frente, con mayor facilidad, a los gastos del hogar conyugal, no tenía razón de ser si, posteriormente, el matrimonio en cuestión no llegaba a celebrarse; en cuyo caso, el que hubiere entregado la dote disponía de una

⁶⁴ Es un ejemplo de aquellas hipotecas generales, tácitas y privilegiadas, verdadera plaga de la época clásica que ponía en peligro los derechos de acreedores —inclusive de acreedores anteriores al matrimonio (C. 8. 17. 12. 5 y 6)— y compradores de buena fe. Se ha dicho, con razón, de esta medida de Justiniano, que arruinó no sólo el crédito de los maridos, sino hasta el de los solteros.

⁶⁵ D. 5. 12. 29, disposición cuyo espíritu encontramos en el artículo 188-I del Código Civil.

⁶⁶ Revocados por C. 5. 13. 1. 5, de Justiniano.

⁶⁷ D. 24. 3. 6 y 7.

condictio —palabra genérica para designar una "acción personal"— por enriquecimiento ilegítimo en contra del marido.

En cuanto a promesas de dote o remisiones de deudas hechas con fines dotales, éstas se consideraban tácitamente sujetas a la condición suspensiva de que se celebrara matrimonio. ⁶⁸

Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 seguían la tradición romanista en materia dotal. El código de 1928 contiene un último eco de la dote en los artículos transitorios 6 y 8.

109. DONATIO ANTE NUPTIAS. Distintas de la dote son las donaciones hechas a la mujer *ante nuptias*. Los objetos de éstas permanecían dentro del patrimonio del marido-donante, pero llegaban a ser inalienables y no podían hipotecarse, como si se tratara de bienes dotales. En caso de que el marido muriese primero, la viuda recibía los bienes correspondientes a tales donaciones, como premio de supervivencia. En cambio, si el donante sobrevivía a su esposa, la donación era revocada *ipso iure*.

Justiniano permitía que tales donaciones se efectuaran también *durante* el matrimonio, en cuyo caso recibían el nombre de *donatio propter nuptias*. Se nota claramente, empero, que no se trataba de una auténtica donación, sino más bien de la constitución, también en este caso, de un premio de supervivencia.

Esta *donatio ante o propter nuptias* es una figura simétrica a la dote, una especie de "dote al revés". Justiniano exige, inclusive, cierta equivalencia entre dote y *donatio propter nuptias*. ⁶⁹

En una sociedad en que el divorcio era muy fácil de obtener, estas dos instituciones ayudaban a frenar la excesiva ligereza en la ruptura de los lazos conyugales, ya que así el divorcio resultaba perjudicial a la parte culpable e inclusive a la inocente. La posibilidad de ir más lejos y de fomentar la estabilidad de los matrimonios con la promesa de una pena convencional en caso de divorcio —lo cual sería el próximo paso tras la creación de las figuras de la dote y de la *donatio propter nuptias*— fue considerada como demasiado drástica. ⁷⁰

110. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES. Otra institución relacionada con el régimen patrimonial del matrimonio eran las donaciones hechas entre los cónyuges durante el matrimonio. Estas han recibido un tratamiento muy variable.

Una *Lex Cincia*, de dos siglos antes de Jesucristo, había restringido las donaciones en general; pero había previsto un tratamiento privilegiado, precisamente para donaciones entre cónyuges, como resulta de los *Fragmenta vaticana* (F. 302). Luego, Augusto estimó necesario declararlas nulas, con el fin de purificar el ambiente matrimonial, medida que fue

⁶⁸ D. 23. 3. 21, 43 y 83.

⁶⁹ Nov. 97. 1.

⁷⁰ D. 45. 1. 134 y C. 8. 38. 2 prohíben tales penas convencionales.

algo más lejos de lo que soportaba la opinión pública, al punto de que se introdujeron atenuantes, sobre todo, por un senadoconsulto de 206 que confirmaba una *oratio* de Septimio Severo y su hijo Caracalla. Disponía ésta que los herederos no podrían considerar inválida una *donatio inter virum et uxorem* en que el donante hubiera insistido hasta en sus últimos momentos.

De ello resulta que la donación entre cónyuges era nula, pero se revalidaba por la muerte del donante, situación —dogmáticamente hablando— no muy satisfactoria; lo que es “nulo”, no puede revalidarse. Más técnica es la formulación del mismo pensamiento en los artículos 232 y 233 del Código Civil.⁷¹

Por tanto, mientras el derecho romano trata con benevolencia las donaciones prematrimoniales y la dote, sólo a regañadientes acepta la figura de la donación entre cónyuges. Esta diferencia, a través del Código de Napoleón, pasa luego a muchos sistemas modernos, entre otros el mexicano. ¿A qué *ratio iuris* obedece lo anterior?

D. 24. 1. 1 y siguientes responden a esta pregunta. Ulpiano dice que se trata de restricciones, introducidas para que los cónyuges no se despojen el uno al otro por mutuo amor, explicación formulada con un gracioso desacierto (cfr. la explicación inglesa de la norma análoga en el derecho anglosajón: “lest they be kissed or cursed out of their money”). Paulo añade que sería mejor que los cónyuges utilizaran el dinero en la educación de los hijos, y menciona la opinión de Cecilio de que por tales donaciones podrían surgir pleitos en el seno de la familia, si el cónyuge más rico no hiciese donaciones con suficiente generosidad. Luego, Ulpiano observa que no sería bueno que, tras alguna dificultad, volviera siempre a restablecerse la armonía dentro de la familia con el pago de un precio, y que el permitir tales donaciones favorecería más al cónyuge de peor carácter. Este principio, empero, admite numerosas excepciones y suavizaciones: véase al respecto la interesante casuística de D.24.1.

111. COMPLICACIONES PATRIMONIALES EN CASO DE SEGUNDAS NUPCIAS. Los romanos vieron también claramente la necesidad de proteger patrimonialmente a los hijos de un matrimonio, en caso de segundas nupcias de uno de los padres. Lo que este *parens binubus* hubiera recibido como consecuencia del primer matrimonio, no podía dejarse, luego, por donación, herencia o legado, al nuevo cónyuge o a los hijos del nuevo matrimonio: el *parens binubus* no tenía, sobre tales *lucra nuptialia*, más que un derecho de administración y usufructo, mientras que los hijos del primer matrimonio tenían la propiedad de ellos. Encontramos tales *poenae secundarum nuptiarum* sólo en caso de haber descendencia del matrimonio anterior, o sea, del matrimonio del cual procedían estos *lucra*. No debemos ver, por tanto, en esta institución una prueba de la aversión del Cristia-

⁷¹ Más detalles, en mi artículo sobre las *Donaciones entre consortes*, en “Lecturas Jurídicas”, núm. 2, Chihuahua, 1960.

nismo naciente contra las segundas nupcias. Se trata sólo de la protección de los hijos del matrimonio anterior.⁷²

112. *ARRAE SPONSALICIAE*. Terminemos esta materia mencionando las *arrae sponsaliciae*. Los esponsales son un compromiso, celebrado entre novios, de efectuar las nupcias en un próximo futuro. Para que los novios conserven, empero, su libertad en materia tan delicada, los antiguos romanos habían establecido que no tenían eficacia jurídica, y que una cláusula penal respecto de los esponsales carecía de validez.⁷³ Sin embargo, la orientalización del derecho postclásico hizo a un lado esta sensata tradición e introdujo las *arrae sponsaliciae* que se otorgaban los novios, a veces por cantidades fuertes, como garantía de que no se retractarían. En caso de ruptura del noviazgo, el novio culpable perdía, en beneficio del inocente, las arras dadas y debía devolver las recibidas. El derecho moderno se mueve hacia una mayor facilidad de ruptura, limitando las sanciones a casos especiales.

113. TUTELA Y CURATELA EN GENERAL. Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser *sui iuris*, era una “persona” para el derecho romano. Podía ser titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquéllos. A veces, era demasiado joven, o sufría enfermedades mentales, o dilapidaba sus bienes, algo que, para los romanos, tan materialistas, era casi tan grave como la locura. Además, se consideraba en Roma que era prudente colocar bajo cierta vigilancia a la mujer *sui iuris*, aún después de que llegara a la pubertad. Tales personas, total o parcialmente incapaces, fueron puestas bajo la protección de tutores y curadores; sin embargo, debemos advertir desde ahora que la diferencia entre estas dos funciones era muy distinta de la establecida en el derecho moderno, como veremos en el próximo párrafo.

La tutela ha tenido un largo desarrollo histórico; y la figura que encontramos al final de este desenvolvimiento nos muestra perfiles completamente distintos de los iniciales. Nació como un poder establecido en interés de la familia del pupilo, auténtica propietaria de los bienes de éste, según el sentimiento jurídico primitivo de tantos pueblos antiguos, siempre inclinados a la idea de una copropiedad familiar. De ahí la íntima relación entre la sucesión y la tutela.⁷⁴

Poco a poco, se convierte ésta en un cargo establecido en beneficio del pupilo. De un derecho del tutor, un poder jurídico, un *munus*, pasa a ser un *onus*, una molesta obligación a la cual el nombrado puede sólo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa (edad, enfermedad,

⁷² Véase *Nov.* 22, especialmente los capítulos 21 y 26.

⁷³ *C.* 5. 1. 1; *C.* 8. 38. 3; cfr. artículo 142 del Código Civil.

⁷⁴ La tutela por vía testamentaria, y, a falta de ésta, por vía legítima, escogiéndose originalmente al próximo *agnado*, muestra un claro paralelismo con la sucesión, que se transmite por vía testamentaria y, a falta de testamento, por vía legítima, en cuyo caso se aprovechan los próximos *agnados*.

otras tutelas a cargo del nombrado, altas funciones, etc.).⁷⁵ En íntima relación con este desenvolvimiento de *munus a onus*, de asunto familiar se convierte la tutela en materia pública.

114. LA DIFERENCIA ENTRE TUTELA Y CURATELA. La diferencia entre curatela y tutela en el derecho romano es una cuestión que se presta a controversia. El refrán romano *tutor datur personae, curator rei*, es de dudosa interpretación. Para proteger al pupilo contra el tutor, se prohíbe a éste, precisamente, toda intervención en lo que se refiere a la salud o a la educación del pupilo.

Se ha pretendido que la tutela estaba ideada para situaciones normales, como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años.

También se ha sugerido que se trata de una diferencia, originada en tiempos muy remotos, en que era general la costumbre de hacerse justicia por propia mano, y que el tutor era un hombre fuerte para proteger a infantes, impúberes y mujeres, mientras que el curador era un sabio consejero para personas físicamente capaces, pero mentalmente algo débiles.

De todos modos, la distinción romana entre ambos conceptos no corresponde a la actual. En el derecho moderno, el curador es una persona que debe vigilar al tutor, un medio más de protección del pupilo en contra del tutor.⁷⁶ Por tanto, en el derecho romano, un incapaz tiene, en algunos casos, un tutor; en otros, un curador. En cambio, en el derecho mexicano moderno, el incapaz tiene conjuntamente un tutor y un curador.⁷⁷

115. INFANTES; IMPÚBERES. Incapaces por razones de edad eran el *infans* —literalmente, alguien que todavía no sabe hablar correctamente—, hasta la edad de siete años; el impúber, entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, es decir, hasta la edad de doce años para muchachas y catorce para muchachos; y, finalmente, el *minor viginti quinque annis*, entre el comienzo de la pubertad y los veinticinco años.

Infantes e impúberes tenían un tutor que se designaba por testamento o por vía legítima. En este último caso se escogía al próximo *agnado* (o al próximo *cognado*, desde la intervención de Justiniano,⁷⁸ conforme a la política general de este emperador de tener en cuenta el parentesco, tanto por vía masculina como femenina); o bien, a falta de las posibilidades anteriores, por nombramiento oficial, que hacía el pretor o los tribunos; luego, desde Claudio, el cónsul y, finalmente, desde Marco Aurelio, un pretor especial.

Justiniano estableció a este respecto una distinción entre pupilos ricos y pobres, designando magistrados más importantes para otorgar la *tutela dativa* en caso de los primeros.

Este método de designar a los tutores se ha conservado en el derecho actual⁷⁹ con la misma prelación establecida por Roma entre las tres formas. Podía haber también pluralidad de tutores, a fin de repartir la tarea, según la clase de determinados negocios.

En el caso del *infans*, el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la *gestio negotiorum*. En tal caso, las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que éste no tenía la representación *directa* del pupilo como en el derecho moderno. El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, y en el momento de la rendición de las cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los trasposos necesarios al patrimonio del ex-pupilo, y recibir los trasposos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la *gestio negotiorum*. Este sistema se califica como de representación *indirecta*.

Tratándose de un impúber, el tutor podía escoger entre la *gestio negotiorum* y la *auctoritatis interpositio*. En este último caso, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Este actuaba personalmente, y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Esta posibilidad de la *interpositio auctoritatis* en caso de pupilos de una edad que ya permite cierto juicio propio, es un gran acierto; permite preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente. El derecho moderno persigue un fin semejante cuando exige que el pupilo mayor de dieciséis años sea consultado para los actos importantes relacionados con la administración de su patrimonio.⁸⁰

Además, el impúber podía celebrar, sin *auctoritatis interpositio*, todos los negocios que mejoraran su posición; por ejemplo, aceptar un legado o una donación no onerosa. En cuanto a negocios bilaterales que imponían deberes al impúber, pero que también le otorgaban derechos, éstos eran "claudicantes": los derechos conferidos al impúber eran exigibles por éste, pero sus deberes no tenían sanción procesal. Como tal situación no parecía muy justa, un *rescriptum Divi Pii Antonini* hacía al impúber, en tales casos, plenamente responsable hasta del importe de su enriquecimiento, el cual podía ser muy inferior al importe que debía, según el contrato en cuestión.^{81a}

116. CURATELA DE MENORES DE VEINTICINCO AÑOS. Llegado a la pubertad, el ciudadano romano, masculino y *sui iuris*, tenía originalmente la plena capacidad de ejercicio (cosa explicable: la tutela era un poder establecido en protección de los próximos *agnados* de manera que, una vez

⁷⁵ Cfr. Código Civil, artículos 452 y 511-518.

⁷⁶ Esta idea moderna no era completamente desconocida del derecho antiguo. D. 26. 7. 3. 2, nos señala la existencia de tutores *honorarii* que debían vigilar a los tutores administradores.

⁷⁷ Artículo 618 del Código Civil.

⁷⁸ Nov. 118. 5.

⁷⁹ Artículo 461 del Código Civil.

⁸⁰ Código Civil, art. 537-IV.

^{81a} Un impúber ya cercano a la mayoría de edad y que, por su desarrollo intelectual, ya debería comprender el alcance de sus actos, podía ser considerado como *capax doli*, y condenado por más que el enriquecimiento obtenido.

que el pupilo podía tener hijos propios que recibirían la herencia, desaparecería la *ratio iuris* de la tutela). Sin embargo, no se puede esperar un criterio maduro en un joven de catorce años; de ahí que en 191 a. de J. C., una *Lex Plaetoria* estableció cierta protección para *minores viginti quinque annorum* (o *annis*), también simplemente llamados *minores*.

Quien, con mala fe, se aprovechaba de la falta de experiencia (*infirmitas aetatis*) de estos menores, incurría en sanciones penales; además, el *minor* perjudicado podía pedir la rescisión del negocio en cuestión por una *in integrum restitutio*; pero si se trataba de una imprudente promesa formal por parte suya, se concedía una *exceptio legis Plaetoriae* contra la posible *actio* con que la parte contraria tratara de obtener el cumplimiento.⁸¹

Observemos que los dos últimos recursos procedían aun en caso de que el otro contratante hubiera obrado de buena fe; sólo se exigía, como requisitos para estas dos medidas protectoras, que hubiera habido un daño para el *minor*; que este daño hubiera sido grave —ya que *de minimis non curat praetor*—, y previsible por un adulto experimentado. Así, el *minor* que hubiera comprado un esclavo sano, el cual enfermara después y muriera, no podría solicitar la *in integrum restitutio*.⁸²

A causa de esta *Lex Plaetoria*, resultaba arriesgado celebrar negocios con *minores*, y los terceros exigían a menudo que el *praetor* nombrara un curador al *minor* con quien deseaban celebrar un negocio importante. El *minor* debía estar de acuerdo con este nombramiento, pero después de dar su conformidad y de recibir su curador, ya no podía recurrir a las citadas medidas protectoras.

Bajo Marco Aurelio, la curatela, concedida primero *ad hoc*, llega a ser permanente,⁸³ y aunque, por regla general, no se dio contra la voluntad del *minor* —principio confirmado por Justiniano—,⁸⁴ encontramos, desde Constantino, una excepción al respecto: en materia procesal, el *minor* tenía que aceptar, *nolens volens*, un curador.

Así, en vez del actual salto brusco de la minoría a la mayoría de edad, suavizado eventualmente por una emancipación, o una *venia aetatis*,⁸⁵ el derecho romano establece una zona de transición, con una curatela cuya aceptación queda al arbitrio del *minor*, pero a la cual es impulsado, en negocios importantes, por la presión respectiva de terceros que tendrían miedo de contratar con un *minor* sin *curator*. En la práctica, por tanto, tratándose de pupilos ricos, la tutela de los impúberes, al terminar por la pubertad, cedía su lugar inmediatamente a la curatela de los *minores* y el tutor debía rendir sus cuentas al ex-pupilo, asistido por su nuevo curador.⁸⁶

⁸¹ Véase D. 44. 1. 7. 1.

⁸² D. 4. 4. 11. 4. Recomiendo el análisis de las complicaciones que D. 4. 4 expone en relación con la protección de los menores.

⁸³ Véase *Vita Marci*, 10-12.

⁸⁴ *Inst.* I. 23. 2.

⁸⁵ La emancipación no produce todos los efectos de la mayoría de edad, sino que crea una condición jurídica entre minoría y mayoría. Véase artículo 643 del Código Civil.

⁸⁶ D. 26. 7. 5. 5; C. 5. 31. 7.

117. LA TUTELA DE MUJERES. En cuanto a la mujer, el antiguo derecho la colocaba bajo tutela testamentaria, legítima o dativa, con la particularidad de que su padre podría permitirle, por testamento, que eligiera a su propio tutor.

La alta calidad de la matrona romana (claramente dibujada en la fisonomía de las antiguas estatuas) está en contradicción con este sistema de tutela. Gayo nos comunica que el fundamento, alegado tradicionalmente, era la *levitas animi* de la mujer, pero tiene la cortesía de añadir que esta explicación es insincera. De todos modos, la intervención del tutor quedaba limitada a unos cuantos actos importantes, como la enajenación de una *res mancipi*, procesos, la *conventio in manum* y algunos más, y en caso de conflicto, el pretor podía obligar al tutor a dar su consentimiento. Augusto comienza a suprimir esta impopular tutela, para recompensar a las "ingenuas" que hubieren dado tres hijos a la patria y a las libertas con cuatro. En el siglo V, los últimos restos de esta tutela desaparecen por completo (precisamente cuando el nivel social e intelectual de la mujer está bajando...).

118. DIVERSOS CASOS DE CURATELA. Los dementes (*mente capti, furiosi*) se encuentran bajo una curatela legítima o dativa. El curador obra sólo por *gestio negotiorum*, pero lo que realizare el demente en *dilucida intervalla* (momentos de lucidez) es completamente válido, aunque no hubiere intervenido el curador.⁸⁷

A este respecto, el derecho moderno es más prudente y dispone que la incapacidad no cesa sino por la muerte del incapacitado o por una sentencia que revoque la interdicción.⁸⁸ No basta un período de evidente lucidez para dar validez a los actos del incapacitado.

En cuanto al pródigo, el hombre que disipa los bienes de su familia, éste es colocado bajo la vigilancia de un curador, mediante un decreto, primero, de la *gens*; luego, expedido por el pretor. Para actos que mejoran su condición, conserva su capacidad; pero para los demás, el curador tiene que intervenir con la *gestio negotiorum* o dar su *consensus curatoris*, figura semejante a la *auctoritatis interpositio*. Esta institución, que puede ser muy útil y que sobrevive en muchos códigos, falta en nuestro Código Civil de 1928.

Finalmente, mencionaremos que el embrión podía recibir un *curator pueri datus* en defensa de sus eventuales intereses, y que a lo largo del derecho romano encontramos algunos casos aislados más, en que el pretor nombra un curador para atender a determinados intereses, como administración de bienes de un quebrado, de un ausente, una herencia yacente, etc.

119. PROTECCIÓN DEL PUPILO. Paralelamente a lo anterior, se aumentan paulatinamente las garantías a favor del pupilo. En tiempos de las

⁸⁷ PAULO, *Sententiae*, III, 4^a, 11.

⁸⁸ Artículo 467 del Código Civil.

XII Tablas, el tutor deshonrado tenía que contar con el riesgo de ser acusado del *crimen suspecti tutoris*, acusación infamante que cualquier ciudadano podía presentar, si sospechaba un fraude cometido por un tutor en perjuicio de su pupilo. Además de esta sanción, al ex-pupilo mismo le correspondía una *actio de rationibus distrahendis* para obtener una indemnización del doble del daño sufrido por culpa del tutor.

Por intervención del pretor se añadían a estas garantías la *in integrum restitutio*, para la anulación de negocios fraudulentamente celebrados por el tutor en perjuicio del pupilo, y la *actio negotiorum gestorum*, en caso de perjuicios sufridos por el pupilo a causa de la torpeza del tutor, sin que éste hubiera cometido un acto deshonroso.

Además, encontramos una *actio tutelae*, de carácter general. Con todas estas medidas procesales, creadas a favor del pupilo, éste recibía una protección *represiva* bastante eficaz, con la importante limitación de que el tutor respondía de su culpa *in concreto*. Pero, además, se construía un sistema de medidas *preventivas* en beneficio del pupilo.

En primer término, en cuanto tomaba posesión de su cargo, debía el tutor preparar un inventario, bajo la vigilancia de funcionarios públicos (*tabularii*, precursores de nuestros notarios).

Además, Septimio Severo dispuso que los tutores necesitaban una especial autorización judicial para vender bienes raíces de sus pupilos,⁸⁹ sensata disposición que el derecho postclásico extendió a todos los objetos de valor⁹⁰ y que el derecho moderno ha recogido.⁹¹

En el mismo sentido preventivo encontramos que, contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno,⁹² el tutor romano sólo podía ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación de su pupilo, el cual no tenía que vivir necesariamente en casa del tutor. Generalmente vivía con su madre, que, desde luego, no tenía la patria potestad y no podía ser "tutora". También pertenece a las medidas preventivas la prohibición de que el tutor celebrara un matrimonio justo con su pupila sin liquidar previamente las cuentas de la tutela, de manera que le estaba vedado este camino para obtener el *beneficium competentiae*.

Otras disposiciones preventivas prohíben que el tutor hiciera un testamento para el pupilo⁹³ o que realizara donaciones con los bienes de éste,⁹⁴ salvo las que el decoro social exige de vez en cuando.

Este conjunto de reglas represivas y preventivas se completaba con el principio de que el dinero recibido en virtud de la tutela, debía ser invertido en forma segura, de preferencia en terrenos. Tales fondos no debían

⁸⁹ D. 27. 9. 1.

⁹⁰ C. 5. 37. 22.

⁹¹ Artículo 561 del Código Civil.

⁹² Cfr. artículo 449 del Código Civil.

⁹³ Cfr. artículo 537-V del Código Civil.

⁹⁴ C. 5. 37. 16; cfr. artículo 576 del Código Civil.

quedarse más de dos meses sin invertir, so pena de que el mismo tutor indemnizara al pupilo por los intereses dejados de ganar.

También hubo fianzas obligatorias que debían otorgar los tutores, salvo los testamentarios y los que fueran nombrados, después de seria investigación, por un magistrado.⁹⁵ Y debemos mencionar la hipoteca tácita, general, que recibía el pupilo sobre los bienes del tutor y la preferencia de que gozaba, por tanto, en caso de concurso o quiebra.

Trajano añadió todavía a este sistema protector una acción subsidiaria que el pupilo podía ejercer contra los magistrados que hubieran nombrado a un tutor indigno de confianza o que hubieran aceptado fiadores insolventes.⁹⁶

Con tales disposiciones, el derecho romano creó una protección eficaz del pupilo contra la mala fe o torpeza de su tutor, protección que el derecho moderno ha copiado en gran parte.

120. TERMINACIÓN DE TUTELA (RESP. CURATELA). La tutela de infantes o impúberes termina con la muerte, la pérdida de libertad o de la ciudadanía, la *adrogatio* o el matrimonio *cum manu*, por parte de la persona incapaz; y, además, se extinguía cuando ésta llegaba a la pubertad. Se cambiaba al tutor en caso de muerte o *capitis deminutio* de éste, y también cuando presentaba una excusa válida o se comprobaba que había cometido el *crimen suspecti tutoris*.

Al terminar la tutela, el tutor rendía cuentas y se ajustaba la relación financiera entre tutor y pupilo, mediante un traspaso del saldo que el uno debía al otro. Si el tutor estaba en deuda con el pupilo, éste disponía de la *actio tutelae* (directa), pero si el saldo era favorable al tutor, éste podía ejercer la *actio tutelae contraria*.

121. Epílogo. Al comparar el derecho de familia romano con el moderno, encontramos las siguientes principales diferencias y concordancias:

DIFERENCIAS

1. La tradicional *agnatio* del derecho romano constituye una base muy distinta del parentesco mixto del derecho moderno.
2. La similitud entre la familia romana y una pequeña entidad política crea una "naturalización doméstica", como es la *conventio in manum*, figura jurídica que el derecho moderno ya no conoce.
3. La división entre romanos *sui iuris* y *alieni iuris* da lugar a una duplicidad entre adopción y adrogación, que en el derecho moderno no tiene ya sentido.
4. La patria potestad romana tenía una extensión mucho mayor que la moderna, en cuanto a sus facultades (sobre todo, en tiempos preclásicos) y a su duración.

⁹⁵ Cfr. artículos 519 y 520 del Código Civil.

⁹⁶ Cfr. artículo 530 del Código Civil.

5. El derecho romano no admite el reconocimiento de hijos ilegítimos; era necesario recurrir a la legitimación en una de las tres formas señaladas.

6. La división entre *iustae nuptiae* y concubinato tenía una significación que no corresponde a la actual entre matrimonio y concubinato. Nosotros ya no conocemos la coexistencia entre un matrimonio con plenos efectos jurídicos y otro matrimonio, socialmente tan respetado como el primero, pero con reducidos efectos jurídicos.

7. La disolución del vínculo matrimonial ocurrió todavía en la Roma imperial con gran facilidad; en comparación con ella, hasta los modernos divorcios "mail-order" pueden calificarse de complicados.

8. El derecho romano imperial castigó de diversas maneras, durante varios siglos, la soltería y la falta de hijos.

9. El derecho romano creó un especial régimen patrimonial en el matrimonio, con las figuras de la dote y de la *donatio ante (propter) nuptias*. Aunque varios países modernos se han inspirado en estas figuras, no las encontramos en el actual derecho mexicano, en el que las donaciones antenupciales de los artículos 219-231 del Código Civil significan cosa muy distinta de las *donationes ante nuptias* del derecho romano.

10. La distinción romana entre tutela y curatela no corresponde a la moderna. Además, los tutores y curadores disponían en Roma de la *auctoritatis interpositio* —una figura que el derecho moderno no conoce exactamente— y de la *gestio negotiorum*, de la cual los tutores modernos ya no tienen necesidad de servirse, pues representan a los pupilos en forma directa, contrariamente a lo que sucedía en el derecho romano.

11. El derecho moderno ya no conoce la tutela de mujeres mayores de edad.

12. Desde 1884, el derecho civil del D. F. tampoco conoce la tutela de los pródigos.

13. La mayoría de edad comienza en nuestro derecho, normalmente, a los dieciocho años; en Roma, comenzaba a los veinticinco años; y, entre la pubertad y la edad de veinticinco años, los romanos colocaban una zona intermedia de curatela facultativa.

CONCORDANCIAS Y APROXIMACIONES

1. El paulatino movimiento desde la *agnatio* primitiva hacia la *cognatio* moderna.

2. El usufructo que tiene el padre sobre los bienes de los hijos que estén bajo su potestad (en la actualidad, este usufructo queda limitado a la mitad).

3. La conversión de la patria potestad en una relación jurídica bilateral.

4. El concepto de la adopción, y el principio de que ésta no suprime los derechos sucesorios respecto de la familia de origen.

5. El concepto de la legitimación por matrimonio subsecuente.

6. El concepto de la emancipación, derivado de la *venia aetatis* (no de la *emancipatio*).

7. La monogamia.

8. Diversos requisitos para el matrimonio.

9. La limitación de libres relaciones jurídicas entre cónyuges (ej.: las donaciones) o su prohibición (ej.: la fianza otorgada por la esposa a favor del marido).

10. La reglamentación especial del robo entre cónyuges.

11. El divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio por causas fijadas en la ley, eliminándose paulatinamente el divorcio por repudio.

12. La vigilancia de personas *sui iuris* que no pueden darse cuenta del alcance de sus actos, por falta de edad o defectos mentales.

13. El establecimiento de la tutela por testamento, por vía legítima y por intervención de la autoridad.

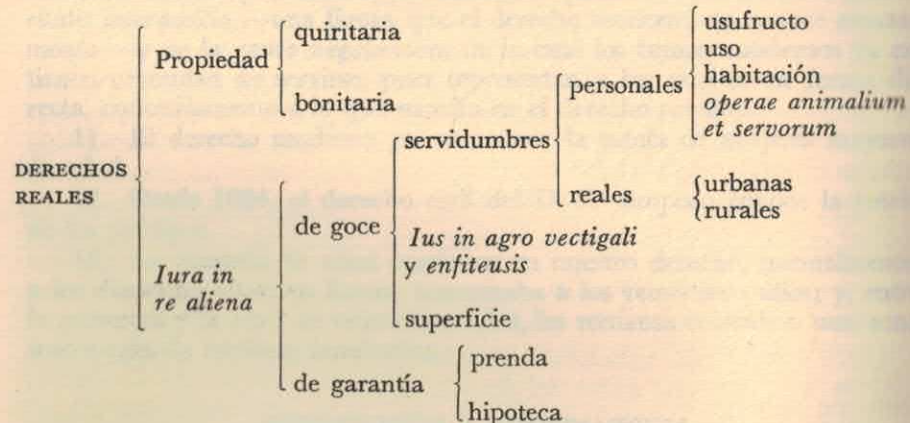
14. Diversas medidas, preventivas y represivas, para proteger al pupilo contra su tutor.

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS REALES

122. OBSERVACIONES PRELIMINARES. Los derechos reales (concepto derivado de las *actiones in rem* de la doctrina clásica) son derechos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de una cosa, sea en la forma máxima que permite el derecho —en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad— o en una forma reducida, como sucede con los diversos “desmembramientos de la propiedad” (en cuyo caso hablamos de *iura in re aliena*, como, por ejemplo, el derecho de hipoteca o el usufructo).

LOS DERECHOS REALES



En interés de la seguridad jurídica, la dogmática no permite, generalmente, que la fantasía de las partes añada más derechos reales a los que el derecho positivo ha reconocido expresamente. Aunque las partes tienen una amplia facultad de introducir modalidades especiales en derechos reales concretos, desde el derecho romano hasta nuestros días, existe, por otra parte, una tendencia fundamental a obligar al público a que escoja entre una limitada serie de figuras básicas homogeneizadas, en materia de derechos reales. En cambio, tratándose de derechos de crédito, se permite una más amplia libertad creadora por parte de quienes celebren negocios jurídicos: allí no hay *numerus clausus* (enumeración limitativa).

El término de “derechos reales” se deriva de la palabra *res*, que significa “cosa”.

Hablaremos, primero, del concepto de “cosa” y de las varias divisiones, jurídicamente relevantes, que pueden establecerse en relación con este concepto. Después, trataremos de la propiedad y de la posesión, y, finalmente, expondremos los *iura in re aliena* (desmembramientos de la propiedad).

123. COSAS. Cosas son elementos, corpóreos o incorpóreos, del mundo exterior que pueden producir una satisfacción al hombre. Pueden estar dentro del comercio —en cuyo caso pueden ser objeto de apropiación privada—, o fuera del comercio.

Una cosa puede estar fuera del comercio por razones físicas —como el sol—, o por razones jurídicas. A su vez, estas razones jurídicas pueden ser de derecho humano o de derecho divino.

Por razones de derecho humano están fuera del comercio:

1. Las *res communes omnium iure naturali*, que pertenecen a todos por derecho natural, como la costa del mar. Aunque tales cosas pertenecen a todos los ciudadanos, el Estado puede reglamentar su uso, para que la conducta de uno no impida el goce a que los demás tienen derecho. Por ejemplo, si una fábrica envenena el aire con sus gases o el agua con sus desperdicios, el Estado interviene para impedir este abuso de una *res communis omnium*.

2. Las *res publicae* que deben estar a disposición del público en general (carreteras, por ejemplo). El principio general respectivo es que actos de derecho *privado*, aunque celebrados por el Estado, no pueden separar estas cosas de su función pública. Sin embargo, una vez “desafectadas” (es decir, separadas del fin público a que fueron originalmente destinadas) por actos de derecho *público*, esas cosas vuelven a entrar en el derecho privado y son de nuevo *res in commercio*.¹

3. Las *res universitatum*, sustraídas al comercio por estar reservadas al uso de una corporación pública inferior al Estado (municipio, por ejemplo). En caso de desafectación, dejan de ser *res extra commercium*. Ellas están a la disposición, no del romano en general, sino de los miembros de la corporación pública en cuestión. Es posible que los bizantinos hayan pensado en la siguiente sistematización de la materia:

- a) *Res communes omnium*, a disposición de cualquier *ser humano*.
- b) *Res publicae*, a disposición de cualquier *civis*.
- c) *Res universitatum*, a disposición de cualquier *miembro de un organismo público inferior al Estado*.

Sin embargo, como los bizantinos querían hacer su gran obra jurídica en forma de un mosaico de citas antiguas modernizadas, y como los compiladores trabajaron con tanta prisa, diversos criterios clásicos que, por descuido, se conservaron en algunas citas, se entrecruzan con el nuevo criterio bizantino. De ahí el resultado, a menudo no muy claro.

¹ Véase D. 41. 2. 30. 1; D. 41. 3. 9; D. 45. 1. 83. 5.

Para citar un ejemplo de los problemas provocados por esta clasificación, los ríos, importantes para fines de navegación e irrigación, son *res publicae*² y no *res communes omnium*, como la analogía con la playa podría sugerir.

El hecho de que Neratius³ catalogue la playa entre las *res publicae* indica claramente que el *Corpus iuris* no nos proporciona a este respecto un criterio de distinción muy constante.

4. Las cosas que están fuera del comercio por razones diversas, establecidas en el derecho positivo con fundamento en consideraciones morales, como la futura herencia o el hombre libre. En cuanto a este último objeto, partes separadas del organismo vivo sí pueden estar *in commercio*; uno puede vender sangre para transfusiones, sus dientes, su pelo, etc. Pero ¿el cadáver? ¿Puede haber, por ejemplo, "robo de un cadáver", o del mismo modo que no puede haber propiedad de un cadáver, tampoco puede éste ser objeto de robo? ¿Y es válida la venta del propio cadáver futuro, por ejemplo, a un instituto de investigaciones médicas? Questiones éstas muy delicadas que son discutidas todavía en la actualidad.⁴

Por razones de derecho divino, están fuera del comercio:

1. Las *res sacrae*, destinadas al culto de los dioses públicos (como templos).

2. Las *res religiosae*, destinadas al culto de los dioses domésticos (como tumbas).

3. Las *res sanctae*, límites de los campos o de la ciudad (con sus murallas y puertas), colocados originalmente bajo la protección del espeluznante dios *Terminus*, de origen etruscooriental.

La distinción entre *res sacrae* y *res religiosae* recuerda vagamente la división que establece el actual derecho canónico entre cosas sagradas en poder de la Iglesia y cosas sagradas *in dominio privatorum*.⁵

124. DISTINCIONES DE RES IN COMMERCIO. Las *res in commercio* pueden dividirse de acuerdo con distintos criterios. El más castizamente romano es el que lleva a la distinción de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*.

Res Mancipi son terrenos dentro de Italia, algunas servidumbres rústicas en relación con éstos, esclavos y animales de tiro y carga. Su enajenación debe tomar la forma solemne de una *Mancipatio* (con cinco testigos, un *libripens*, una balanza, un pedazo de bronce y el uso de una serie de fórmulas consagradas por la tradición).

² D. 43. 12. 3.

³ D. 41. 1. 14.

⁴ Véase también la valiosa tesis profesional del Lic. Salvador Mora Hurtado, *El cuerpo humano, como objeto de contrato*, México, 1956, y las observaciones de "Táctico" (¿Lic. Eduardo Pallares?) en la pág. 98 y siguientes, del "Foro de México", núm. 22, enero 1955. Casi suena a broma la decisión del Tribunal Superior Hanseático de Hamburgo, en el sentido de que "el cadáver del *de cuius* no pertenece a la herencia" (*Bolletín Hanseático*, tomo 33, núm. 6, 29).

⁵ *Codex iuris canonici*, artículo 1150.

Como ya vimos, las mujeres necesitaban la autorización de su tutor para la enajenación de tales *res Mancipi*. Las *res nec Mancipi* son las demás cosas que estén en el comercio. Como el lector advertirá, por tratarse de una división muy antigua, las *res Mancipi* comprenden precisamente los objetos de mayor interés práctico para un primitiva comunidad agrícola. Para el derecho moderno, esta distinción no tiene significado alguno.

Una segunda división es la que distingue los muebles de los inmuebles, distinción muy importante dentro del derecho germánico y del moderno, pero de trascendencia quizás algo menor para el romano. En él encontramos, como consecuencia práctica de esta división, que el término de la prescripción era distinto, según que se tratara de muebles o inmuebles.

Veremos, además, que la protección posesoria toma formas distintas para muebles o inmuebles; y hemos señalado ya que las medidas que protegen al incapaz contra su tutor (o curador) o que protegen la dote contra la posible irresponsabilidad del marido, hacen también una distinción entre bienes muebles e inmuebles.

Dentro de la categoría de los *mobilia* encontramos una subcategoría de *moventia*, cosas que se mueven por propia fuerza interior, como los animales (no una carroza, desde luego).⁶

Una tercera división es la de bienes genéricos y específicos. Las cosas genéricas son libremente intercambiables; todavía no están individualizadas, pero pueden individualizarse "contando, midiendo o pesando", de manera que *numero, pondere, mensura consistunt*.

Los bienes específicos ya son individualizados por el hecho de poseer características particulares. Esta división es importante para determinar la responsabilidad por pérdida a causa de fuerza mayor, si un objeto vendido se pierde entre la celebración de la compraventa y el momento previsto para la entrega; también tiene interés para el caso de un legado *per vindicationem*, cuando el testador vendió o perdió los bienes legados que existían en su patrimonio en el momento de la confección del testamento, como veremos todavía.

Una cuarta división es la que distingue los bienes consumibles de los no consumibles. En el primer caso, el uso normal del bien tiene como consecuencia su desaparición (por ejemplo, el pan); en el segundo caso, el uso normal no consume de modo perceptible la cosa (por ejemplo, un edificio). Esta división es importante en relación con el usufructo (que no permite bienes consumibles como objeto, lo cual da lugar a la creación de la institución del *quasi usufructus*) y con el préstamo de uso (*commodatum*), que no puede tener por objeto un bien consumible. Tampoco los bienes consumibles pueden ser objeto de arrendamiento.⁷

⁶ Véase D. 50, 16. 93.

⁷ Sin embargo, un conjunto de bienes consumibles y no consumibles sí puede ser objeto de un contrato de arrendamiento. Cuando éste termina, el arrendatario debe devolver al arrendador, en tal caso, el objeto no consumible e indemnizarle por los bienes consumidos entre tanto.

Aunque, muchas veces, cosas llamadas fungibles⁸ son también consumibles —por ejemplo, el pan—, no debemos confundir estos dos conceptos. Un libro nuevo es fungible, pero no consumible; un pastel de bodas es consumible, pero no fungible.

Una quinta división es la de bienes corpóreos e incorpóreos, según que puedan ser tocados o no. Las cosas incorpóreas que menciona Gayo en su obra son derechos subjetivos que tienen valor patrimonial (créditos, derechos reales sobre cosas ajenas).⁹

Por tanto, un derecho personal, como el derecho de crédito, puede ser a su vez objeto de un derecho real, ya que puede tener la propiedad de un crédito. Así, a causa del aspecto real de mi derecho, éste se puede oponer a terceros, puesto que puedo prohibir a una tercera persona que intervenga en mi relación con mi deudor; sin embargo, por el aspecto personal de mi situación jurídica, sólo puedo reclamar el cumplimiento de mi deudor. El fenómeno de los bienes incorpóreos ha hecho surgir, por tanto, el problema del “derecho a un derecho”.

El derecho romano no reconoció la existencia de cosas culturales inmateriales; nunca desarrolló teorías sobre la propiedad industrial o la propiedad intelectual (derechos de autor, etc.). Muchas veces se ha interpretado esta circunstancia como una prueba del materialismo del romano típico, pero en realidad, es una consecuencia de la vida en la *polis* antigua, en la que era normal que cada uno pusiera su ingenio a la disposición de la colectividad a que pertenecía y a la cual debía el desarrollo de su personalidad.

Esta última división es importante por el hecho de que los bienes incorpóreos no pueden adquirirse por *occupatio* ni tampoco por *traditio*; tampoco pueden ser objetos de posesión —ya que ésta supone un poder físico sobre una cosa—, de manera que no pueden adquirirse por prescripción. El pretor y la *iusprudentia* disminuyen, en los tiempos clásicos, la importancia de esta división, creando la *quasi possessio* y la *quasi traditio* de bienes incorpóreos.

Una sexta división es la de cosas principales y accesorias. Las primeras determinan el carácter de una combinación de cosas compuestas, y de ellas depende quién tiene la propiedad del conjunto en el caso de que los elementos componentes pertenecieran originalmente a dueños distintos: *accessio cedit principali* (lo accesorio sigue lo principal). Esta distinción tiene también importancia en relación con el siguiente problema: si vendo una casa, ¿la vendo con sus llaves, la tapa de su tinaco, etc.? Sí, ya que estos objetos se han añadido a la casa *in perpetuum usum*.¹⁰ Por tanto, una vez que estas cosas han quedado incorporadas a alguna combinación, dejan de tener existencia jurídica independiente. No importa que la incorporación se haya hecho de tal manera que el resultado sea, o no, un *corpus ex*

⁸ Término introducido por el glosador Placentino.

⁹ Véase Gayo, II. 12. 13, seguido por JUSTINIANO en *Inst.* II. 2 pr. y 1.

¹⁰ D. 19. 1. 17. 7.

contingentibus (una cosa compuesta de elementos físicamente ligados). Aunque la tapa del tinaco esté suelta, pertenece a la casa, en caso de una venta.

Una séptima división, algo parecida a la anterior, distingue las cosas simples (*res singulae, res singulares*) de las compuestas.

El derecho romano sólo reconoce una cosa compuesta como “una sola cosa”, si sus elementos están materialmente unidos entre sí, de tal manera que difícilmente puedan separarse. Si un objeto mío se incorpora a un tal *corpus ex contingentibus* que pertenezca a otro, mi derecho de propiedad queda en suspenso, hasta la descomposición eventual del objeto compuesto. Si una viga mía es utilizada para el techo de una construcción ajena, mi derecho de propiedad no desaparece, sino que queda latente, dormido, hasta el momento de la demolición de la casa. Este es un tema que pronto volveremos a tratar.

En cambio, una biblioteca es un *corpus ex distantibus* (una cosa compuesta de elementos físicamente aislados) y no es una sola “cosa”; por tanto, su propiedad debe transmitirse mediante una transmisión individual para cada libro. Sin embargo, por razones prácticas, el derecho romano admitía que un rebaño fuera considerado como una sola cosa, y el filósofo acudió en ayuda del jurista con la afirmación de que los elementos de un rebaño están, en realidad, unidos por un solo “instinto colectivo”. Como consecuencia de esta ficción, un romano podía reclamar, al cabo de varios años, la devolución de un rebaño robado, aunque todos los animales respectivos, o su mayoría, no fueran ya los mismos del momento del robo. Todavía en el derecho moderno encontramos el delicado problema de determinar en casos concretos si estamos en presencia de muchos objetos o de un solo *corpus ex distantibus*. ¿Cuál es la situación respectiva de “un comercio”, “una existencia”, “un embarque de refacciones”?

La octava división separa las cosas divisibles de las indivisibles. Cosa divisible es la que puede descomponerse, sin perder su carácter original. Un terreno continúa siendo terreno, aun después de dividirse; en cambio, un esclavo no se puede partir en dos mitades, puesto que pierde por este hecho su carácter original.

Comprenderemos la importancia de esta distinción cuando estudiemos las obligaciones. Si varios deudores deben una cosa indivisible, se presume que la obligación será “correal”.¹¹

Una novena división distingue entre el capital o la cosa matriz y los frutos, distinción importante ya que muchas situaciones jurídicas crean un destino diferente para la cosa matriz y los productos de ella (como en el

¹¹ Es decir, que cada deudor debe la totalidad, extinguiéndose el derecho del acreedor en el momento de recibir éste la cosa de cualquiera de los codeudores. Entre éstos nace entonces, normalmente, una nueva relación jurídica, según la cual los demás deudores deben hacer reembolsos parciales al que hubiere cumplido por todos.

caso del usufructo, de la posesión de buena fe, etc.). Todo aumento periódico y normal de una cosa, cuyo destino sea separarse de ella,¹² es fruto.

Distinguimos entre frutos naturales (cosecha) y frutos civiles (resultado de contratos celebrados en relación con la cosa matriz, por lo que las rentas son los frutos civiles de un edificio). El derecho moderno añade una tercera categoría, los frutos industriales, productos de la cosa matriz y del trabajo humano; por ejemplo, la ganancia que alguien obtiene trabajando una miscelánea de su propiedad, es fruto industrial de esta tierra.

También distinguimos entre *fructus pendentes* (como una cosecha en pie), *fructus percepti* (frutos separados o cobrados) y *fructus neglecti* (que hubieran podido separarse o cobrarse, si el interesado se hubiera tomado esa molestia).

Para determinar el importe exacto que representan los frutos en un caso determinado, debemos restar antes los gastos normales necesarios para su producción y separación o cobro. Por tanto, los frutos son una ganancia neta, *quod iustis sumptibus deductis superest*¹³ (lo que sobra después de deducir los gastos justificados).

125. LA POSESIÓN EN GENERAL. En un rincón del palacio de la ciega diosa de la justicia, vive una extraña solterona. Su carácter es complicado y causa muchos trastornos a la pacífica convivencia de los conceptos jurídicos. Sin embargo, se la tolera, ya que no se puede prescindir de ella. Aunque de rancio abolengo jurídico, no pertenece a la alcurnia de los auténticos derechos; pero, debido a sus frecuentes intimidades con el derecho de propiedad, permitimos que viva en la antecámara de éste. Me refiero a la posesión.

Entramos en un tema importante y delicado. Como dice Jhering: "Uno de los signos por los que el jurista se distingue de todo otro hombre, es la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad."¹⁴

Que los clásicos consideraron la diferencia como fundamental, resulta de la categórica afirmación de Ulpiano: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*¹⁵ (no hay nada común entre propiedad y posesión).

A este respecto, son importantes, no sólo las teorías auténticamente romanas y bizantinas, sino también las reinterpretaciones de von Savigny (que predominó durante la primera mitad del siglo pasado e influyó en los Códigos de 1870 y 1884) y de Jhering (quien criticó y revisó la teoría de von Savigny e influyó en el Código de 1928).

La palabra *possessio* tiene relación etimológica con la raíz de *sedere*, sentarse (exactamente como el término correspondiente en alemán, "Besitz", se relaciona con el verbo "sitzen"). Sirve para designar una íntima

¹² Sólo si la cosa matriz es un *corpus ex distantibus*, como un rebaño, no es esencial a los frutos separados de ella.

¹³ D. 22. 1. 46.

¹⁴ Primera frase de su obra *La posesión, teoría simplificada*.

¹⁵ D. 41. 2. 12. 1.

relación física entre una persona y una cosa, que dé a aquélla una posibilidad exclusiva de utilizar ésta. Tal exclusividad es un rasgo esencial. Como observa von Savigny, el barquero utiliza su barco y también el agua en que navega; pero sólo es poseedor del barco, ya que, en su relación con el agua, falta el elemento de exclusividad.

Como primer componente del concepto de la posesión encontramos, por tanto, un poder físico y exclusivo sobre un objeto. Este elemento se suele designar, brevemente, como el *corpus*.

Empero, la doctrina romana añadía a este componente, según la interpretación de von Savigny, aún otro: que el poseedor tenga voluntad de poseer el objeto como suyo. El *animus rem sibi habendi* o *animus possidendi*, o, simplemente, *animus*, es el elemento subjetivo que debe acompañar al elemento objetivo del *corpus*, para que podamos hablar de "posesión".

A falta de este segundo elemento —como en el caso del arrendatario—, el poder que tiene una persona sobre un objeto ya no se califica de posesión, sino de simple detentación —*detentio*, en la terminología de los comentaristas; *possessio naturalis*, según las mismas fuentes—, que carece de las consecuencias jurídicas que nacen de la posesión.

Así cuando un chofer particular lleva un coche a engrasar, su poder sobre éste no es una "posesión" en el sentido de la teoría de von Savigny; no tiene el *animus rem sibi habendi*, sino sólo un *animus repraesentandi*. Según esta teoría, debemos hablar, en este caso, de detentación, o sea, un poder sobre una cosa que pertenece puramente al reino de los hechos, sin producir la *usucapio*, el derecho a los frutos, y, por regla general, sin protección interdicial.

Ahora bien, si presto un libro a Julio, y luego el libro le gusta tanto que quiere retenerlo, ¿no cambia entonces su *animus*? ¿no pasamos entonces de la detentación a la posesión?

No, porque *nemo ipse causam possessionis mutare potest* (nadie puede cambiar unilateralmente la causa de su detentación), frase en la que el término *possessio* significa, en nuestro ejemplo, *possessio naturalis*. En el caso que presentamos, el origen de la *possessio naturalis* o *detentio* es un contrato bilateral, el *comodato*, el cual excluye, por su naturaleza, en Julio, el *animus possidendi*; y "unilateralmente" Julio no puede cambiar esta "causa" de su detentación.¹⁶

Esta posesión es una *res facti, non iuris*;¹⁷ una situación de hecho, no de derecho, pero produce consecuencias de derecho, hasta el grado de que se protege incluso la relación de hecho existente entre el ladrón y el objeto

¹⁶ D. 41. 2. 3. 19, complemento esencial de la frase fundamental de PAULO de que *adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*: D. 41. 2. 3. 1 (adquirimos la posesión por *corpus* y *animus*; no por el *animus* solo o por el *corpus* solo).

¹⁷ D. 41. 2. 1. 3. En la teoría de Jhering, la posesión es, desde luego, un derecho, ya que para este autor el derecho subjetivo es "el interés protegido por el derecho objetivo". Como en la posesión coexisten estos elementos de "interés" y "protección", debe ser un derecho.

robado. Por tanto, el poseedor como tal, sin necesidad de comprobar su *derecho*, inclusive de mala fe, goza de cierta protección jurídica, y sólo tendrá que ceder ante el titular de un *derecho* sobre la cosa en cuestión, si éste comprueba debidamente sus pretensiones. Es decir, el poseedor tiene el cómodo privilegio de la inactividad; en caso de conflicto, es a la parte contraria a la que corresponde la prueba y el molesto papel de ser actor: *beati possidentes*; "Possession is nine points of the law!"

Veremos en seguida en qué consisten las demás consecuencias de la posesión.

En sus orígenes, el derecho romano permitía la posesión, no sólo de bienes corporales, sino también de bienes no corporales, como la servidumbre. A fines de la república, empero, una *Lex Scribonia* limitó la posesión a bienes materiales, error corregido pronto por el pretor con la introducción de la *quasi possessio* para bienes no corporales. Justiniano extendió también el concepto de *possessio* a los meros derechos. Del mismo modo, en el derecho moderno admitimos conceptos como "posesión de estado civil", "posesión de un crédito", etc.¹⁸

¿Cuál es la relación entre propiedad y posesión? El propietario, muchas veces, es, al mismo tiempo, poseedor, y si no lo es, tiene la facultad de reclamar la posesión mediante la *reivindicatio* o la *actio publiciana*, puesto que la propiedad implica el *ius possidendi*. Pero, por otra parte, muchos poseedores no son propietarios, no tienen más que el *ius possessionis*, es decir, gozan únicamente de los privilegios jurídicos que les otorga el hecho de poseer.

En otras palabras, hay propietarios sin posesión —como en el caso de la víctima de un robo— y poseedores sin propiedad —por ejemplo, en el caso del autor del robo—, mientras que, normalmente, coinciden posesión y propiedad.

126. CLASES DE POSESIÓN. *Bene docet qui bene distinguit*: para explicar algo bien, es necesario establecer adecuadas clasificaciones. Así pues, tratemos ahora de establecer claramente las diferencias entre las diversas clases de posesión. Todas estas clases tienen diferentes consecuencias jurídicas.

La mejor forma de posesión es la posesión de buena fe. En este caso, el poseedor tiene el *corpus*, y cree sincera, aunque quizás erróneamente, que tiene el derecho de propiedad sobre el objeto que posee. Esta posesión implica las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Mediante el simple transcurso del tiempo, por medio de la prescripción (*usucapio*, *praescriptio longi temporis*), el poseedor se convierte en propietario. De ahí que esta forma de posesión se llama también *possessio ad usucapionem* o sea, una posesión que sirva para la *usucapio*.

¹⁸ Cfr. artículo 790 del Código Civil: "Posee un derecho el que goza de él".

b) El poseedor se hace propietario de los frutos del objeto poseído.¹⁹

c) El poseedor, en caso de tener que entregar el objeto a su verdadero propietario, tiene el derecho de recuperar los gastos necesarios y útiles hechos en beneficio del objeto —no los gastos innecesarios— y puede retener el objeto hasta que se le paguen estos gastos.

d) El poseedor goza de la protección posesoria, mediante *interdictos* que pronto explicaremos. Una consecuencia, entre varias, de esta protección es que el poseedor tendrá, en caso de pleitos sobre la situación jurídica del objeto en cuestión, el papel favorable de ser el demandado.²⁰

Esta protección posesoria es una gran ventaja que el orden jurídico concede al poseedor y que ha inspirado expresiones como *melior est conditio possidentis* (mejor es la posición del poseedor).

En cuanto al poseedor de mala fe (caso típico, el ladrón), no se convertía en propietario por la prescripción, contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno, donde sólo se establecen plazos más largos para la prescripción en caso de posesión de mala fe.²¹

Además, el poseedor de mala fe debe devolver todos los *fructus percepti et neglecti*, y, desde Justiniano, sólo puede reclamar el reembolso de los gastos estrictamente necesarios que hubiera hecho para la conservación de la cosa. Para los demás gastos recibe un *ius tollendi*, el derecho de retirar las mejoras si tal retiro puede hacerse sin dañar el objeto y le produce realmente alguna ventaja.

Por otra parte, la protección posesoria extiende sus beneficios inclusive al poseedor de mala fe, a condición de que éste no utilice los *interdictos* posesorios contra la persona de la cual hubiera obtenido la posesión por violencia, clandestinamente o por ruego (*vi, clam aut precario*). Contra cualquier otra persona, los *interdictos* posesorios protegen al poseedor de mala fe tan eficazmente como al de buena fe. De ahí que la posesión de mala fe se califica también como la *possessio ad interdicta* (posesión que sólo sirve para obtener la protección interdictal).

De este modo, llegamos a una escala de posibilidades que comienza con la propiedad quiritaria y baja hasta la propiedad bonitaria; sale luego del campo de los derechos y entra en el de los hechos, pasando, primero, a la posesión de buena fe, y bajando luego a la posesión de mala fe; termina, finalmente, con la mera detentación o *possessio naturalis*, que no goza siquiera de la protección mediante *interdictos*.

¹⁹ Hasta el momento de la *litis contestatio*, en el proceso que eventualmente el verdadero propietario inicia algún día en contra del poseedor, desde cuyo momento el poseedor de buena fe responde de los *fructus percepti et neglecti*.

²⁰ Digo "papel favorable", ya que *durior est causa petitoris* (D. 50. 17. 33) e *in pari causa, possessor potior haberi debet* (D. 50. 17. 128; en igualdad de circunstancias se debe preferir al poseedor), de manera que, si en un proceso reivindicatorio o publiciano, ni el actor ni el poseedor-demandado aportan pruebas que acrediten su derecho de propiedad, triunfará el poseedor.

²¹ Artículo 1152, II y III.

Sin embargo, por razones prácticas, los juristas clásicos tenían que alargar esta serie mediante la introducción de una figura más. En algunos casos limitativamente fijados por el derecho, era conveniente otorgar a un detentador la posibilidad de recurrir a la protección interdictal, sin que tuviera que pedir para esto la colaboración de la persona a quien debiera su poder sobre el objeto en cuestión. Por ejemplo, el acreedor prendario tiene el *corpus*, pero no el *animus*; por tanto, es un mero detentador de la prenda. Esto tendría por consecuencia que, para defender la prenda contra perturbaciones por parte de terceros, o para recuperar la prenda de terceros que la hubiesen arrancado al acreedor prendario, éste tendría que pedir la colaboración del propietario de la prenda. Pero, como no era conveniente hacer depender al acreedor de la buena fe del propietario de una prenda, se le concedió la facultad de reclamar directamente la protección posesoria, creando para esto una nueva forma de posesión con el nombre de *possessio sine animo*; en realidad, una *contradictio in terminis*.

En esta categoría se colocaron también el precarista, el enfiteuta, el depositario en caso de secuestro y el superficiario.

Estos poseedores *sine animo* no son beneficiados por la *usucapio*; tampoco tienen derecho a los frutos —salvo en los casos en que derivaran este derecho de otro título, distinto de la posesión, como en el caso del enfiteuta o del acreedor anticrético—. Pero sí pueden defender su posesión y recuperarla mediante los interdictos; además, pueden recuperar los gastos hechos para la conservación de la cosa poseída.

El derecho moderno extiende la protección interdictal a varios casos más, que el derecho romano calificaría como mera detentación; por ejemplo, a la situación de inquilinos.

En el derecho romano hallamos, al lado de los poseedores *sine animo*, como última categoría, la de los meros detentadores (comodatarios, arrendatarios, etc.), que no tienen siquiera el privilegio de la protección interdictal.

La existencia de estas diversas ramas de la posesión hace posible, a veces, que dos personas distintas tengan, ambas, la posesión respecto de una misma cosa. *A* tiene entonces, por ejemplo, la *possessio ad usucapionem*, y *B* la *possessio ad interdicta*. Sirva como ilustración el siguiente caso: yo compro de buena fe, de uno no-propietario, un caballo que luego doy en prenda a un acreedor mío. En tal caso, un tercero tiene respecto del caballo la posición de propietario; yo soy el poseedor *ad usucapionem*, y mi acreedor es el *possessor ad interdicta*.

127. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN. ¿Cómo se adquiere la posesión? Por la adquisición de sus dos elementos.

La adquisición del poder físico se hace, originalmente, por contacto personal, pero con el tiempo se espiritualiza este requisito y se permite también que alguien adquiera el *corpus*, por ejemplo, mediante la recepción de la llave del almacén donde se encuentra la mercancía en cuestión.

Notemos, en relación con este tema, que el derecho romano aprueba que esclavos o *filiifamilias* adquieran el *corpus* para su *paterfamilias* e, inclusive, que una persona libre, en representación de la persona que quiere obtener la posesión, adquiera el poder físico sobre el objeto. Sin embargo, el representante en cuestión debe obrar por mandato expreso, y no por "gestión de negocios", sin que el representado supiera del asunto, ya que, como hemos visto, *ignoranti possessio non acquiritur* (nadie adquiere la posesión sin darse cuenta).

En cuanto al segundo elemento, para que éste se adquiera, el poseedor debe ser jurídicamente capaz de tener un *animus possidendi*. Esta capacidad falta en los infantes, en los dementes, en personas jurídicas y en el caso de la herencia vacante. Además, para el *animus possidendi* no basta la mera *capacidad*, sino que uno debe también saber que tiene el poder físico sobre una cosa; ni la persona a quien, durmiendo, se pusiera el objeto en la mano, ni tampoco el *paterfamilias* cuyo esclavo ocupara un objeto sin que él lo supiera, se convierten en poseedores, con lo cual encontramos por segunda vez el principio *ignoranti possessio non acquiritur*.

Sólo en caso de que alguien adquiera, de acuerdo con los principios anteriores, el *corpus* y el *animus*, se convierte en poseedor, siempre y cuando se trate de un objeto que esté en el comercio y que tenga individualidad. Esto lo confirma Paulo cuando dice que *adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo aut per se corpore*.²²

Una excepción a la regla de que la posesión se obtiene sólo por la adquisición de sus dos elementos, la encontramos en el caso del animal que ha caído en una trampa puesta por el cazador. Aunque éste no sepa todavía que el animal se encuentra en su trampa, y no pueda tener, por tanto, el *animus* necesario para adquirir una posesión (*ignoranti possessio non acquiritur*), el derecho romano admite que el animal ya es poseído por el cazador, puesto que éste tiene, si no el conocimiento positivo, cuando menos la esperanza de que algún animal haya caído en su trampa.

¿Y cómo se pierde la posesión? Por la pérdida de uno de sus elementos, es decir, por la pérdida del *animus* —por ejemplo, cuando se vende el objeto en cuestión, conservando sobre él un poder físico en calidad de arrendatario, o sea, en calidad de mero detentador—, o más bien, por pérdida del *corpus*, como en el caso de que un ladrón nos robe una joya.²³

A fortiori, perdemos la posesión por pérdida de ambos elementos, como cuando tiro a la calle un libro cuya lectura me está causando irritación. Del mismo modo que alguien puede adquirir la posesión por un representante, también puede perderla por culpa de otra persona; por ejemplo, el comodatario que vende o pierde el objeto del comodato, hace perder la posesión al comodante.

²² D. 41. 2. 3. 1.

²³ D. 41. 2. 15.

En resumen, según la acertada fórmula de Schwind, la posesión se adquiere *corpore et animo* (por adquisición del *corpus* y del *animus*) y se pierde *corpore aut animo*²⁴ (por pérdida del *corpus* o del *animus*).

Finalmente, debemos observar que el poseedor romano puede conservar el *corpus* a través de otro detentador (por ejemplo, un inquilino), a través de otro poseedor (que puede ser un acreedor prendario u otro poseedor *sine animo*). Esta idea ha pasado al derecho moderno, donde encontramos las figuras del poseedor directo y del poseedor indirecto.

128. LA PROTECCIÓN POSESORIA. La propiedad, por ser un derecho, está protegida por *acciones*. La posesión, en cambio, por ser un hecho, goza de una protección mediante *interdictos*.

Acordémonos de que estos interdictos son órdenes, giradas a un ciudadano por el magistrado —generalmente, el pretor—, a petición de otro ciudadano, sin que el magistrado investigue la veracidad de las afirmaciones del solicitante y sin que cite a la parte contra quien se dirige el interdicto.

Esta característica del interdicto se explica por tratarse de órdenes *condicionadas*. El que recibe un interdicto sólo tiene que obedecerlo, si la condición con que comienza corresponde a la verdad.

En caso de que obedezca, allí termina el problema. Pero, en el caso contrario, se inicia un verdadero juicio para determinar si la desobediencia es justificada o no. En el primer caso, es decir, si la condición no correspondía a la realidad, el solicitante debe, generalmente, una especie de multa privada a la persona que recibió el interdicto; en el segundo caso, esta multa se paga al solicitante.

Hay varias clases de interdictos referentes a la posesión, que se agrupan del siguiente modo:

I. *Interdicta adipiscendae possessionis* (interdictos para adquirir la posesión). Estrictamente hablando, estos interdictos no tienen que ver con la protección posesoria; no son medios de dar eficacia a la posesión, sino medios de obtenerla. En el presente libro conoceremos dos ejemplos de interdictos de este grupo: el *interdictum salvianum* y el *interdictum quorum bonorum*.

II. *Interdicta retinendae possessionis*. Estos interdictos proceden cuando un poseedor está amenazado de desposesión ilegal o cuando otra persona perturba su posesión, sin privarle de ella (pasando frecuentemente sobre su terreno, por ejemplo). En este grupo encontramos dos importantes interdictos:

a) El *interdictum uti possidetis*, que estabiliza la situación posesoria de inmuebles, tomando por base tal situación en el momento de la solicitud.

²⁴ D. 41. 2. 46, parece indicar que se puede conservar la posesión *solo animo*, mientras que uno no se haya dado cuenta todavía de la pérdida del *corpus*; pero, descubierta esta pérdida, el deseo de recuperar la cosa no es suficiente para conservar la posesión.

Es posible que esta situación posesoria sea injusta; en tal caso, como el interdicto decide una cuestión de posesión, y no de propiedad, el propietario desposeído puede ejercer la *reivindicatio* o la *publiciana*. Para esta futura acción, el interdicto posesorio decide entonces quién tendrá el papel de actor; y quién, el más cómodo de demandado. El que triunfe en el procedimiento interdictal será, en la eventual acción subsecuente, el demandado.

Este interdicto es sólo eficaz cuando el solicitante posee *nec vi, nec clam, nec precario* respecto de la persona contra quien se dirige el interdicto. De lo contrario, el que recibe el interdicto está en libertad de desobedecer.²⁵

b) Para proteger la posesión de bienes muebles contra posibles perturbaciones, procede el *interdictum utrubi*. Mediante este interdicto, el pretor concede la posesión —no la propiedad, desde luego— a la persona que haya poseído el objeto en cuestión, durante más tiempo, en el transcurso de los últimos doce meses; y luego prohíbe, a ambas partes, que traten de modificar esta situación posesoria por violencia. La parte que no obtenga la posesión, de acuerdo con el principio anterior, puede tratar de obtenerla después, ejercitando la *reivindicatio* o la *publiciana*.

Este interdicto constituye, desde luego, un arma de dos filos: el resultado puede ser que el pretor quite la posesión al solicitante para entregar el objeto a la persona contra quien se pidió el interdicto. Todo depende de saber quién ha poseído por más tiempo, durante los últimos doce meses.

Ante la posibilidad de que el demandado en este procedimiento interdictal resulte tener un mejor derecho a la posesión que el actor, estos dos últimos interdictos pueden dar por resultado, no un *retinere* por parte del actor, sino un *recuperare* por parte del demandado, de manera que su clasificación como *interdicta retinendae possessionis* no es correcta, estrictamente hablando.

III. Si el poseedor pierde la posesión, puede recurrir a uno de los *interdicta recuperandae possessionis*. Para inmuebles, encontramos a este respecto los siguientes:

a) El *interdictum de vi*, que debe solicitarse en el plazo de un año.

b) El *interdictum de vi armata*, que puede solicitarse sin limitaciones de tiempo.

c) El *interdictum de clandestina possessione*, que procede, por ejemplo, si alguien aprovecha mi viaje a Grecia para quitarme un objeto, sin que yo me dé cuenta inmediatamente.

d) El *interdictum de precario*, que procede si alguien me pide prestado un objeto, y después no quiere devolvérmelo.

Como en el caso de los *interdicta retinendae possessionis*, también estos interdictos sólo son eficaces respecto de personas en relación con las cuales el solicitante no haya poseído *vi, clam aut precario*. No importa que el

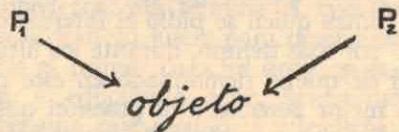
²⁵ Una particularidad de estos interdictos *retinendae possessionis* que todavía encontramos en el artículo 16, *in fine*, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

solicitante haya poseído de mala fe; pero en relación con la persona contra quien se dirige el interdicto, su conciencia debe estar limpia.

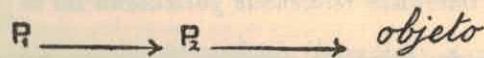
En los *interdicta recuperandae possessionis* parece que encontramos a dos poseedores respecto de una sola cosa: uno, que solicita el interdicto, y otro que tiene el *corpus* y el *animus*, pero que posee en forma engañosa respecto del primero, de manera que su derecho a la protección posesoria es eficaz respecto de cualquier tercero, pero no en relación con la persona a quien arrancó la posesión. Sin embargo, como acabamos de ver, la posesión se pierde por la pérdida del *corpus*; por eso, en caso de despojo, debería haber un solo poseedor, el autor del despojo, y no una *possessio duorum in solidum*, como propone Ulpiano²⁶ en contradicción con Paulo.²⁷

Sin embargo, ¿cómo explicaría Paulo un interdicto posesorio, solicitado por un no-poseedor? ¿Reconocería que la protección interdictal recuperatoria dura más tiempo que la posesión en que se funda? ¿Admitiría que la protección interdictal no sólo ampara al poseedor, sino también al antiguo poseedor que quiere volver a serlo?

Obsérvese que la *possessio duorum in solidum* no es lo mismo que la posesión derivada que encontramos, por ejemplo, en el caso del deudor prendario. La primera queda explicada en el siguiente esquema:



A la segunda corresponde este otro:



El derecho canónico ha ampliado el principio de los *interdicta recuperandae possessionis*:

1. En primer lugar, por una *exceptio spolii* que permite al despojado no reaccionar ante cualquier acción del expoliador, si no recibe primero la restitución de la posesión, principio condensado en la conocida regla del derecho común de que *spoliatus ante omnia restituendus est*.

2. Además, por medio de una acción inspirada en el sistema descrito, más amplia que los interdictos que hemos estudiado, por las siguientes razones:

- a) Está también a disposición de detentadores con interés propio.
- b) Procede, inclusive, contra diversos causahabientes del expoliador.
- c) Se combina con reglas relativas a la carga de la prueba, muy favorables al actor.

²⁶ D. 43. 17. 3 pr.

²⁷ D. 41. 2. 3. 5.

Los antiguos *interdicta recuperandae possessionis* fueron medidas pálidas, al lado de esta nueva protección del poseedor despojado. El derecho moderno suele rechazar una tan excesiva amplitud de la protección posesoria.²⁸

129. LA POSESIÓN ROMANA SEGÚN VON SAVIGNY Y JHERING. A principios del siglo XIX, Federico Carlos von Savigny escribió su brillante obra juvenil *El derecho de la posesión*, en que explica su "teoría subjetiva de la posesión". Afirma que la posesión se compone del *corpus* y del *animus domini*, y que este último elemento, por ser subjetivo, se presume, salvo prueba en contrario. Cuando alguna persona deriva su poder sobre una cosa, de un título —arrendamiento, depósito, etc.— incompatible con la idea de la propiedad, no hay posesión sino detentación, ya que entonces queda comprobado que falta el *animus domini*.

Contra esta teoría reacciona Jhering en diversas obras. Para él, detentación y posesión son idénticas, mientras el legislador no quite, por disposición expresa, la protección posesoria a determinadas categorías de poseedores, que se ven entonces rebajados al rango de meros detentadores. Además, vincula la interpretación de la posesión a su famosa teoría del interés: no basta la relación física entre una persona y una cosa. Toda tenencia en forma que normalmente indique un interés propio, es posesión. El legislador queda en libertad de determinar los casos en que falta generalmente este interés propio, y entonces deben negarse los efectos jurídicos de la posesión.

Por tanto, Savigny da a la posesión una base estrecha, permitiendo que el legislador la amplíe en casos determinados, como en el supuesto de la *possessio sine animo*, mientras que Jhering coloca la posesión sobre la base amplia de la detentación, permitiendo que algunos detentadores sean excluidos de las ventajas de la posesión, como en el caso de un detentador que sólo representa al poseedor o al propietario.

En los primeros dos códigos mexicanos, predominó la teoría de Savigny; en el código actual, encontramos, en cambio, la influencia de Jhering. El poder de hecho y la tenencia caracterizan la posesión,²⁹ pero si el poder de hecho se ejerce en virtud de una situación de dependencia, esta circunstancia quita a la tenencia los efectos jurídicos de la posesión.³⁰ Por lo demás, el código distingue la posesión originaria (*animus domini*) de la derivada (*possessio sine animo*),³¹ disponiendo que el poseedor *sine animo* no goce de la presunción de ser propietario³² y que sólo el poseedor *animus domini* puede invocar la prescripción.³³

²⁸ Para más detalles, sigue siendo importante la obra de BRUNS, *Recht des Besitzes*.

²⁹ Artículo 790 del Código Civil.

³⁰ Artículo 793 del Código Civil.

³¹ Artículo 791 del Código Civil.

³² Artículo 798 del Código Civil.

³³ Artículo 826 del Código Civil.

En nuestro primer capítulo hemos llamado la atención sobre el hecho de que el derecho romano se ha ido desarrollando a través de la época bizantina, de la Edad Media y del Renacimiento, hasta el siglo pasado. Aquí encontramos ahora una buena ilustración de este aserto: la "teoría romana" de la posesión es, en gran parte, el producto de la discusión entre grandes romanistas durante el pasado siglo.

Aquí dejamos este difícil tema, en que lo jurídico y lo facticio se com-penetrán, y pasamos al tema de la propiedad.

130. LA PROPIEDAD. La propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que éste pueda proporcionar. Este derecho puede estar limitado por el interés público y por otros derechos privados que desmiembren la propiedad (hipotecas, servidumbres, etc.). Sin embargo, tales restricciones nunca se presumen, y son de estricta interpretación;³⁴ en caso de duda sobre su existencia, se debe decidir a favor del propietario. Además, en cuanto cesa el derecho concurrente, la propiedad vuelve automáticamente a su plenitud original, sin necesidad de acto especial, de la misma forma que la pelota de hule vuelve a recuperar su primitiva forma redonda, cuando se deja de ejercer presión sobre ella.

El derecho civil en general descansa en cuatro pilares: la familia, la propiedad, el contrato y la sucesión *mortis causa*. Durante un mismo período de la historia de las instituciones jurídicas, un solo espíritu suele penetrar estos cuatro temas.

Cuando la familia se basa en el principio de autoridad, la propiedad suele mostrar características de exclusividad y absolutismo; en tal período, el contrato se interpreta más bien en forma textual y rígida, y no se discute el derecho del propietario de dejar sus bienes a las personas que prefiera. En cambio, cuando la familia se vuelve "democrática", los juristas tienden a considerar la propiedad como una "función social"; suelen rodear la interpretación de los contratos de consideraciones acerca de la intención subjetiva de las partes, mientras que su formación queda influida por consideraciones taxativas, inspiradas en el interés de los grupos humildes. Además, el Estado interviene en la libertad testamentaria.

En cuanto al espíritu general que anima el derecho romano, éste ha conocido dos extremos: el primero, en la fase preclásica, que corresponde a los rasgos primeramente descritos; el segundo, en la fase bizantina, que corresponde al segundo conjunto de características.

En muchos aspectos, nuestra propia época está alejándose del espíritu preclásico e inclusive clásico, y se acerca más al ambiente jurídico de la fase postclásica y bizantina. Por tanto, vivimos actualmente en una fase de constante reducción del derecho de propiedad individual; impuestos, leyes administrativas y económicas, normas de salubridad y la introducción de crecientes masas de *ius cogens* en la contratación particular, hacen

³⁴ D. 8. 1. 9.

de la propiedad de nuestra época sólo un fantasma de lo que fue en siglos pasados.

A este respecto, empero, el legislador moderno no ha alcanzado todavía los extremos a que llegó el legislador postclásico, que incluso reglamentaba una "expropiación al revés", o sea, la atribución forzosa de la propiedad, contra la voluntad de los nuevos propietarios.³⁵

La posesión no era un derecho. La propiedad, en cambio, era indiscutiblemente un derecho, una *res iuris, non facti*, para utilizar la terminología de D. 41. 2. 1. 3. Sin embargo, suele utilizarse el término *propiedad*, no sólo para designar el derecho en cuestión, sino también para el objeto de este derecho —"mis propiedades"—; he aquí otro ejemplo del poco cuidado con que empleamos los términos jurídicos.

Las fuentes romanas no nos proporcionan una definición del derecho de propiedad; ni siquiera utilizan una terminología uniforme para designar este concepto —encontramos el término de *dominium*, de *mancipium* y de *proprietas*—, pero los comentaristas condensaron el derecho de propiedad en la breve fórmula *ius utendi, fruendi, abutendi*.³⁶

A estos tres elementos se puede añadir un cuarto, el *ius vindicandi*, el derecho a reclamar el objeto de terceros poseedores o de detentadores, y que es una consecuencia directa de la circunstancia de que la propiedad es el derecho real por excelencia y, por tanto, se puede oponer a terceros.

En cuanto a la extensión espacial del derecho de propiedad sobre terrenos, este derecho comprendía el subsuelo (*usque ad inferna*, como se dijo en la Edad Media) y el aire (*usque ad coela*). En ambos sentidos, el derecho moderno ha impuesto sus limitaciones. Pensemos en mi deber de permitir que los hilos del telégrafo crucen mi terreno, o que aviones vuelen sobre él. En cuanto al subsuelo, recuérdese el artículo 27 constitucional. Una consecuencia de este derecho a la columna de aire sobre mi terreno, es que el vecino no puede tener, sin mi permiso, un balcón que cuelgue sobre un predio de mi propiedad, consecuencia todavía válida para el derecho moderno. Además, el vecino no debe perturbar con humo, malos olores, polvo, fragmentos de piedra que salten de trabajos picapedreros, etc., la pureza de la columna de aire que se levanta sobre el terreno de mi propiedad; y, en cuanto al derecho moderno, podríamos añadir que los ruidos causados por mis vecinos no deben perturbar con sus vibraciones el aire que pertenece a mi predio.³⁷ A este respecto, la equidad nos obliga a tener en cuenta la situación concreta, para determinar el necesario margen de tolerancia. Para la zona proletaria vale otro criterio que para la aristocrática.

³⁵ Este caso lo encontramos en la *peraequatio* o *epibole* de CJ 11. 59.

³⁶ Derecho de utilizar, aprovechar los frutos y de disponer. Debe notarse que *abuti* no significa abusar, sino *disponer de*, de manera que el *ius abutendi* corresponde a la facultad de vender, regalar, hipotecar, etc., el objeto del derecho de propiedad, y también a la posibilidad de consumirlo.

³⁷ Cfr. D. 8. 5. 8. 5 y 6.

131. LAS RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD. Hay relación íntima entre el amor al trabajo y la satisfacción que procura la propiedad; un buen régimen de propiedad estimula el deseo de trabajar, y, por otra parte, una sociedad en que también los ricos trabajan físicamente, desarrolla una fina sensibilidad contra las violaciones a la propiedad privada. No es sorprendente, por tanto, que el sistema de propiedad privada que encontramos en la Roma campesina de antes de la victoria sobre Cartago fuera más sólido y "absoluto" que el sistema de propiedad de la Roma comercial y financiera de siglos posteriores. Sin embargo, ni siquiera en tiempos de las XII Tablas, la propiedad privada de los romanos estaba libre de restricciones. En aquella época, la propiedad era limitada, como resulta de las "servidumbres legales" que encontramos en aquella legislación arcaica. Así, encontramos que, desde las XII Tablas, los propietarios deben tolerar que sus vecinos vengan cada tercer día a recoger frutos caídos de los árboles de éstos; y que, en caso de reparaciones en la carretera pública, los propietarios próximos deben permitir que el tránsito se haga temporalmente sobre sus terrenos.³⁸

En la época clásica, las restricciones se multiplicaron y, en tiempos del Bajo Imperio, el ejercicio del derecho de propiedad estaba tan severamente limitado como en la actualidad, o todavía más.

Las ligeras invasiones de la propiedad ajena, hechas sin mala intención, no daban lugar a reclamaciones; por ejemplo, cuando la pared de un edificio se encorbaba (*ventrem facere*) sobre un terreno vecino.³⁹ Por tanto, si por error alguien construía un edificio que pasaba unos centímetros sobre el terreno colindante, el vecino no podía exigir la demolición de toda la pared en cuestión.

Las restricciones a la propiedad pueden catalogarse bajo el rubro de *pati* (tolerar), como en los casos de los ejemplos anteriores; o, más bien, bajo el de *non facere*, como sucede en relación con las normas siguientes: no se debe molestar con humo al vecino, no se deben hacer excavaciones que priven de sus cimientos a construcciones vecinas, no se deben quemar cadáveres en predios urbanos, etc. Obsérvese que la materia de *obligaciones*, o sea, de derechos y deberes personales, está presente siempre en la práctica jurídica. A pesar de nuestra fundamental división de la materia patrimonial en "derechos reales" y "obligaciones", este último concepto penetra también en el campo contrario y aflora en varios temas que pertenecen a la materia de los derechos reales.

En cuanto a la máxima restricción al principio de la propiedad, o sea, la expropiación —espada de Damocles que amenaza a todo propietario—, resulta realmente curioso que no la encontremos reglamentada con amplitud en el derecho romano, a pesar de la grandiosidad de las obras públicas con que las autoridades romanas dotaron la mitad de Europa. Sin embar-

³⁸ D. 8. 6. 14. 1.

³⁹ D. 8. 5. 17 pr.

go, esta importante institución no faltaba completamente en el derecho romano,⁴⁰ donde constituye, junto con la *usucapio*, la máxima excepción a la regla fundamental de que *quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*.⁴¹

Insistimos en la tesis de que en el sistema romano el derecho de propiedad nunca fue absoluto. Una cita como *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*,⁴² podría interpretarse en el sentido de que todos pueden hacer uso de sus derechos sin tener en cuenta los intereses públicos, o los privados ajenos —siempre y cuando no se viole el derecho positivo—, pero a esta cita podemos oponer la famosa declaración de las *Instituciones* de Justiniano *rei publicae expedit ne quis re sua male utatur*, y el *malitiis non est indulgendum*,⁴³ principios que han dado lugar a la teoría del posible "abuso de derechos", y a artículos tan sabios como el 16 o el 840 del Código Civil.

La leyenda de la "propiedad romana absoluta" nació en la Revolución Francesa, período histórico que mostró vivo interés por las antigüedades griega y romana: la lectura de Plutarco llenaba los ratos de ocio; los hijos se llamaban Graco, Temístocles, etc. Precisamente fue en esta época cuando se quiso liberar la propiedad de todas las restricciones que el feudalismo le había impuesto, y así se explica que los escritores politicojurídicos propagaran la idea de que su meta, una propiedad libre de trabas, sólo significaba un regreso a la venerable tradición romana. La admiración tan incondicional a personas o épocas, generalmente, se apoya en un fondo de ignorancia.⁴⁵

132. EL PROBLEMA DE LA PROPRIETAS AD TEMPUS. Durante la fase clásica, el romano consideraba el derecho de propiedad como perpetuo; por tanto, no se podía conceder a nadie derecho de propiedad sobre determinado objeto, *por cierto tiempo*. Desde luego, a consecuencia de algún contrato, un propietario puede tener un *deber personal* de devolver un objeto de su propiedad a su predecesor, después de cierto tiempo. Pero tal figura pertenece al terreno de las *obligaciones* y no de los *derechos reales*; no trata de un "derecho de propiedad por cierto tiempo".

Durante la fase del "derecho vulgar", todos los conceptos jurídicos básicos comenzaban a perder sus claros perfiles, y en vez de establecer una nítida oposición entre el derecho real sobre la cosa propia (propiedad) y el derecho real sobre una cosa ajena (*ius in re aliena*), se consideraban varios *iura in re aliena* como formas inferiores del derecho de propiedad.

⁴⁰ Véase, sobre todo, DE ROBERTIS, *Emptio ab invito*, "Annali Bari", 7-8, 1947.

⁴¹ D. 50. 17. 11 (lo que es de nosotros, no puede transmitirse a otro sin nuestra intervención).

⁴² D. 50. 17. 55 (no parece obrar dolosamente, el que ejerce su derecho).

⁴³ I. 8. 2: conviene a la comunidad que nadie haga un mal uso de sus bienes.

⁴⁴ "No hay que tener complacencia con la malicia de la gente." (D. 6. 1. 38.)

⁴⁵ Véase mi artículo *El pretendido absolutismo de la propiedad romana*, "Foro de México", núm. 42, sept. 1956, págs. 3-28.

Especialmente, ocurrieron lamentables confusiones entre *usufructum* y *dominium*, de manera que se comenzaba a ver en aquella institución un *dominium ad tempus*, una *proprietatis ad tempus*: una propiedad temporal. Tal figura jurídica es realmente un contrasentido, desde luego. Un derecho de propiedad, limitado en el tiempo, es incompatible con el *ius abutendi*, y causaría terribles complicaciones en relación con los derechos concedidos, entre tanto, por el "propietario" en beneficio de terceros (servidumbres reales, usufructo, hipoteca, enfiteusis, etc.). Además, suprimiría una de las grandes ventajas sociales de la propiedad, o sea, la educación del propietario. Este tiende siempre a cuidar inteligentemente de los objetos de su propiedad, desarrollando un espíritu de ahorro para poder hacer inversiones útiles en dichas cosas; en cambio, una *proprietatis ad tempus* invitaría al "propietario" precisamente a agotar el objeto de su derecho, mediante una explotación excesiva.

Afortunadamente, Justiniano regresó a la sana tradición clásica de una abierta oposición entre, por una parte, la propiedad limitada en el tiempo, y, por otra, unos pocos *iura in re aliena*, claramente definidos, que, en algunos casos, pueden ser limitados a ciertos plazos, y, en otros, incluso deben recibir tal limitación. Que algunos ecos débiles del pensamiento de la fase vulgar se infiltraron en el *Corpus iuris*, no es sorprendente, pero no nos autoriza a decir que Justiniano haya aprobado el concepto de una *proprietatis ad tempus*.⁴⁶

En algunas formas modernas, incorpóreas, de la propiedad, desconocidas en el derecho romano por razones que ya hemos explicado —la propiedad literaria, artística, industrial—, la temporalidad está justificada y no puede producir los daños que deberíamos temer a consecuencia de la *proprietatis ad tempus* en relación con casas, terrenos y otros objetos materiales.

133. LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LA PROPIEDAD. La propiedad es el principal de los derechos reales. Veamos ahora cómo se garantiza la eficacia de ese derecho tan importante.

El *ius civile* ha creado dos acciones fundamentales para proteger la propiedad quiritaria, o sea, la propiedad reconocida por ese mismo derecho. Me refiero a la *reivindicatio*, acción por la cual el propietario puede reclamar a cualquier poseedor la entrega del objeto de su derecho de propiedad, y además la *actio negatoria*. Hablemos primero de la *reivindicatio*.

No sólo el poseedor queda pasivamente legitimado en la *actio reivindicatoria*, sino también el *possessor* que *dolo desiit possidere* (o sea, que dolosamente deja de poseer), cuando vio acercarse el proceso,⁴⁷ o el *possessor*

⁴⁶ Véase, sobre todo, ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, pág. 26; 36 y 74. Una opinión contraria a la de Levy, en relación con la tendencia de Justiniano a restablecer las claras distinciones clásicas en esta materia, se encuentra en un estudio de PIERRE MASSON, "Revue historique du droit", 1934, pág. 215 y siguientes.

⁴⁷ D. 50. 17. 131.

fictus, que *liti se obtulit*, que intencionalmente se atrae el proceso, fingiendo ser poseedor. Como Dernburg observa correctamente, se trata aquí, más bien, de acciones penales en forma de reivindicación, con las que se quiere castigar la mala fe.⁴⁸ Por tanto, después de obtener el valor del objeto, de la persona que *dolo desiit possidere* o que *liti se obtulit*, nada impide luego ejercer, una vez más, la *actio reivindicatoria* contra el verdadero poseedor.⁴⁹ El vencido *possessor fictus* no puede pedir, por ejemplo, que el vencedor le ceda las acciones que le queden contra el auténtico poseedor.

El mero detentador queda también legitimado pasivamente en una *actio reivindicatoria*, pero puede evitar toda molestia con la *nominatio auctoris*, indicando de qué persona deriva su detentación.

El vencido en una *actio reivindicatoria* tiene que dar al vencedor el valor estimado del objeto o restituirle el objeto mismo. Si era un poseedor de buena fe, puede quedarse con el valor de los frutos consumidos hasta el momento de la *litis contestatio*, y reclamar la devolución de las *impensae necessariae* (gastos indispensables, como son reparaciones urgentes) e *impensae utiles* (gastos que aumentan el valor del objeto). En cambio, sus *impensae voluptuariae* (gastos suntuarios) no pueden ser recuperados. Sin embargo, si estos últimos gastos se han hecho en adornos, etc., que a) conservan cierto valor al separarse del objeto, y b) pueden separarse sin daño para éste, entonces el poseedor puede usar su *ius tollendi* y retirar tales adornos.

Si el vencido era un poseedor de mala fe, sólo puede reclamar el reembolso de las *impensae necessariae*, conservando, en cuanto a las otras dos categorías de gastos, su *ius tollendi*, en las mencionadas condiciones. Su situación jurídica es, inclusive, tan inferior a la de un poseedor de buena fe, que debe responder de la pérdida fortuita del objeto (a no ser que lograra comprobar que el objeto también se hubiera perdido en poder de su dueño).

Los vencidos tienen el derecho de retención, hasta que el vencedor les haya reembolsado las *impensae*, de acuerdo con las reglas precitadas.

Los gastos diarios o periódicos, normales e inevitables —tales como los alimentos para los animales, el impuesto predial, etc.—, hechos en relación con el objeto litigioso, no son *impensae necessariae*, sino disminuciones naturales del producto de ese objeto, menguas normales de su goce, por lo cual deben ser pagados por la persona que haya aprovechado los frutos o gozado del uso del objeto en cuestión.

Otro medio protector de la propiedad era la *actio negatoria*, por la cual el propietario podía impedir que cualquier persona turbara el goce pacífico de sus propiedades. Así podía utilizarse para proteger la propiedad

⁴⁸ DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System*, 1911, pág. 388.

⁴⁹ D. 6. 1. 69/70.

contra la introducción de humo, humedad, pretendidos derechos de paso, etcétera.

Además, todo propietario podía protegerse de antemano contra daños que le amenazaban desde otras propiedades (árboles que estaban por caer, por ejemplo), pidiendo que el pretor obligara a su vecino a otorgar una fianza que garantizara el pago del posible daño. Esta fianza era la famosa *cautio damni infecti*.

Si se producía el daño temido, con evidente *culpa* del vecino, pero antes de otorgarse esta fianza, el perjudicado, en vez de aprovechar esta facultad de pedir la *cautio*, tenía que recurrir a la *actio legis Aquiliae*, alegando que de manera culpable se había causado daños en su propiedad. En cambio, si el daño se había producido por fuerza mayor —un terremoto, por ejemplo—, el perjudicado no tenía derecho a formular reclamación alguna. Por tanto, esta *cautio damni infecti* cubría una zona intermedia entre daños causados con dolo o culpa grave, por una parte, y daños fortuitos, por otra.

Si *A* pedía la *cautio* de *B*, y el pretor declaraba que la petición era razonable, *B* podía sustraerse a la obligación de otorgar una fianza, abandonando el inmueble en cuestión. Por tanto, *B* se hallaba ante la alternativa de *cavere aut carere*⁵⁰ (otorgar la fianza o perder el objeto). Encontramos aquí la "obligación real", a la que podía uno sustraerse, mediante el abandono de determinada cosa.⁵¹

Otra figura relacionada con la defensa de la propiedad es la siguiente: si *A* opinaba que una nueva obra, comenzada por *B*, lo lesionaba en sus derechos de propiedad, e iniciaba el juicio correspondiente contra *B*, existía el peligro de que, entre tanto, la obra en cuestión continuara y que tuviera que ser demolida después. Esta circunstancia causaría un daño a *B* y a la sociedad en general, a la cual no podía agradarle que sus recursos se malgastaran. Por esto, la persona que alegaba la ilicitud de la obra podía pedir al pretor, mediante una *operis novi nuntiatio*, que éste ordenara la paralización provisional de la obra, en tanto se decidía si podía continuarse, o no, su construcción.

También debemos mencionar al respecto la siguiente figura jurídica. El curso de las aguas entre los inmuebles fácilmente da lugar a conflictos. El derecho romano tomaba, en tal caso, como punto de partida, el *status quo* (la *natura loci* en combinación con la *vetustas*) y disponía que éste sólo puede ser modificado por convenio o por ley. Si el propietario de un fundo superior cambiaba el curso de las aguas que pasaban por su terreno, en contravención del citado principio, así como si el propietario del fundo inferior modificaba el *status quo*, impidiendo de pronto la acostumbrada entrada de las aguas que venían de fundos vecinos, el propietario que se sintiera perjudicado tenía la *actio aquae pluviae arcendae*,

una acción, por tanto, de un alcance mucho más amplio de lo que su nombre indica.⁵²

Finalmente, en el caso normal en que propiedad y posesión coincidían, el propietario podía utilizar, en defensa de su propiedad, la protección posesoria, por ser ésta más rápida, ya que la comprobación de la posesión era, con frecuencia, más fácil que la de la propiedad.

134. LA PROPIEDAD BONITARIA. La protección de la propiedad por medio de la *actio reivindicatoria* y otros medios del *ius civile*, sólo servía para la defensa de la propiedad reconocida por éste. Pero, paralelamente a ella, existía otra clase de propiedad, reconocida por el *ius honorarium* y protegida por medidas procesales, surgidas, no de la ley o de la jurisprudencia —en su sentido romano—, sino de la conciencia jurídica del pretor. Esta segunda forma de propiedad se llamaba la *bonitaria*, término derivado de la expresión *in bonis habere*. Cuando, por ejemplo, se adquiría una *res mancipi* sin observar el obligado rito de la *mancipatio* o sin recurrir a la *in iure cessio*, el vendedor continuaba siendo propietario quiritalario —es decir, titular de un derecho de propiedad reconocido por el *ius civile*—, pero si trataba de recuperar por una *reivindicatio* el objeto vendido, el pretor concedía al comprador, para combatir la mala fe del vendedor, la *exceptio rei venditae et traditae*, que paralizaba la *actio reivindicatoria*.

He aquí otro ejemplo: si yo he comprado un esclavo, pero sin observar la debida formalidad de la *mancipatio*; y el esclavo ha huido después a la casa de su antiguo dueño, o de algún tercero, no me corresponde la *reivindicatio*, desde luego, ya que no soy el propietario quiritalario; pero el pretor me ayuda concediéndome la *actio publiciana* en contra de cualquier tercero detentador o poseedor, con una posición jurídica inferior a la mía. Y si el antiguo dueño, todavía propietario quiritalario —ya que no hubo una *mancipatio*—, en cuya casa se encontraba el esclavo, opone a mi *actio publiciana* la *exceptio iusti dominii* (la excepción de ser propietario quiritalario), el pretor me concede contra su *exceptio* una *replicatio rei venditae et traditae*, que sirve para paralizar la citada *exceptio*. Así, el pretor defiende de modo muy eficaz la propiedad bonitaria contra la mala fe de los propietarios quiritalarios.

De esta forma, la propiedad bonitaria recibía, poco a poco, mayor eficacia y, finalmente, permitía a su titular, inclusive, reclamar el daño causado en el objeto de esta clase de propiedad, hipotecarlo, darlo en prenda, etc.

Este ejemplo ilustra claramente la complicada convivencia de ambas corrientes jurídicas en la antigua Roma, y nos muestra, al mismo tiempo, cómo el pretor, sin ser un legislador, crea nuevas instituciones jurídicas. Estas nacen como repercusión de las *actiones*, *exceptiones*, *replicationes*,

⁵⁰ D. 39. 2. 9 pr.

⁵¹ Cfr. el abandono de un esclavo para sustraerse al deber de indemnizar el daño por él causado.

⁵² D. 39. 3.

etcétera, que el pretor concede al público, en su afán de acercar el derecho positivo al derecho natural.

El propietario bonitario no podía hacer con el objeto en cuestión todo lo que podía realizar el propietario quiritarario. Por ejemplo, el legado *per vindicationem* era ineficaz respecto de objetos sobre los cuales el testador no tuviera más que la propiedad bonitaria, como veremos; tampoco podían hacerse una *in iure cessio* o una *mancipatio* de un bien sobre el cual el vendedor tuviera únicamente la propiedad bonitaria; y el esclavo que no perteneciera más que “bonitariamente” a su dueño se convertía por la *manumissio* sólo en un latino juniano.

Pero esta situación inferior de la propiedad bonitaria no duraba eternamente; mediante la prescripción (*usucapio*) —de un año para muebles, y de dos años para inmuebles—, la propiedad bonitaria se convertía automáticamente en quiritaria, ya que la *usucapio* —como veremos— es un modo de adquisición reconocido y reglamentado por el *ius civile*.

A la escala de conceptos: propiedad quiritaria, propiedad bonitaria, posesión, correspondía, pues, otra escala de la *actio reivindicatoria*, la *actio publiciana* y los *interdictos*.

Cuando Justiniano suprime la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, eliminando al mismo tiempo la *mancipatio*, se juntan finalmente las dos formas de propiedad romana. Después de las citadas simplificaciones, Justiniano observa con justa razón que la propiedad quiritaria, al lado de la bonitaria, no es más que un *nudum ius*, un *vacuum et superfluum verbum* (palabra vacía e inútil), que, por tanto, extirpa de la ciencia jurídica.⁵³

Siempre encontramos en Justiniano la tendencia a simplificar y unificar instituciones semejantes. Esto constituye generalmente un mérito, aunque “es precisamente en el invierno, cuando toda la naturaleza se viste de un solo color”, como observa Jhering. En el presente caso, nadie negará que la unificación supuso un progreso, aunque, por otra parte, debemos reconocer que la coexistencia de estas dos formas de propiedad contribuyó a aguzar el genio jurídico romano, por las interesantes complicaciones que se presentaban en este dualismo.

Recordemos aquí que el derecho anglosajón también presentó, y, en parte, todavía presenta, tales dualismos de instituciones reconocidas por el *common law*, y otras semejantes creadas por el *equity*.

135. LA COPROPIEDAD. Si varias personas tenían un derecho de propiedad sobre un solo objeto, cada una de ellas era propietaria de una cuota ideal. Tales situaciones podían surgir por contrato —por ejemplo, un contrato de sociedad—, a consecuencia de una herencia indivisa, por un legado o alguna donación, por *commixtio* accidental de granos, etc., por *confusio* accidental de líquidos y por algunas causas más.

⁵³ C. 7. 25. 1.

Ningún copropietario podía alegar entonces que su derecho quedaba reducido a una parte material del objeto en cuestión, por cuya razón decimos que las cuotas eran “ideales”, no “materiales”. En cuanto a su cuota ideal, empero, cada copropietario tenía un derecho que podía transmitir o gravar como quisiera (sin que existiera un “derecho del tanto” al respecto, como actualmente).

En caso de duda sobre el valor de las cuotas, se presumía que éstas eran iguales.

¿Pero cuál era el derecho de cada copropietario, no respecto de su cuota, sino en relación con el objeto común?

Podía utilizarlo, pero siempre en una forma que no impidiera que los demás lo utilizaran también. Además, cada copropietario podía hacer las reparaciones necesarias y reclamar luego un reembolso proporcional a los demás. En cambio, las modificaciones o, inclusive, mejoras del objeto sólo podían hacerse con unánime consentimiento de los copropietarios; aquí, la mayoría no obligaba a la minoría.

En caso de despojo o perturbación del derecho de propiedad, o de la posesión por terceros o por alguno de los copropietarios, cada uno de éstos podía ejercer en forma independiente la acción que procediese.

En sus relaciones mutuas los copropietarios respondían por la culpa *in concreto*, es decir, no por una conducta que hubiera sido la típica de aquel abstracto *bonus paterfamilias*, que tantas veces encontramos en el derecho romano, sino por una conducta de un grado igual de cuidado al que solía mostrar en sus demás negocios.

Es evidente que la copropiedad fácilmente se torna en fuente de pleitos, lo que explica que el derecho romano no la viera con muy buenos ojos. Cada copropietario podía poner fin a la copropiedad, pidiendo su división mediante la *actio communi dividundo*. Para obtener este resultado, por tanto, bastaba la voluntad de uno contra todos.

136. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD. Los bienes están en perpetua circulación. Parte de ellos se pierde constantemente por consumo o accidente; otros permanecen por mucho tiempo en circulación, pasando por interminable cadena de propietarios y poseedores. Aun los objetos de consumo rápido, como la carne o el pan, suelen pasar por las manos de varios propietarios durante su breve vida. Por ello, el tema de la adquisición de la propiedad, típico capítulo de la dinámica del derecho, es de gran importancia.

Que los bienes puedan circular libremente, corresponde al interés público. En nombre de este principio, la Revolución Francesa suprimió, por ejemplo, la vinculación de los bienes inmuebles en mayorazgos u otras formas fiduciarias.⁵⁴ Con este tema se relaciona la conocida lucha contra

⁵⁴ La misma idea ha orientado artículos como el 2301 del Código Civil y la prohibición de la sustitución fideicomisaria del art. 1473 del mismo Código.

la "mano muerta" (que ya no mueve los objetos), que llevó en México a resultados como la Ley de Desamortización de 1856.

Por razones sociales evidentes, empero, el derecho romano imperial y el moderno han puesto ciertas trabas a dicha libertad de la circulación de bienes, en relación con bienes valiosos de pupilos, bienes dotales, bienes litigiosos, etc. A este respecto, el derecho romano iba más lejos que el moderno, al permitir que, por pactos privados, se prohibiera en forma total la venta de determinados objetos. ¿Qué efecto tenía la violación de tales pactos? La venta realizada, contravieniéndolos, no se anulaba; pero dicha violación daba a la parte interesada en que tales pactos se cumplieran, derecho a reclamar indemnización, siempre y cuando lograra cuantificar su interés relativo. En otras palabras, la violación de tales pactos no tenía "efectos reales" (que tenderían a la recuperación del objeto, en perjuicio de los terceros compradores), sino únicamente "efectos personales" entre las partes de estos pactos restrictivos de la libertad de venta. Lo más lejos que el derecho mexicano moderno ha querido ir al respecto, queda formulado en la primera parte del artículo 2301 del Código Civil.

Entre los modos de adquirir la propiedad, distinguimos entre los modos que causan una transmisión a título universal (de todo un patrimonio; típico ejemplo: herencia), y los que transmiten a título particular (sólo determinados bienes; típico ejemplo: *traditio*, en el sentido abajo explicado). Los modos que transmiten la propiedad a título particular son originarios o derivativos.

En el primer caso, se adquiere la propiedad sin contar con la colaboración del propietario anterior; en el segundo, se trata de una verdadera *sucesión*, con la colaboración expresa del propietario anterior (testador, vendedor, donante, etc.) o con la colaboración tácita por parte de éste (como en el caso de una sucesión que se reparte por vía legítima).

El que adquiere la propiedad por un modo derivativo tiene que respetar los derechos reales establecidos sobre el objeto por su predecesor, ya que *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más de lo que tiene). En cambio, el que adquiere por modo originario recibe un derecho de propiedad no "desmembrado".

Entre los modos derivativos, podemos distinguir las transmisiones a título universal, que tienen por objeto la totalidad de un patrimonio o un porcentaje del mismo, y las transmisiones a título particular, que tienen por objeto bienes materiales o inmateriales determinados.

137. MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. Son varios:

1. El primer modo es el de la *occupatio*. Por ella hacemos nuestra una cosa que está dentro del comercio, pero que, en este caso concreto, no pertenece de hecho a nadie o pertenece a un enemigo, en caso de guerra. Se necesita la aprehensión material, para realizar la *occupatio*, de tal *res nullius*.

Esta *occupatio* creaba un derecho de propiedad a favor del ocupante, aunque éste no supiera que se trataba de una *res nullius* y pensara robar la cosa.⁵⁵ Nótese, pues, que en la *occupatio* se presenta el curioso caso de que la posesión produce inmediatamente la propiedad.

El derecho romano consideraba como *res nullius* las siguientes cosas:

a) Animales no domesticados que se encontraban en estado de libertad, "en la tierra, el agua o el cielo", y sus productos —como perlas, miel, etc.—, en tanto que éstos se encontraran todavía en su estado natural.

Por tanto, el cazador furtivo que opera en mis terrenos no es un ladrón. Comete un delito contra mi propiedad por entrar en mis terrenos sin mi permiso, o viola leyes y reglamentos administrativos, pero, técnicamente hablando, no se trata de un robo. El hecho de que sus víctimas tengan en mis bosques sus nidos y viviendas subterráneas no es suficiente para afirmar que estos animales sean *míos*.

Los animales domesticados no son *res nullius*, desde luego, pero se convierten en *res nullius* cuando vuelven al estado de libertad natural, perdiendo su *animus revertendi*. La paloma mensajera, mientras muestre tendencia a regresar a su dueño, no es, por tanto, una *res nullius*, aunque se encuentre en libertad. Una perla que perdimos en la playa, vuelve a ser una *res nullius*; en cambio, la perla que perdemos en la calle, no. Esta conclusión se deriva del concepto de "libertad natural" aplicado por analogía. Un león que se escapa de un jardín zoológico y se sustrae a la vista de sus perseguidores se convierte en *res nullius* si este accidente sucede en un lugar rural de África; no, si sucede en el bosque de Chapultepec, por la misma razón. Las modernas reglamentaciones de caza y pesca sólo dejan subsistir este caso de *occupatio*, tratándose de la pesca en aguas extraterritoriales.

b) *Res hostiles*: bienes del enemigo que se encontraban en territorio romano en el momento de comenzar la guerra.⁵⁶

c) *Insulae in mari natae*,⁵⁷ caso raro que el derecho moderno sólo reconoce si tales islas nacen fuera de aguas territoriales.

d) *Res derelictae*: cosas voluntariamente abandonadas, arrojadas.⁵⁸ No se considera como tales cosas, la mercancía arrojada voluntariamente al mar para aligerar un barco que se encuentre en peligro, y restos de naufragios.⁵⁹

2. El segundo modo es el hallazgo del tesoro *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria ut iam dominum non habeat*:⁶⁰

⁵⁵ D. 22. 6. 9. 4.

⁵⁶ Actualmente, el derecho internacional ha quitado a estos bienes su carácter de *res nullius*, colocándolos bajo un sistema de administración pública, para devolverlos después de la guerra (solución honesta) o confiscándolos (solución reprobable). Cfr. D. 41. 1. 51. 1.

⁵⁷ D. 41. 1. 7. 3.

⁵⁸ Por ejemplo, el regalo de la mujer que jugaba con el afecto de su prometido, y que éste arroja a la calle, se convierte en una *res nullius* y será propiedad del primer ocupante; pero el regalo de la novia que, por desgracia, se pierde, continúa siendo propiedad del novio, y queda sujeto a su *actio reivindicatoria*.

⁵⁹ Véase D. 41. 1. 9. 8; C. XI. 6. 1.

⁶⁰ Cfr. art. 875 del Código Civil.

un viejo depósito de dinero, que ya no tiene dueño, ya que nadie recuerda a quién pertenecía. Cuando se sabe, por tanto, el origen exacto del objeto, entonces *extat memoria*, de manera que la cosa no es un "tesoro" en sentido técnicamente jurídico (tal es el caso de "El oro del Rhin", de la ópera de Wagner). Pero un auténtico "tesoro" encontrado ¿pertenece al dueño del inmueble o al descubridor? El derecho justinianeo, haciendo suya una solución del emperador León, declara que el descubridor que encuentre un tesoro, tendrá derecho a una mitad, debiendo entregar la otra al propietario del inmueble. En cambio, si el descubridor se pone a buscar en un terreno, sin permiso del propietario del mismo, no adquiere ningún derecho sobre lo que encuentre.⁶¹

No debemos considerar este modo de adquisición como un caso especial de la *occupatio*. El descubridor no adquiere la propiedad de todo el tesoro, ya que el propietario del terreno tiene derecho a una mitad. Por el hallazgo, cada uno adquiere *ipso iure* la mitad del tesoro. Por tanto, el descubridor que se quede con todo él, comete un auténtico robo de la mitad que pertenece al propietario del terreno.

Quien descubre cosas perdidas que no se encuentren en la condición especial de un "tesoro", es un simple gestor de negocios, que puede reclamar al propietario, nada más, los gastos hechos en beneficio de éste. Si se apodera del objeto encontrado, se coloca en la situación jurídica de un ladrón, lo cual implica, para el derecho civil, la situación jurídica de un poseedor de mala fe.⁶²

3. El tercer modo es la *accessión*, por la cual el propietario de una cosa "principal" adquiere la propiedad de un conjunto, cuando una cosa accesoria se combina con la cosa principal en forma inseparable (o sólo separable mediante graves perjuicios). En cambio, si los dos objetos son separables, sin causar daños importantes, entonces el propietario de la cosa accesoria puede ejercitar la *actio reivindicatoria*,⁶³ después de haber obtenido la separación física mediante una *actio ad exhibendum*.

Pero la cuestión está en saber cuál es la cosa principal y cuál la accesoria. Los sabinianos dijeron: "principal es la cosa de mayor valor";⁶⁴ los proculeyanos, empero, opinaron que la cosa principal es la que determina la función típica de la combinación. En general, estos dos criterios coinciden, aunque hay casos en que dan soluciones divergentes (por ejemplo, un abrigo con bordado de oro).

Al lado de esta regla general, en sus dos versiones, encontramos otra especial: si uno de los objetos que se combinan es la tierra, ésta valdrá siempre como cosa principal, de manera que el propietario del suelo será

⁶¹ Compárese esta solución romana con la que sugiere San Mateo, 13. 44; el sistema romano es confirmado por los arts. 877, 879, 880 y 881 del Código Civil.

⁶² D. 47. 2. 43. 8 y 9.

⁶³ Cfr. art. 920 del Código Civil.

⁶⁴ Art. 917 del Código Civil corresponde al principio sabiniano; el art. 918 contiene, subsidiariamente, el principio proculeyano.

siempre propietario de la construcción que alguien hiciere en su terreno, o de la siembra hecha allí con semillas ajenas. Paralelamente a esta cuestión, relativa a la propiedad, encontramos el problema de la indemnización, que se resuelve teniendo en cuenta la buena o mala fe de los propietarios, como sucede también en el derecho moderno.

Se suele considerar la "accessión" como un modo *originario* de adquirir la propiedad, alegando que alguien adquiere la propiedad de un conjunto nuevo, que antes no existía, por lo que no podía ser objeto de un derecho de propiedad anterior.

Debemos distinguir los siguientes casos:

a) Unión de una cosa mueble con otra mueble.⁶⁵

a') *Ferruminatio* (unión mediante hierro fundido).

b') *Plumbatio* (unión mediante plomo).⁶⁶

c') *Textura*. Aunque los hilos sean de oro y, por ello, más valiosos que el resto del tejido, el propietario de éste llega a ser propietario del conjunto.⁶⁷

d') *Scriptura*. El propietario del pergamino se convierte en propietario de la obra copiada, aunque se hubiera utilizado tinta ajena.⁶⁸

e') *Pictura*. Los clásicos equiparan este caso al anterior. Desde luego, nos referimos aquí únicamente al caso en que la tela y las pinturas pertenecan a dueños distintos. Si todo el material pertenece a una persona distinta del pintor, ya no estamos en presencia de un caso de *accessio*, sino de *specificatio*, tema que expondremos luego.

b) Unión de una cosa mueble con una inmueble.⁶⁹

Aquí distinguimos tres casos:

a') *Satio*. En este caso, el propietario del suelo es propietario de la siembra, tan pronto eche raíces.

b') *Plantatio*. Aquí los romanos ofrecen una solución análoga a la anterior.

c') *Inaedificatio*. *Omne quod inaedificatur, solo cedit* (todo lo que se construye, pertenece al suelo). Sin embargo, el que construya de buena fe en un terreno ajeno, tiene derecho a reclamar del propietario una indemnización por el aumento del valor del inmueble; si el dueño no quiere pagar, auste al constructor el *ius tollendi*,⁷⁰ es decir, puede llevarse lo construido, siempre que se cumplan dos condiciones:

1. Que los materiales de demolición tengan para él algún valor.

2. Que deje el inmueble como estaba antes (sin excavaciones, cascajo, etc.).

⁶⁵ Cfr. art. 916 del Código Civil.

⁶⁶ Como típico ejemplo del casuismo bizantino, señalamos que, en caso de separación, la propiedad original del objeto accesorio renace si hubo *plumbatio*; pero no, si hubo *ferruminatio*.

⁶⁷ Aceptación de la tesis proculeyana en este caso especial.

⁶⁸ El art. 919 del Código Civil trata actualmente de este problema.

⁶⁹ Cfr. art. 895 del Código Civil.

⁷⁰ D. 19. 2. 19. 4.

Estos tres casos justifican la regla general de que, si un inmueble se junta a objetos muebles, el propietario del suelo se convierte en propietario de todo el conjunto: *superficies cedit solo*⁷¹ (en esta máxima entendemos por *superficies* todo lo que se destaca del suelo de manera que significa: lo construido pertenece al dueño del suelo). Se trata de una derivación especial del principio de que *accessio cedit rei principali*.⁷²

Encontramos un caso particular de *accessio* con motivo de los materiales de construcción incorporados a un edificio ajeno, sin permiso del dueño de tales materiales. Ya desde las XII Tablas, no se permitía a dicho dueño que hiciera demoler una construcción para recuperar unas vigas, pero se reconocía que su derecho de propiedad no se perdía, y que, en caso de demolición posterior, el dueño del material podía reclamar las vigas en cuestión, sin que pudiera objetársele la *usucapio*, la pérdida de su derecho por el mucho tiempo transcurrido. El resultado jurídico de esta solución es curioso: una propiedad, sin *ius utendi*, sin *ius fruendi*, con un *ius vindicandi* suspendido hasta el momento de la demolición, y que no prescribe. Como otra particularidad, debemos señalar también que este derecho de propiedad, de perfiles tan curiosos, podía canjearse siempre contra el pago de dos veces el valor del material en cuestión.

c) Unión de un inmueble con otro inmueble.

Se nos presentan los siguientes casos:

a') *Avulsio*. Si una gran cantidad de tierra es arrancada de su lugar original, para quedar depositada en otro terreno —por ejemplo, a causa de una inundación o por la repentina violencia de un río—, el propietario original puede mandar recogerla —con carros, lanchas, etc.—, siempre que la vegetación no haya unido la tierra desplazada al terreno huésped.⁷³

b') El aluvión, en cambio, es el incremento lento de un fundo por el movimiento del agua, en perjuicio de otros fundos.⁷⁴

c') La *insula in flumine nata* llega a ser propiedad de los propietarios ribereños en proporción a la parte de las orillas que pertenecen a cada

⁷¹ GAYO, II. 73.

⁷² D. 34. 2. 19. 13.

⁷³ Permítame el lector un breve paréntesis, que ilustrará la importancia práctica del cuidadoso análisis literal de textos legales. En relación con nuestro tema, hay una discrepancia entre el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano. Mientras que aquél habla de *videtur adquisita* (D. 41. 1. 7. 2) —en singular—, éstas hablan de *videntur adquisitae* (Inst. II. 1. 21) —en plural—. Resulta que el *Digesto* pretende que todo el terreno se pierde por el arraigo, mientras que para las *Instituciones* sólo las plantas y los árboles que se encuentren en la tierra desplazada pertenecen al dueño del terreno beneficiado. Para los que tenían que aplicar el *Corpus iuris* como derecho positivo, el principio de que la ley posterior deroga la anterior, no ofrecía una solución a la contradicción citada, ya que el *Digesto* y las *Instituciones* fueron promulgados simultáneamente. Sin embargo, podían recurrir al principio general de que, en caso de duda, debemos resolver en favor de la menor transmisión gratuita de derechos, decidiéndose, por tanto, en favor de la solución de las *Instituciones*.

⁷⁴ Cfr. art. 908 del Código Civil. Notemos, de paso, que la diferencia entre *avulsión* y *aluvión* jugó un papel importante en el caso del Chamizal.

uno de ellos. Si la isla nace sólo de un lado del río, se aprovechan solamente los dueños de esa ribera.⁷⁵ No se trata de una pura *accessio*, ya que falta una verdadera *unión*, en este caso, entre el terreno ribereño y la isla, a no ser que quisiéramos tener en cuenta un latente derecho de propiedad respecto del lecho subacuático. Si la isla nace por el repentino afloramiento de un nuevo brazo del río, que convierte de pronto un terreno ribereño en isla, dicho terreno, desde luego, no cambia de dueño y no debe repartirse entre los demás propietarios de la ribera.

d') En caso de *alveus derelictus* (cauce abandonado), el lecho seco se reparte entre los predios colindantes.⁷⁶

Pero imaginémonos ahora que se presenta este caso: un río toma un nuevo cauce, y el abandonado se reparte de acuerdo con las reglas para el *alveus derelictus*; luego, tiempo después, el mismo caprichoso río regresa a su cauce original, de manera que el interino, ahora abandonado, se reparte nuevamente de acuerdo con las mismas reglas. Ahora bien, si este cauce interino hubiera correspondido originalmente a un solo predio, hablando en sentido estricto, su abandono no ayudará al propietario perjudicado, ya que ni siquiera es ribereño y no tiene derecho alguno. Después de llegar a esta conclusión, rigurosamente lógica, el *Libro de Oro* de Gayo⁷⁷ se arrepiente y añade: *sed vix est ut id obtineat*, o sea, "pero, en realidad, apenas puede sostenerse esta opinión". Este aditamento ¿es un ejemplo de la prudencia clásica que ve siempre los dos lados de un problema y no quiere sacrificar nuestra natural intuición jurídica a la fría lógica dogmática?, ¿o sería más bien una añadidura postclásica a una solución clásica, diáfana, transparente, pero un poco demasiado dura? Son tales cuestiones las que hacen el *Corpus iuris* tan ameno como libro de derecho, y que tornaba su aplicación tan difícil cuando todavía era un libro de leyes.

d) Como última posibilidad en materia de accesión, podríamos considerar la unión de una cosa mueble o inmueble, tangible, con otra cosa intangible (trabajo, actividad artística). Los romanos separaban, empero, de la *accessio* este supuesto y crearon para él un lugar especial en la institución de la *specificatio*.

Obsérvese, finalmente, que la *accessio* puede tomar formas horizontales (aluvión, por ejemplo) y verticales (*inaedificatio*, etc.).

4. El cuarto modo es la *specificatio*, que acabamos de mencionar.

⁷⁵ I. 2. 1. 20 y siguientes.

⁷⁶ Cfr. art. 914 del Código Civil, y la Ley de Aguas.

⁷⁷ Reelaboración de sus *Instituciones*, que encontramos a menudo como eslabón entre esta obra y las *Instituciones* de Justiniano.

D. 41. 1. 7. 5 *in fine*. Riccobono opina que se trata de una adición justiniana, igual que *stricta ratione* de la misma frase. Sin embargo, si los compiladores justinianos se hubiesen fijado con atención en esta frase, la hubieran modificado probablemente en un sentido más categórico. No habrían presentado primero una solución inaceptable para quitarle luego su eficacia con una añadidura de tono tan tímido, sino que hubieran rechazado, desde el comienzo, la original solución de Gayo.

Creo que se trata, más bien, de una interpolación hecha por un maestro postclásico, para suavizar en un famoso libro de texto una opinión con la que él no estaba de acuerdo; una interpolación prejustiniana, por tanto.

¿Qué es, en este supuesto, lo principal? La materia, según los sabinianos; el trabajo, según los proculeyanos.

En esta última posición no debemos ver un triunfo de ideas socialistas, un aprecio particular de la fuerza creadora del trabajo. Aquí no habla el sentimentalismo político o social, sino Aristóteles, que ve el mundo material como una composición, siempre cambiante, de dos elementos —“forma” (*species*) y “materia”—, determinando que es el primer elemento el que confiere a cada cosa su individualidad concreta; de ahí el término de *specificatio*.

Justiniano resuelve esta controversia dando la razón a los sabinianos en los casos en que se pudiera devolver al producto su forma original —como en el caso de una estatua de bronce—, y a la tesis proculeyana, si el producto nunca podía recibir su forma anterior —como en el supuesto de una estatua de mármol—; es una *media sententia* (opinión intermedia) que no satisface, ni a la dogmática, ni a la práctica. Es inútil decir lo poco elegante que resulta introducir en una cuestión dogmático-jurídica un detalle físico, como la posibilidad de reversión, que debería ser jurídicamente neutro, irrelevante.

Según Justiniano, una estatua hecha por un excelente escultor, con bronce ajeno, pertenece al propietario del material, mientras que un camafeo hecho por un vulgar orfebre, a partir de una piedra preciosa que todavía podría servir para ser reelaborada, pertenece al “artista”.

Aunque la seguridad jurídica, promovida por la *media sententia*, es preferible a la ambigüedad causada por la polémica entre sabinianos y proculeyanos, creo que la pura teoría proculeyana hubiera ofrecido mejor solución; si un solo artista utiliza entonces materiales de varios propietarios, cuando menos, no nacen complicadas situaciones de copropiedad.

El legislador moderno ha sustituido la dudosa decisión de Justiniano por otra más discutible, permitiendo que el juez compare el mérito artístico con el valor del material, para determinar si la propiedad pertenecerá al artista o al propietario del material.⁷⁸ Cualquier persona que sepa de arte moderno, comprenderá que, en una época transitoria y revolucionaria como la nuestra, es muy difícil para un juez —aun con ayuda de peritos— decidir sobre el mérito artístico de una obra.⁷⁹

Si un artista hace un trabajo con material mío, *por instrucciones mías*, todo cambia; por supuesto, no podrá alegar, después, que él es, por *specificatio*, el propietario del resultado.

5. El quinto caso es el de la *confusio* (respecto de líquidos) o *commixtio* (respecto de bienes sólidos).

Se trata de mezclas, accidentales o intencionales, de dos materias como cuando se mezcla vino de una calidad con vino de otra, o trigo de dos

⁷⁸ Art. 930 del Código Civil.

⁷⁹ Recuerdo cómo las autoridades arancelarias norteamericanas gravaron, en concepto de “materiales de construcción”, una colección de obras de un escultor abstracto, que más tarde alcanzó gran fama.

lotes distintos. El derecho romano dispone que de tal mezcla resulta una copropiedad en la cual los nuevos copropietarios participan en proporción a los valores de los elementos de su propiedad que han entrado en la mezcla.

Si la separación es posible sin mucho gasto, y si se trata de una mezcla accidental o producida sin consentimiento de todos los interesados, cada copropietario que no hubiere dado su anuencia puede pedir la división del conjunto; cosa muy distinta, desde luego, de la división de la copropiedad de que ya hemos hablado.

Si la mezcla o *commixtio* se hubiera hecho con consentimiento de todos los propietarios interesados, el caso no pertenece ya a nuestro tema de “modos originarios de adquirir la propiedad”, sino que se trata de la creación de una copropiedad por convenio y subsecuente *traditio*. El Código actual no tiene en cuenta esta diferencia, y trata de la mezcla en el capítulo de la accesión,⁸⁰ considerándola, por tanto, siempre como un modo originario.

Por la posición especial que ocupa el dinero entre las cosas muebles, se ha querido dar una solución especial al caso de una mezcla incidental de dinero, perteneciente, en su origen, a dos personas distintas. La copropiedad de una caja con dinero no es práctica; por esta razón, se decidió que, en este caso, el poseedor de la caja en la cual se mezcló el dinero, tiene un derecho real sobre todo el contenido de la caja, mientras que el propietario perjudicado tiene un derecho personal por indemnización, contra el propietario beneficiado.⁸¹ En caso de insolvencia del primero, esta desviación de la regla dogmática general es de gran importancia práctica.

6. Otro modo originario es el de la separación de frutos.

El enfiteuta, el precarista y el poseedor de buena fe⁸² adquieren, por la “separación”, la propiedad de los frutos del bien matriz del que sólo tienen la posesión o la detentación. En cambio, antes de la separación, el propietario de la cosa matriz es también el propietario de los frutos pendientes.⁸³

El usufructuario se encuentra en un caso ligeramente distinto. El adquiere la propiedad de los frutos, no por la separación, sino después, por el hecho de dividir los frutos en una porción que deberá reinvertirse en la próxima cosecha, y otra porción que representa la verdadera ganancia. Por tanto, si un ladrón separa los frutos del terreno usufructuado o roba

⁸⁰ Art. 926 y siguientes del Código Civil.

⁸¹ D. 46. 3. 78.

⁸² El derecho del poseedor de buena fe, empero, sólo nace si su *bona fides* subsiste, cuando menos, hasta el momento de la separación de los frutos (D. 41. 1. 48. 1).

⁸³ Sin embargo, los frutos no consumidos por el poseedor de buena fe, en el momento de la *litis contestatio* (*fructus extantes*) entran en el objeto del pleito. Por una parte, parece quizás absurdo dar un premio por el rápido consumo y castigar el espíritu de ahorro; pero, por otra, tenemos que considerar la exclusión de los frutos —en caso de consumo de buena fe antes del proceso— como un beneficio a favor del poseedor de buena fe, para que éste no tenga que reembolsar cosas ya consumidas; si no hubo tal consumo, desaparece la *ratio iuris* de esta exclusión.

frutos que acaban de cosecharse, no es el usufructuario, sino el propietario, quien puede reivindicarlos.⁸⁴

En cuanto al arrendatario de un terreno agrícola, su posición es muy especial. Tiene un derecho personal respecto del propietario-arrendador, que debe permitirle apoderarse de los frutos, de manera que los adquiere por una *brevi manu traditio*,⁸⁵ a través del arrendador.⁸⁶

7. Como último modo originario podríamos citar la adquisición de toda la propiedad, por un copropietario que haya hecho gastos para su restauración y que no obtiene del otro copropietario, dentro de los cuatro meses, el reembolso proporcional; véase C. 8. 10. 4, una de las *constitutiones* en las que se refleja la preocupación de los emperadores postclásicos por fomentar la reconstrucción de los múltiples edificios arruinados que se encontraban en las regiones de población decreciente.

138. LOS MODOS DERIVATIVOS DE ADQUISICIÓN DEL IUS CIVILE. Ahora entramos en el campo de las auténticas "sucesiones".

Estas pueden tomar la forma de una sucesión a título *particular*, por la cual se transmite un bien o unos bienes determinados, o la forma de una sucesión a título *universal*, por la cual se transmite un patrimonio entero o un porcentaje de un patrimonio.

Sucesiones a título universal son la herencia, el traspaso del patrimonio de una romana *sui iuris* como consecuencia de su *conventio in manum*, el traspaso del patrimonio de un romano *sui iuris* como consecuencia de la *adrogatio*, la *venditio bonorum* en caso de una quiebra, el fideicomiso universal (desde el senadoconsulto Trebeliano) y la donación de todos los bienes y créditos del donante (en cuyo caso, el donatario responde automáticamente de las deudas).

Las transmisiones a título universal *inter vivos* que encontramos en esta enumeración, son extremadamente raras en las legislaciones modernas.

En cuanto a las sucesiones a título particular, encontramos entre ellas diversos modos reconocidos por el *ius civile*, y un importantísimo modo de *ius gentium*.

Como principio general, sólo el propietario puede transmitir válidamente la propiedad. Sin embargo, hay excepciones. El acreedor prendario, por ejemplo, es sólo poseedor de la prenda, pero cuando hace vender la prenda por incumplimiento del deudor, el comprador recibe la propiedad sin necesidad del consentimiento del propietario. Como en la antigua Roma no se necesitaba la intervención judicial para la venta de una prenda, no se puede considerar este caso como una forma de *adjudicatio*.⁸⁷

Como modos de adquisición a título particular, pertenecen al *ius civile* los siguientes:

⁸⁴ Véase el ingenioso rompecabezas de D. 7. 1. 12. 5.

⁸⁵ Véase la pág. 266.

⁸⁶ D. 12. 1. 4. 1.

⁸⁷ Véase más adelante, pág. 263.

a) La *mancipatio*. Este modo solemne de adquirir es sólo eficaz respecto de *res mancipi* y entre ciudadanos romanos. Como ya hemos señalado antes, se requiere para él la presencia de cinco testigos, las dos partes, un *libripens* (portabalanza), una balanza y un pedazo de bronce (símbolo del precio, recuerdo de una época premonetaria).

En caso de resultar que el derecho de propiedad del vendedor no fuera perfecto, de modo que el comprador tuviera que entregar el objeto a un tercero con mejor derecho (*evicción*), el comprador podía reclamar del vendedor una indemnización de dos veces el precio pagado, mediante la *actio auctoritatis*.

Sin embargo, para que procediera esta acción, el comprador debía comprobar que había ofrecido al vendedor una oportunidad de coadyuvar en su proceso contra el tercer reivindicante, requisito reproducido por el artículo 2124 del Código Civil en relación con la reclamación del saneamiento.

Justiniano suprime este modo arcaico de adquirir la propiedad; sin embargo, sabemos que, en la práctica, la *mancipatio* sobrevivió hasta fines del primer milenio d. de J. C.

b) La *in iure cessio*. Ya hemos mencionado este pleito ficticio, por el cual dos personas, con acceso a la justicia romana y con *ius commercii*, podían transmitir la propiedad de *res mancipi* o *res nec mancipi* (inclusive *iura in re aliena*). Desde luego, no hubo la garantía de la *actio auctoritatis*; formalmente, el comprador no había adquirido algo del vendedor, sino que sólo había afirmado que la propiedad de un objeto le correspondía, y por la defectuosa defensa por parte del demandado, el actor había ganado el pleito.

En cuanto a la delimitación de los campos de aplicación de este modo y del anterior, señalaremos que si la *mancipatio* extendía el campo de acción al establecimiento de la *manus* (*coemptio*) y la confección de testamentos (testamento mancipatorio) —materias vedadas a la *in iure cessio*—; ésta, en cambio, tenía acceso a varios negocios en que la *mancipatio* hubiera sido ineficaz, como son la venta de *res nec mancipi*, el establecimiento de servidumbres personales y urbanas, la *manumissio vindicta*, la emancipación y la adopción. Entre ambas figuras encontramos una zona común, la venta de *res mancipi*.

c) La *venditio sub hasta*, una venta pública del botín obtenido por la república como consecuencia de la guerra. La venta se realizaba "bajo la lanza",⁸⁸ símbolo de la propiedad.

d) La *adjudicatio*, por la cual un juez atribuye la propiedad a las partes en una *actio* divisoria, después de dividir la copropiedad, la herencia indivisa o después de la reproducción de límites borrados.

e) El legado *per vindicationem*, por el cual el legatario recibe *ipso iure*, por la apertura de un testamento válido (respectivamente, por la

⁸⁸ Cfr. nuestro término "subasta".

aceptación de la herencia por un heredero *extraneus*) la propiedad quirritaria sobre el objeto del legado.

f) La *assignatio*, acto por el cual el Estado romano otorga la propiedad de parcelas del *ager publicus* a veteranos, proletarios urbanos, etc.

139. LA TRADITIO. Pasemos ahora del *ius civile* al *ius gentium*. Aquí encontramos la *traditio*, como importante modo de adquirir la propiedad.

Esta forma de adquisición consta de varios elementos:

a) Debe haber una entrega. Sin embargo, ésta no basta, pues *numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia iusta causa praecesserit*⁸⁹ (la mera entrega física nunca transmite la propiedad, si no le precede una venta u otra justa causa para tal transmisión), de manera que a este elemento, exterior y objetivo, debemos añadir otro, interior y subjetivo.

b) La intención de las partes de celebrar uno de los múltiples negocios lícitos que normalmente tienen por consecuencia una transmisión de la propiedad.⁹⁰ Esta intención debe existir en forma concordante entre ambas partes: si uno pensaba que el negocio era una donación —que transmite la propiedad— y el otro que era un préstamo de uso o *comodato* —que no transmite la propiedad—, el resultado no es una *traditio*.

En relación con la *traditio*, surge una cuestión que, desde hace dos milenios, ha inquietado a los juristas: si existe la causa en el momento de la entrega, pero posteriormente llega a faltar, o en caso de resultar que hubo un error u otro vicio en relación con la causa, entonces, ¿transmite, o no transmite, la *traditio* la propiedad?

La teoría que contesta afirmativamente, atribuye a la *traditio* un carácter “abstracto”; la teoría opuesta, un carácter “causal”.

La existencia de figuras procesales como la *condictio sine causa*, *condictio indebiti* y *condictio causa data, causa non secuta*⁹¹ corresponde al sistema abstracto; a pesar de defectos de la causa, la *traditio* vale, la propiedad se transmite, pero dichas acciones personales pueden servir para corregir el enriquecimiento ilegítimo resultante de tales defectos. También apunta en esta dirección una famosa opinión de Juliano⁹² en que este jurisconsulto analiza el problema de que *A* entregue dinero a *B*, pensando hacer una donación, mientras que *B* acepta el dinero pensando que se trata de un préstamo; en este caso, Juliano llega a la conclusión de que *B* recibe la propiedad del dinero, de manera que el defecto de la causa no invalida la validez de la *traditio* (tesis abstracta).

Pero esta cita de Juliano se halla en contradicción con otra de Ulpia-

⁸⁹ D. 41. 1. 31 pr. Cfr. GAYO, II. 20 y ULPIANO, Reg. 19. 7.

⁹⁰ Por tanto, una entrega material en virtud de una donación entre cónyuges —nula en el derecho romano— no tenía los efectos de una *traditio*.

⁹¹ Para explicación de estas figuras, recúrrase al índice alfabético.

⁹² D. 41. 1. 36.

no⁹³ en que éste opina que, en el caso citado, *B* no se hace propietario del dinero, ya que *alia opinione acceperit* (recibió el dinero con intenciones que no coincidieron con las del que lo entregó), lo cual indica que un error respecto de la causa nulifica, según Ulpiano, el valor traslativo de la *traditio*, lo que parece indicar que acepta la tesis causal.

Una indicación de que el sistema bizantino fue una mezcla de la teoría abstracta y de la causal, ocurre allí⁹⁴ donde Justiniano nos dice que *sine dubio* la *traditio* transmite sólo la propiedad si el comprador ha pagado el precio, si lo ha satisfecho de otra manera o si el vendedor ha concedido un crédito al comprador (*si fidem emptoris secutus fuerit*). Por tanto, si vendo un objeto al contado, y si después de la entrega del objeto, no logro cobrar el precio, el objeto continúa perteneciéndome.⁹⁵ Pero si vendo un objeto a crédito, la propiedad pasa inmediatamente al comprador —salvo pacto expreso de reserva de dominio—; y si resulta posteriormente que el comprador no puede pagarme, esta defraudación de mis esperanzas no invalida la transmisión de la propiedad; no se acepta mi argumento de que la prestación prometida por la parte contraria ha sido para mí “la causa” del negocio, de manera que la *traditio* carecería ahora de causa. Por tanto, en este último caso, el vendedor tendrá que contentarse con una mera acción personal contra el comprador, quien quizá se encuentre en estado de quiebra, de manera que el vendedor no obtenga más que un porcentaje de su crédito: “pago en moneda de quiebra”.

Por tanto, en caso de que el vendedor hubiere otorgado un crédito al comprador, la entrega del objeto de la compraventa que aquél hiciera a éste sería una *traditio* perfecta, y la propiedad quedaría transmitida.⁹⁶ Sin embargo, si el vendedor quiere evitar este peligroso resultado, puede recurrir al *pactum reservati dominii*; entonces, sólo cuando se efectúe el pago total, puede la entrega ser considerada como una *traditio* perfecta, de modo que sólo entonces el comprador se convertiría en propietario. Hasta que no reciba el precio total, el vendedor tiene, en caso de quiebra del comprador, una acción real respecto del objeto, y no una acción personal contra el comprador, que le daría el dudoso derecho de recibir la liquidación en “moneda de quiebra”.

Una de las grandes funciones del derecho romano ha sido la de ser proveedor de dudas y contradicciones, tan estimulantes para el pensamiento jurídico posterior; y la inconsistencia entre las citas que contiene el *Corpus iuris*, en relación con la teoría causal o abstracta, ha dado lugar a vivas discusiones, que han aguzado el ingenio de los juristas occidentales. En parte, la polémica respectiva se basa en una diferencia psicológica: los espíritus fríos, más bien mecánicos, aficionados a la ley de causa

⁹³ D. 12. 1. 18 pr.

⁹⁴ *Inst.* II. 1. 41.

⁹⁵ Cfr. art. 159-III de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

⁹⁶ *Inst.* II. 1. 41.

y efecto, preferirán la teoría causal ("cuando desaparece la causa, desaparece el efecto"); en cambio, las personas más bien orientadas hacia una aplicación "prudente" y humana del derecho, se adherirán a la teoría abstracta, por la protección que ésta otorga a los terceros adquirentes de buena fe.

Generalmente, los romanistas de la Edad Media y del Renacimiento han interpretado la *traditio* en un sentido abstracto; en cambio, el derecho natural, muy aceptado en los primeros siglos después del Renacimiento, creó una tendencia a favor del sistema causal (que encontramos en el Código de Napoleón). Hay que reconocer que este sistema corresponde mejor a la conciencia jurídica popular, pero debe combinarse, en la práctica, con algunas normas protectoras de terceros adquirentes de buena fe.

En caso de incumplimiento por parte del comprador, el derecho mexicano se inspira en la solución precitada,⁹⁷ en la cual encontramos, con restricciones, el sistema causal. Sólo si el objeto se encuentra todavía en poder del deudor-comprador, se considera que no hubo transmisión de la propiedad. También el artículo 1883 del Código Civil y los siguientes indican que el derecho mexicano acepta la tesis causal, combinándola con medidas de protección a favor de terceros de buena fe.⁹⁸

En sus orígenes, la forma de entrega debía ser material, pero ya antes de la fase clásica se inicia el proceso de la espiritualización de la *traditio*: es suficiente dar las llaves del almacén, donde se encuentra el material por entregar;⁹⁹ la impresión del signo del comprador sobre las vigas que hubiere comprado;¹⁰⁰ la colocación de un guardia al lado de los barriles de vino escogidos por el comprador, etc.¹⁰¹

También podía hacerse la *traditio* mediante la cesión de las acciones necesarias para reclamar de un tercero el objeto en cuestión. Cuando el cesionario hubiere obtenido, finalmente, este objeto, lo tendría en su poder exactamente como si lo hubiere adquirido mediante una *traditio* común y corriente. El depósito del objeto con algún tercero, a la disposición del adquirente, una forma de "entrega por un rodeo", también vale como *traditio* (en este caso, se habla de una *longa manu traditio*; D. 46. 3. 79).

Obsérvese que el derecho romano nunca llevó la inmaterialización de la *traditio* al extremo actual, en el sentido de que el mero contrato hace transmitir la propiedad.¹⁰²

A pesar de esto, en algunos casos podemos encontrar en el derecho romano un germen del moderno principio francomexicano. Me refiero a

⁹⁷ *Inst.* II. 1. 41.

⁹⁸ Art. 1886 del Código Civil.

⁹⁹ I. 2. 1. 45.

¹⁰⁰ D. 18. 1. 15. 1.

¹⁰¹ D. 41. 2. 51.

¹⁰² Solución del derecho francés o mexicano, pero no del derecho alemán o austriaco, que permanecen fieles al principio romano.

la *brevi manu traditio* y la figura simétricamente opuesta, el *constitutum possessorium*.

En el primer caso, por mero contrato, un detentador o poseedor se convierte en propietario, como cuando un inquilino compra la casa arrendada. Entonces, es superflua la *traditio*.

En el segundo caso, un propietario se convierte en poseedor o detentador —vendiendo, por ejemplo, la casa propia que habita, pero celebrando, al mismo tiempo, un contrato de arrendamiento para poder continuar viviendo—, de manera que el comprador se convierte entonces en propietario por mero contrato, sin *traditio*.

Señalamos, de paso, que las *Instituciones* de Gayo no explican la *traditio* y sus diversos problemas. Es éste uno de los enigmáticos defectos de este popular libro de texto, tan sorprendente, que algunos romanistas han sugerido que se trata más bien de apuntes, tomados por algún alumno que no siempre asistió a las clases (hipótesis generalmente rechazada).

140. LA USUCAPIO.

"Desde hace muchos años suelo utilizar mi nariz para percibir olores. ¿Podría ahora probar que tengo sobre ella un verdadero derecho?"

GOETHE (en *Xenien*).

*Usucapio est adjectio dominii, per continuationem possessionis temporis lege definiti*¹⁰³ (la *usucapio* es la adquisición de la propiedad mediante posesión continua durante un plazo fijado en la ley). Esta figura y la *praescriptio longi temporis* son necesarias para la seguridad jurídica. Exige ésta que el titular de un derecho lo pierda si, durante cierto tiempo, no se opone a la invasión de su derecho, de manera que, por otra parte, quien ejercita un derecho, aunque no sea su legítimo titular, lo adquiera —en determinadas circunstancias— por el mero trascurso del tiempo.

Este modo de perder y de adquirir derechos se llama *prescripción* o *usucapión*; es contrario al principio de que sólo por actos propios podemos perder los derechos que nos correspondan,¹⁰⁴ pero esta institución resulta necesaria para evitar que, después de generaciones o siglos, se reclamen todavía algunos vicios en la transmisión de derechos.

Además, era útil la *usucapio* para corregir las complicaciones nacidas de la coexistencia de la propiedad bonitaria y la quiritaria. Como se trata de una figura perteneciente al *ius civile*, su resultado es la propiedad quiritaria; por esta razón, la bonitaria no era más que una institución transitoria que, por el mero trascurso del tiempo, se convertía en quiritaria. Por tanto, la *usucapio* era una institución reparadora.

En tercer lugar, sin la introducción de la prescripción, todo propietario, para acreditar su propiedad, debería probar que la había adquirido

¹⁰³ D. 41. 3. 3.

¹⁰⁴ D. 50. 17. 11.

de un propietario, el cual la había adquirido de otro propietario anterior, quien, a su vez, la había adquirido... etc. En otras palabras, tendría que describir *ab ovo* la biografía jurídica del objeto en cuestión: la famosa *probatio diabólica*.

Ya desde las XII Tablas, los romanos reconocieron que la propiedad podía adquirirse por quien no fuese titular de ella, mediante la *usucapio*, siempre que se comportara como si fuera el propietario, bajo algunas condiciones, que ya muchas generaciones de juristas han aprendido por medio del siguiente hexámetro latino:

Res habilis; titulus; fides; possessio; tempus.

Observemos, empero, que para las XII Tablas la *usucapio* nunca puede invocarse por un extranjero contra los intereses de un romano: *adversus hostem aeterna auctoritas*,¹⁰⁵ o sea: en todo tiempo podemos afirmar nuestro derecho de propiedad frente a extranjeros (que alegan la *usucapio*).

Analicemos los precitados requisitos.

I. *Res habilis*. En primer lugar, no es hábil para los efectos de la *usucapio* la cosa que esté fuera del comercio.¹⁰⁶ Por tanto, la posesión de buena fe, como si fuera un esclavo, de una persona libre, que no sabe que es libre, nunca hace adquirir la *dominica potestas* sobre ella, ya que no es una *res habilis* para la *usucapio*.

En segundo lugar, tampoco es hábil, a este respecto, desde la Ley de las XII Tablas,¹⁰⁷ el objeto robado.

Se equiparan a objetos robados los inmuebles obtenidos por despojos, las cosas logradas por funcionarios públicos mediante presión ilegal, etc.

Tales objetos ni siquiera pueden usucapirse por algún tercer poseedor de buena fe, solución absurda cuya aspereza se suavizó algo cuando Teodosio II dispuso, en 424, que todas las acciones prescribirían a los treinta años. Estrictamente hablando, esto no implica una prescripción adquisitiva de treinta años para cosas robadas, sino únicamente una prescripción extintiva de la *reivindicatio*. El propietario conserva un derecho sin acción, y el poseedor no adquiere la calidad de propietario, aunque quede protegido contra el peligro de la *reivindicatio*.

Finalmente, a la prescripción extintiva de la acción que corresponde al propietario, añadió Justiniano una prescripción adquisitiva, también de treinta años, a favor del poseedor de buena fe de una cosa robada.¹⁰⁸

Hoy día se permite la prescripción, inclusive a favor del ladrón, pero añadiendo, en tal caso, al término para la prescripción de mala fe, el término de la extinción de la pena o de la prescripción de la acción penal.¹⁰⁹

En tercer lugar, es una *res inhabilis* un inmueble fuera de Italia, pero situado en una región sometida a la soberanía romana. Es que, en las pro-

¹⁰⁵ T. III. 7.

¹⁰⁶ Cfr. art. 1137 del Código Civil.

¹⁰⁷ T. VIII. 17. Cfr. Gayo, II. 43/44.

¹⁰⁸ C. 7. 39. 8. 1.

¹⁰⁹ Cfr. art. 1155 del Código Civil.

vincias, el verdadero propietario de los inmuebles era el Estado romano, y los particulares no podían tener más que una *possessio provincialis*, transmisible por negocios *inter vivos* o *mortis causa*, pero en el fondo siempre revocable y restringible por Roma, si el interés social así lo exigía.¹¹⁰

Como el resultado de la *usucapio* es la propiedad quiritaria, imposible respecto de inmuebles provinciales, éstos no pueden ser objeto de *usucapio*. Sin embargo, también en la provincia se necesita seguridad jurídica, y así se creó allí una institución parecida a la *usucapio*, como veremos en seguida.

Como cosas inhábiles para el efecto de la *usucapio*, también se mencionan, a veces, los bienes privados del Estado u objetos de impúberes sin tutor. Sin embargo, la condición jurídica especial de estos bienes es de carácter más bien transitorio, temporal. Por tanto, trataremos de estos casos cuando hablemos de la suspensión de la *usucapio*.

II. *Titulus*. El usucapiente debe poder alegar algún título como fundamento de su posesión: una compraventa, aunque quizá viciada; un testamento, aunque quizá revocado por otro posterior, etc.

Por tanto, es suficiente un título *putativo*; no se necesita poseer objetivamente "como heredero", "como comprador", etc., sino que basta poseer subjetivamente *pro herede*, *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro soluto* (es decir, creyendo haber recibido una prestación debida) o *pro derelicto* (creyendo haber ocupado una cosa abandonada, o sea, una *res nullius*).

III. Sólo la posesión de buena fe se convierte por la *usucapio* en propiedad.¹¹¹

Esta buena fe es algo más que una mera ignorancia de los vicios de la posesión; debe ser la creencia positiva de que la posesión es justa. Una persona que erróneamente crea haber comprado algo a un ladrón, aunque, en realidad, lo haya comprado de un honrado no-propietario, no podrá aprovechar la *usucapio*, por tanto.¹¹²

La buena fe es sólo necesaria cuando comienza la posesión: *mala fides superveniens non nocet*.¹¹³ La mala fe que sobreviene no hace daño. El derecho canónico enmendó este principio, llegando a la conclusión de que *scientia superveniens nocet*.¹¹⁴ Aunque el Código de 1870,¹¹⁵ y todavía algunos códigos locales, actualmente en vigor, siguen la tradición romana, el artículo 808 del Código de 1928 se inspira en el principio canónico.

¹¹⁰ Una situación parecida a la propiedad sobre tierras y aguas, tal como la formula el artículo 27 de la Constitución Mexicana.

¹¹¹ Lo contrario sucede en el derecho moderno, que permite la prescripción adquisitiva también al poseedor de mala fe, aunque con términos más largos. Cfr. art. 1152 del Código Civil y siguientes.

¹¹² D. 41. 3. 32. 1.

¹¹³ D. 6. 2. 11. 3.

¹¹⁴ INOCENCIO III, Cap. 20. X. 2. 26.

¹¹⁵ Art. 1190.

Ahora bien, ¿cómo calificamos la *fides*, en caso de transmisión del objeto en cuestión?

Aquí el derecho romano distingue entre la transmisión a título universal y a título particular. En el primer caso, el adquirente —por ejemplo, el heredero— continúa la posesión del transmitente, con su buena o mala fe.¹¹⁶

No importa lo que el heredero sabe (o cree saber) del fundamento de la posesión que el autor de la herencia haya tenido sobre el objeto transmitido. Por tanto, un heredero de buena fe continúa la *mala fide possessio* del *de cuius*, de manera que no podrá adquirir por *usucapio*; en cambio, un heredero de mala fe puede aprovechar la *usucapio*, si el *de cuius* ha actuado de buena fe.

En cambio, tratándose de una transmisión a título particular, el adquirente adquiere una posesión *mala fide* o *bona fide*, según su propio parecer sobre el carácter de su posesión.¹¹⁷ El derecho mexicano actual ha aceptado estos principios romanos.¹¹⁸

Observemos todavía a este respecto que *bona fides praesumitur* (la buena fe se presume), de acuerdo con D. 6. 2. 13. 2 y el artículo 807 del Código Civil.

Una última observación. Acabamos de ver que, si un poseedor de mala fe transmite a título particular su posesión a otro poseedor de buena fe —y no tratándose de un objeto *robado*—, el nuevo poseedor adquiere una *possessio ad usucapionem*, aunque su predecesor no tuviera más que una *possessio ad interdicta*. Encontramos, pues, una importante excepción a la regla fundamental de que *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.¹¹⁹ Temis, la diosa de la justicia, tenía que hacer una concesión más a las necesidades del comercio y al interés de personas que se habían fiado de las apariencias, aunque con esta concesión violara un principio jurídico tan básico como el citado.

IV. *Possessio*. El usucapiente debe tener la posesión del objeto que quiere usucapir. Sin embargo, la mera *possessio naturalis* no basta, ni tampoco la posesión *sine animo*; se requiere una *possessio ad usucapionem*.¹²⁰

V. *Tempus*. Esta posesión debe durar, cuando menos, un año para muebles y dos para inmuebles.

Se puede añadir el tiempo de la posesión del predecesor al tiempo del poseedor actual. Para el derecho es indiferente que, durante el plazo de la prescripción, el objeto haya cambiado varias veces de poseedor. El plazo en cuestión es una conciliación de la necesidad de aumentar la seguridad jurídica con el deseo de dar al verdadero propietario un tiempo razonable para tratar de recuperar el objeto. La frecuencia del cambio

de posesión no entra para nada en estas consideraciones. Se permite, por tanto, la *accessio temporis* o *accessio possessionis*.¹²¹

El plazo previsto para la prescripción puede interrumpirse —y entonces la *usucapio* debe volver a partir de la “hora cero”— o suspenderse.

La *interrupción* de la prescripción puede ser consecuencia de la pérdida de la posesión por parte de la persona a cuyo favor corre la prescripción, o del reconocimiento del mejor derecho que tiene el propietario respecto del objeto en cuestión. Estrictamente hablando, el derecho romano no conoce el principio de que la *usucapio* se interrumpe por la presentación de una demanda; todavía, durante un proceso reivindicatorio, puede el demandado convertirse en propietario por medio de la *usucapio*, pero el principio de que la sentencia debe basarse en la situación existente en el momento de la fijación de la *litis* (*litis contestatio*) nos lleva, *grosso modo*, al principio consagrado en el artículo 1168 del Código Civil, fracción segunda.

La *suspensión* procede durante el tiempo en que el propietario sea incapaz de ejercer una acción para recuperar el objeto en cuestión, sin tener un tutor o curador, o durante la ausencia del propietario, si esta ausencia se relaciona con una función pública o con el servicio militar.¹²² También se suspende la prescripción durante el tiempo en que el Estado es titular del derecho de propiedad sobre el objeto en cuestión.¹²³

Un caso muy particular de la suspensión de la *usucapio* se presenta respecto de materiales de construcción, incorporados sin la voluntad del dueño a un edificio ajeno.¹²⁴

141. *PRAESCRIPTIO LONGI TEMPORIS*. Ya hemos mencionado que los inmuebles de provincia son *res inhabiles* para los efectos de la *usucapio*. Pero como las provincias, con su intensa actividad económica, también tenían necesidad de seguridad jurídica, los gobernadores de ellas crearon la posibilidad de adquirir la *possessio provincialis* mediante una posesión prolongada por cierto tiempo, que reuniera también las condiciones de *titulus* y *fides* que ya hemos encontrado en relación con la *usucapio*. Así surgió, para este fin especial, paralelamente con la *usucapio*, una nueva figura, la *praescriptio longi temporis*.

Cuando el propietario vivía en la misma ciudad —más tarde, en la misma provincia— que el poseedor, el tiempo necesario para esta prescripción era de diez años; si vivía en otra ciudad (o provincia), el plazo se prolongaba hasta veinte años.

Un tratamiento privilegiado es otorgado al campesino que cultive durante dos años, por propia iniciativa, un terreno, descuidado por el pro-

¹¹⁶ I. 2. 6. 12. *Initio*.

¹¹⁷ D. 41. 4. 2. 17/20; I. 2. 6. 13.

¹¹⁸ Cfr. IBARROLA, *Cosas y sucesiones*, México, 1957, pág. 249 y siguientes.

¹¹⁹ D. 50. 17. 54.

¹²⁰ Cfr. art. 826 del Código Civil.

¹²¹ Cfr. art. 1149 del Código Civil.

¹²² C. 7. 35. 3. Cfr. art. 1167, III, V y VI del Código Civil.

¹²³ *Contra principem non currit praescriptio* (contra la autoridad no corre la prescripción, C. 7. 38), solución contraria al art. 1148 del Código Civil, por lo que se refiere a bienes pertenecientes a organismos públicos, pero no afectados a un fin público.

¹²⁴ Véase anteriormente, pág. 258.

pietario, y que adquiere la propiedad por este plazo tan breve (C. 11. 58. 8, típica medida postclásica, de fines del cuarto siglo d. de J. C.).

Justiniano, el unificador, fundió la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*, y creó una prescripción de tres años para muebles y de diez o veinte para inmuebles, según que se tratara de un propietario *praesens* o *absens*. Dentro de esta institución valen las reglas expuestas sobre la *accessio temporis* y la determinación de la buena o mala fe.

Además, Justiniano creó la ya mencionada *praescriptio longissimi temporis*, de treinta años, para cosas robadas que ya se encontraran en manos de personas de buena fe.

El derecho moderno se conforma con plazos más breves: tres o cinco años para muebles, según que haya buena o mala fe, y cinco o diez años para inmuebles. A estos plazos puede añadirse el período de extinción de la pena o de la prescripción de la acción penal, si el ladrón mismo invoca la prescripción, algo que el derecho romano nunca había querido permitir.

También al poseedor que no utilice el objeto en cuestión en un sentido socialmente justificado, dejando de cultivar un terreno, dejando de hacer reparaciones en una casa o permitiendo que ésta se quede sin habitar, se le impone un plazo más largo,¹²⁵ sensata disposición que corresponde al principio romano, ya mencionado, de que *expedit rei publicae ne quis male suo iure utatur*.

¿Es esta prescripción un modo originario, o derivativo, de adquirir la propiedad? Creemos que derivativo, puesto que presupone, en caso de existir un verdadero propietario, que éste no intervenga presentando una demanda reivindicatoria. Además, gravámenes reales, como hipotecas y servidumbres, establecidos por el propietario o sus predecesores, conservan su validez aun en el caso de que el objeto pase a otras manos por medio de la prescripción. En cambio, es precisamente un rasgo típico de los modos *originarios* de adquirir la propiedad, la circunstancia de que el adquirente obtenga un derecho de propiedad sin otras limitaciones que las impuestas por leyes generales.

142. LOS IURA IN RE ALIENA. De la propiedad, derecho real por excelencia, y su hermana bastarda, la posesión, pasamos ahora a los desmembramientos de la propiedad, en los que la plenitud de facultades de que goza normalmente el propietario, se reparte entre varios sujetos, todos los cuales gozan de derechos reales que se pueden oponer a todo el mundo, pero inferiores al pleno derecho de propiedad. Uno tiene la propiedad, a veces calificada de *nuda*, mientras que otros gozan de *iura in re aliena*, derechos reales sobre una cosa ajena. Si estos derechos —que, como toda restricción a la propiedad, son de estricta interpretación—¹²⁶ llegan a extinguirse, la propiedad recobra su plenitud original (principio de la elasticidad de la propiedad).

¹²⁵ Art. 1152-IV del Código Civil.

¹²⁶ Cfr. art. 1127 del Código Civil.

Estos *iura in re aliena* son:

- I. Derechos reales de goce.
 - a) Servidumbres reales.
 - b) Servidumbres personales.
 - c) Los gemelos enfiteusis y superficie.
- II. Derechos reales de garantía.
 - a) Prenda.
 - b) Hipoteca.

Además de la diferencia fundamental, claramente expresada en sus nombres, entre los derechos reales de goce y los de garantía, debemos señalar algunas diferencias secundarias.

1. Los derechos reales de garantía son accesorios, es decir, suponen, para su validez, alguna otra relación jurídica, que deben garantizar; los derechos de goce, no.

2. Los derechos de goce pueden ejercerse, generalmente, en varias ocasiones; en cambio, los derechos de garantía se agotan en un solo ejercicio.

3. Un derecho de garantía puede establecerse sobre un derecho de goce, pero no a la inversa. Si superponemos derechos reales hasta formar con ellos una estructura vertical o "castillo", los derechos de garantía únicamente pueden figurar como coronación, nunca como base. Por ejemplo, *A* tiene la propiedad de un terreno, y otorga sobre él la enfiteusis a *B*; *B* concede luego el usufructo de la enfiteusis a *C*, y *C*, a su vez, puede otorgar un derecho de hipoteca sobre este usufructo. Tales acumulaciones de derechos reales pueden completarse inclusive por bifurcaciones: si *A* es propietario, podrá conceder una hipoteca a *B* y, al mismo tiempo, una enfiteusis a *C*, después de lo cual, *C* podrá dar un derecho de hipoteca sobre su enfiteusis.

Comencemos ahora por los derechos reales de goce, y entre ellos, por las servidumbres reales.

143. SERVIDUMBRES REALES. Son derechos reales sobre un inmueble ajeno (el fundo sirviente), cuyo aprovechamiento debe aumentar la utilidad de un inmueble propio (el fundo dominante), cercano al primero.

Desde luego, no debemos definir las servidumbres reales como relaciones jurídicas oponibles a terceros, entre fundos dominantes y sirvientes, ya que todas las relaciones jurídicas se establecen entre personas, y un fundo no tiene personalidad jurídica. Sin embargo, lo incorrecto de la fórmula anterior es perdonable, ya que, tratándose de servidumbres reales, los hombres entre quienes se establece la relación se designan mediante los terrenos; cada propietario del fundo sirviente queda obligado, mientras tenga esta calidad, y cada dueño del fundo dominante recibe determinado derecho —por ejemplo, de paso—, mientras tenga la propiedad. Así, en caso de una servidumbre real, lo permanente son los terrenos, mientras que las personas obligadas y facultadas cambian todo el tiempo. Por esto, surge

una natural tentación de definir la servidumbre real como una relación que se establece entre un fundo dominante y otro sirviente.

Estas servidumbres surgieron, por primera vez en la práctica agrícola de la antigua Roma. Para la explotación racional del campo era conveniente que algunos propietarios aceptaran una restricción en sus derechos de propiedad, con el fin de que otros propietarios pudieran aprovechar un camino más corto a una carretera pública, disfrutar del agua que sobraba en otro predio, etc. La molestia que se causaba era pequeña en comparación con la importancia de la ventaja, de manera que quedaba un saldo beneficioso para la comunidad.¹²⁷

Por el éxito que tuvo esta institución en materia rural, se trasplantó a la práctica urbana cuando la ciudad de Roma comenzó a crecer y a complicarse.

Las servidumbres reales se rigen por los siguientes principios:

1. *Servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiando aut in non faciendo*¹²⁸ (la servidumbre no puede imponer deberes de hacer algo: sólo de tolerar algo o de no hacer algo), que corresponde al artículo 1058 del Código Civil. Encontramos una restricción a este principio en el caso de la servidumbre de apoyar vigas en una pared (*servitus oneris ferendi*), que obliga al propietario del fundo sirviente a conservar la pared en buen estado, imponiéndole una *obligatio propter rem*, a la cual puede sustraerse abandonando la pared.¹²⁹

2. *Nulli res sua servit* (nadie puede tener una servidumbre a cargo de una propiedad suya); en tal caso se extingue la servidumbre automáticamente por la reunión de ambos fundos en el patrimonio de una sola persona.¹³⁰

3. *Fundus fundo servit*¹³¹ (el terreno debe aprovechar al terreno). En otras palabras, es esencial para la servidumbre real que, a consecuencia de ella, el fundo dominante responda mejor a su función.

Por tanto, las servidumbres deben servir a los predios, no a los propietarios con independencia de sus predios. Por ejemplo, la servidumbre de extraer cal sólo permite que se extraiga del fundo sirviente para construcciones en el dominante, pero no para la venta a terceros.

4. La servidumbre debe tener una causa perpetua.¹³² No se permite que el arrendatario solicite una servidumbre por todo el tiempo que dure el arrendamiento; ni que el propietario de un fundo, que normalmente tiene bastante agua, obtenga una *servitus aquae haustus* para un año de

¹²⁷ Con esto no queremos decir que una antigua servidumbre, en circunstancias nuevas, no pueda convertirse en obstáculo para la economía, como cuando una servidumbre rural de paso impide construir en un terreno que, por la construcción de una nueva carretera, está actualmente muy bien situado para fines de edificación.

¹²⁸ D. 8. 1. 15. 1.

¹²⁹ D. 8. 5. 6. 2 *in fine*. Cfr. art. 1121 del Código Civil.

¹³⁰ D. 8. 2. 26.

¹³¹ D. 8. 4. 12.

¹³² D. 8. 2. 28.

terminado de sequía, etc. De ahí que el maestro Ibarrola excluye los árboles de los objetos inmuebles que pueden ser sirvientes, ya que duran poco.¹³³

Por este principio, la servidumbre clásica no permitía, lógicamente, términos o condiciones resolutorios, principio a veces abandonado por los postclásicos.

5. La servidumbre es indivisible. La división del fundo dominante o del sirviente no cambia en nada la servidumbre.¹³⁴ Además, la utilización parcial de una servidumbre protege a toda la servidumbre contra la prescripción extintiva.

6. La servidumbre no puede venderse con independencia del predio dominante, y sigue automáticamente al predio en caso de venta del mismo: *cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur*.¹³⁵ (cuando hay servidumbre entre terreno y terreno, la servidumbre subsiste en caso de venta).

7. Como la servidumbre es un derecho real, los compradores del fundo sirviente no pueden alegar que la constitución de la servidumbre ha sido para ellos una *res inter alios acta*: la servidumbre es oponible a cualquiera.¹³⁶

8. Es perfectamente posible acumular servidumbres a cargo de un solo predio sirviente. Si, empero, el ejercicio de una servidumbre perjudica a otra servidumbre,¹³⁷ no se reparte el beneficio de la servidumbre proporcionalmente, sino que se da preferencia a la servidumbre más antigua: *prior tempore, potior iure*:¹³⁸ primero en el tiempo, mejor desde el punto de vista jurídico.

9. Las servidumbres no pueden ser base para establecer subservidumbres. Por ejemplo, no puedo dar a otro predio el privilegio, de carácter real, de aprovechar una servidumbre establecida en beneficio de mi propio predio. Esto equivaldría a un traspaso parcial de una servidumbre, de manera que se opondría al principio de la indivisibilidad y contrariaría también el principio de que una servidumbre no puede transmitirse sin transmitir, al mismo tiempo, el fundo dominante. Por tanto, *servitus servitutis esse non potest*:¹³⁹ no puede haber servidumbre sobre servidumbre.

¹³³ *Cosas y sucesiones*, México, 1957, pág. 287.

¹³⁴ D. 8. 3. 32. Cfr. art. 1066 del Código Civil.

¹³⁵ D. 8. 4. 12. Cfr. art. 1064 del Código Civil.

¹³⁶ Desde luego, también el inquilino o el comodatario tienen derecho a utilizar una cosa ajena, pero no con fundamento en un derecho real oponible a terceros. En la actualidad, empero, la protección que ha recibido el inquilino aproxima cada vez más su posición jurídica a la de un titular de un derecho real.

¹³⁷ Por ejemplo, en el caso de dos servidumbres de pastoreo sobre un predio que no puede alimentar los rebaños de los propietarios de ambos predios dominantes.

¹³⁸ Cfr. D. 8. 3. 14. En el caso de una *servitus aquae haustus*, puede surgir un conflicto entre los derechos de los propietarios del fundo dominante y del sirviente, si hay escasez de agua. ¿Cuál debe gozar, entonces, de un derecho preferente? De D. 8. 4. 13. 1 se pueden derivar argumentos para dar la preferencia al dueño del fundo sirviente. Además, en caso de duda, debemos interpretar en forma restrictiva las limitaciones a la propiedad.

¹³⁹ D. 8. 2. 1.

10. El propietario del fondo dominante debe comportarse *civiliter*, con discreción.¹⁴⁰ Aquí se introduce en la reglamentación jurídica una elemental honorabilidad, no fácil de determinar con exactitud.

11. Por regla general, los fundos dominante y sirviente debían ser vecinos, lo cual facilitaba la investigación sobre la existencia de eventuales servidumbres en una sociedad que no contaba con un registro público. El derecho clásico maneja este requisito de inmediata vecindad con un amplio margen de tolerancia. Así, se permite que el dueño de un terreno tenga derecho de vista al mar, sobre un terreno situado entre el fondo dominante y el mar, pero no limítrofe con aquél.

12. Lo accesorio va automáticamente implícito en lo principal. Si *A* concede a *B* una servidumbre de sacar agua del pozo de *A*, éste no puede oponerse a que *B* pase sobre su predio para ir al pozo: dicha servidumbre implica automáticamente el derecho de paso necesario.

13. Lo accesorio no protege lo principal contra la prescripción extintiva: el ejercicio de la servidumbre implícita, accesorio, no interrumpe el plazo para la prescripción de la servidumbre principal, por falta de uso.

14. Las reparaciones necesarias para que la servidumbre pueda tener interés práctico, son por cuenta del titular de la servidumbre, pero el propietario del predio sirviente no puede oponerse a estas reparaciones (excepción, desde luego: *servitus oneris ferendi*, véase anteriormente).

La clasificación fundamental que establece el derecho romano en materia de servidumbres reales, es la que distingue las servidumbres rurales, que por su naturaleza normalmente aprovechan a un predio rural, de las urbanas, que normalmente benefician una construcción. Las primeras son las más antiguas, desde luego; y las más importantes de entre ellas tienen el carácter de *res mancipi*, como veremos en seguida.

Las servidumbres rurales conceden al propietario del fondo dominante un *ius faciendi* (por ejemplo, derecho de paso, de pastoreo, de buscar agua en el fondo vecino) o, excepcionalmente, un *ius habendi* (servidumbre de acueducto). En cambio, las servidumbres urbanas dan lugar a un *ius habendi* (por ejemplo, apoyar vigas en una pared ajena) o *ius prohibendi* (por ejemplo, el derecho de impedir que un vecino construya una casa de una altura superior a diez metros).

Obsérvese también que las servidumbres que conceden un *ius habendi* o *prohibendi* son, lógicamente, continuas. En cambio, las que otorgan un *ius faciendi* son discontinuas. Consecuencia de lo anterior es que las servidumbres rurales, que generalmente implican un *ius faciendi*, son, en la mayoría de los casos, discontinuas, mientras que las urbanas son casi siempre continuas.¹⁴¹

Entre las servidumbres rurales encontramos cuatro antiguas y otras varias modernas. Las antiguas son:

1. *Servitus itineris*:¹⁴² el derecho de pasar a pie.
2. *Servitus actus*:¹⁴³ el derecho de pasar con ganado, el cual implica el de pasar a pie.
3. *Servitus viae*: el derecho de pasar con carros, que incluye los dos anteriores.

Pero en el caso de que alguien tenga la servidumbre *viae* y durante muchos años no haga más que pasar a pie, sin ganado y sin carros, sobre el fondo sirviente, ¿no corre por ello el peligro de perder por no-uso el derecho de pasar con ganado o carro, conservando sólo la *servitus itineris*? No; las servidumbres son indivisibles y no pueden perderse parcialmente por prescripción extintiva.

4. *Servitus aquae ductus*: el derecho de permitir el paso de agua al propio predio mediante canales, etc., construidos en un predio ajeno. Una figura muy semejante es la *servitus aquae haustus*, es decir, el derecho de sacar agua de un río, pozo, etc., en terreno ajeno; sin embargo, ésta es discontinua, mientras que aquélla es continua.

Servidumbres rurales de creación posterior, que ya no son *res mancipi*, son las *servitus pecoris pascendi* (derecho de pastoreo en terreno ajeno); la *servitus pecoris ad aquam adpulsus* (derecho de que se permita al ganado beber en un predio ajeno); la *servitus calcis coquendae* (el derecho de preparar cal en un terreno ajeno) y la *servitus cretae eximendae* o *harenae fodiendae* (el derecho de sacar yeso o arena de predios ajenos).

Las dos últimas servidumbres no pueden ejercerse más allá de lo que sea útil al fondo dominante: *fundus fundo servit*.

Las servidumbres urbanas, todas *res nec mancipi*, surgen de un modo natural, de la circunstancia de que Roma era una ciudad en período de crecimiento, en la que se trataba de condensar cada vez mayor número de casas y habitaciones en el mismo espacio de terreno. Por su mutua cercanía, los propietarios de las casas tenían que llegar a arreglos entre sí para combinar sus construcciones (por ejemplo, permitiendo que alguien apoyara sus vigas en una pared ajena), para consentir molestias por causa del escurrimiento del agua de lluvia o de las cloacas (*servitus stillicidii*, *servitus cloacae*) para protegerse contra molestias provocadas por una construcción vecina (*servitus luminum*, para asegurar la luz necesaria; *servitus altius non tollendi*, con el mismo fin; *servitus ne prospectui officiat*, para asegurarse un bello panorama, etc.) o para permitir que un balcón o un techo se encuentren dentro de la columna de aire que pertenece al predio vecino (*servitus proiciendi* y *servitus protegendi*, respectivamente).¹⁴⁴

Como estas servidumbres dependen de las muy variables necesidades prácticas y de la fantasía de los interesados, el catálogo completo de las

¹⁴² De *ire*, andar.

¹⁴³ De *agere*, llevar.

¹⁴⁴ La propiedad del suelo, como ya dijimos, implica en el derecho romano la propiedad del subsuelo —“hasta el infierno”, como dicen los juristas medievales— y la del aire “hasta las estrellas”.

¹⁴⁰ D. 8. 1. 9. .

¹⁴¹ D. 8. 1. 14 pr.

que encontramos en el *Digesto* es bastante extenso. Muchas veces hallamos también servidumbres con signo contrario a las corrientes (por ejemplo, la *servitus altius tollendi*, para el caso de que dos vecinos deroguen algún reglamento público no taxativo).

144. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES REALES. Estas servidumbres reales podían constituirse de los siguientes modos:

1. Como *res mancipi*. Las cuatro servidumbres rurales más antiguas podían constituirse por *mancipatio*, o sea, *per aes et libram*.

2. Además, las servidumbres pueden nacer de la *in iure cessio*.

3. También pueden surgir de testamentos, por legados *per vindicationem*.¹⁴⁵

4. Desde la provincia penetra en el derecho honorario la idea de que también por *pactiones et stipulationes* puede establecerse una servidumbre, en cuyo caso el propietario del fundo sirviente debe hacer luego una *quasi traditio* al propietario del fundo dominante, permitiendo que comience a utilizar su derecho de servidumbre. Aquí vemos una consecuencia de la introducción del concepto de "cosas inmateriales" que dan lugar a una *quasi possessio*, *quasi traditio* e, inclusive, a la *usucapio*.

5. El juez que debe dividir la cosa común puede crear también servidumbres mediante una *adjudicatio*.

6. También por prescripción puede adquirirse la servidumbre.¹⁴⁶ Curiosamente, el derecho muy antiguo ya lo permitía, hasta que una *Lex Scribonia* suprimió dicha forma de adquirir servidumbres, basándose en la consideración de que los derechos no son *res*, ya que en aquella época se limitaba el concepto de cosas a objetos materiales. Poco a poco, empero, durante la fase clásica, por influencia de la *iurisprudencia* y de la actividad pretoria, se corrige el error cometido por la *Lex Scribonia*, admitiendo, en el derecho honorario, la adquisición de una servidumbre por el ejercicio prolongado por largo tiempo, pacífica y públicamente, y "no en forma precaria" (es decir, no por ruego, en cuyo caso el propietario del fundo sirviente pudiera poner término al ejercicio de la servidumbre cuando quisiera).

Justiniano, al unificar la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*, englobó también en la nueva institución este modo de adquirir una servidumbre por largo ejercicio, para la que exigía un *usus nec vi, nec clam, nec precario* por diez años (*inter praesentes*) o veinte años (*inter absentes*).

Desde luego, esta prescripción no se aplica a todas las servidumbres; el propietario de un predio al lado del cual no se construya por diez o veinte años, no puede alegar haber adquirido por prescripción una servidumbre de vista que impida al vecino construir.

¹⁴⁵ Como veremos, el legado *per damnationem* sólo crea la obligación por parte del heredero de constituir la servidumbre por *mancipatio*, *in iure cessio*, *quasi traditio*, etcétera. En cambio, tratándose de un legado *per vindicationem*, la servidumbre nace de la aceptación de la herencia, sin necesidad de otro acto especial del heredero.

¹⁴⁶ Cfr. art. 1113 del Código Civil.

El derecho moderno, continuando una idea sugerida por la palabra *usus* en la cita de Ulpiano que se refiere a la adquisición de la servidumbre por prescripción,¹⁴⁷ distingue entre servidumbres aparentes y no aparentes, y limita esta forma de adquisición a las aparentes, siempre que al mismo tiempo sean continuas.¹⁴⁸

7. Finalmente, puede constituirse la servidumbre "por deducción", en combinación con una compraventa: el propietario del fundo dominante vende el sirviente, reservándose un derecho de paso u otra servidumbre.

También hubo servidumbres legales en el derecho romano, al igual que ocurre en el moderno; pero quizá sólo en un caso: cuando alguien no tenía acceso a una tumba donde debía cumplir con sus deberes sagrados, podía reclamar una servidumbre de paso, mediante el pago de una adecuada indemnización.¹⁴⁹ Como en el derecho moderno, esta servidumbre no nace automáticamente de la ley en forma directa, sino que la ley obliga al propietario del fundo sirviente a conceder la servidumbre mediante *mancipatio*, *in iure cessio* o *quasitraditio*. En cuanto a las demás restricciones que impone al propietario el derecho romano, en beneficio de sus vecinos o de la comunidad (dejar pasar a los vecinos para que recojan frutos caídos de sus árboles, reglamentos de urbanización, etc.), y que los modernos confunden muchas veces con servidumbres, no son "servidumbres legales", ya que no dan por resultado un derecho real sobre el predio gravado, sino que son como apéndices legales del derecho de propiedad de los vecinos o consecuencia del principio de la propiedad considerada como función social. De ahí que las eventuales violaciones respectivas no se reclaman mediante la *actio confessoria*, que sirve para hacer reconocer una servidumbre, sino mediante la *actio negatoria*, por la que se reclaman infracciones al propio derecho de propiedad.¹⁵⁰ Con razón el Código de 1928 coloca los artículos 845, 846, 851 y otros en el título de la propiedad, y no los considera como referentes a las servidumbres. Son figuras que perfilan el derecho de propiedad, determinando sus límites concretos. Están penetrados de un espíritu de reciprocidad, no de ventaja unilateral, como la materia de las servidumbres. Podemos considerar las verdaderas servidumbres reales precisamente como un régimen de excepción de este derecho general de vecindad.

145. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES REALES. Las servidumbres reales se extinguen:

1. Por pérdida del fundo dominante, del sirviente o de ambos.¹⁵¹

2. Por consolidación. Sin embargo, cuando la consolidación está sujeta a una condición resolutoria, y ésta se cumple, la servidumbre renace por el principio de que la condición se cumple *ex tunc*, con efecto retroactivo.¹⁵²

¹⁴⁷ D. 8. 5. 10.

¹⁴⁸ Idea incorporada al Código de 1928. Cfr. art. 1114 del Código Civil.

¹⁴⁹ D. 11. 7. 12 pr. Cfr. art. 1097 del Código Civil.

¹⁵⁰ D. 8. 5. 8.

¹⁵¹ Cfr. art. 1128-II del Código Civil.

¹⁵² Cfr. art. 1128-I del Código Civil.

3. Por renuncia.¹⁵³

4. Por prescripción extintiva, es decir, por no hacer uso de ella, durante cierto tiempo,¹⁵⁴ o por la tolerancia, durante los mismos plazos, de actos incompatibles con la servidumbre.

La *ratio iuris* de esta causa de extinción es evidente: no tiene por qué subsistir un régimen de excepción, si la persona en cuyo favor se ha establecido ya no se interesa por él. En tal caso, el derecho positivo debe eliminar las cáscaras vacías que estorban la práctica jurídica.

El plazo de la prescripción extintiva se cuenta para servidumbres rurales desde el último acto del ejercicio (por ejemplo, la última vez que el propietario del fundo dominante aprovechó su derecho de paso), mientras que para las servidumbres urbanas cuenta desde el primer momento en que el ejercicio de la servidumbre se hizo evidentemente imposible (por ejemplo, el momento en que el propietario del fundo sirviente construyó a mayor altura de lo que permitía una *servitus altius non tollendi*).¹⁵⁵

5. El pretor comenzó, en tiempos clásicos, a permitir la *servitus ad tempus*. En tal caso, la servidumbre podía extinguirse también por el cumplimiento del término o de la condición resolutorios.

146. DEFENSA PROCESAL DE LAS SERVIDUMBRES REALES. La servidumbre deriva su eficacia de la *actio confessoria*, que el titular de la servidumbre puede dirigir contra el propietario del fundo sirviente. En caso de éxito, su efecto será el de condenar al vencido a daños y perjuicios, y obligarle a quitar las eventuales obras que estorben el ejercicio de la servidumbre; también deberá dar una *cautio de non amplius turbando*.

Además, el titular de una servidumbre puede pedir la *cautio damni infecti*, si el estado en que se encuentran árboles, construcciones, etc., del predio sirviente amenaza la eficacia de la servidumbre. Y, finalmente, remito al alumno curioso a citas como D.43.19.1 pr., D.43.19.3.11, D.43.20.1 pr., D. 43.30.29 y otras del *Digesto*, que indican la existencia de interdictos creados para la protección de la *quasi possessio* de servidumbres que todavía no se hayan convertido por *usucapio* en servidumbres definitivas.

Así como la posesión es la apariencia externa de la propiedad, del mismo modo puede haber también una "posesión de servidumbre", si alguien se conduce exteriormente como si tuviera aquella servidumbre a su favor. En tanto que la auténtica servidumbre, fundada en el derecho, se defiende por la *actio confessoria*, la posesión de una servidumbre es amparada por un interdicto. Estos sólo proceden contra personas sobre las cuales el solicitante del interdicto ejerce la servidumbre *nec vi, nec clam, nec precario*, y protegen sólo la posesión, sin decir nada sobre la existencia o no-existencia de la servidumbre misma. Si la persona contra quien se dirige el interdicto no está

¹⁵³ Cfr. art. 1128-IV del Código Civil.

¹⁵⁴ Diez o veinte años, según que los titulares de las servidumbres estén *praesentes* o *absentes*.

¹⁵⁵ Cfr. D. 8. 2. 6, y art. 1128-II del Código Civil.

conforme, puede ejercer la *actio negatoria* para comprobar que la posesión de la servidumbre sólo existe de hecho, sin estar fundada en derecho.

147. LAS SERVIDUMBRES PERSONALES. EL USUFRUCTO. Estos derechos reales, también sobre una cosa ajena, fueron incorporados por los bizantinos al concepto general de *servitus*, lo cual convierte esta categoría jurídica en un conjunto de instituciones muy heterogéneas. El unificador fue demasiado lejos en este caso.

Aprovechemos esta oportunidad para ilustrar cómo se buscan interpolaciones. En el *Digesto*, Marciano nos enseña¹⁵⁶ que las servidumbres son reales o personales. Sin embargo, en la reconstrucción del *Edicto Perpetuo* por Leod, encontramos que este edicto tenía primero una sección intitulada *si usus fructus petatur*, y, luego, otra sección bajo el epígrafe *si servitus vindicetur*. Por tanto, el concepto de usufructo no cabía, para el pretor clásico, en el concepto de *servitus*, de manera que la ampliación del género de servidumbre hasta abarcar el usufructo y otras "servidumbres personales", además de las tradicionales servidumbres que ahora se califican de "reales", debe ser post-clásica, y la citada frase del clásico Marciano debe contener una interpolación.

Estas servidumbres personales eran derechos de goce, reales (por tanto, oponibles a todos), en beneficio de una persona, sobre bienes que pertenecen a otra.

Como las limitaciones a la propiedad provocadas por estas servidumbres personales son más rígidas que las causadas por servidumbres reales, calificamos ahora el tronco que queda del derecho de propiedad como una *nuda proprietas*, término utilizado también en relación con los derechos de superficie o la enfiteusis, pero nunca respecto al dominio que el dueño conserva sobre el fundo sirviente. Veremos, empero, que se trata de un tronco destinado a reverdecer.¹⁵⁷

Hemos visto que las servidumbres reales corresponden a necesidades sociales objetivas; el perjuicio causado al propietario del fundo sirviente es menor que el beneficio que recibe el propietario del fundo dominante, pues el conjunto social sale ganando. Pero, en el caso de las servidumbres personales, no podemos señalar una ganancia social; para el mundo jurídico son, sobre todo, una molestia, una complicación sin utilidad apreciable. De ahí que su duración se limite a un plazo que puede ser menor, pero nunca mayor que la vida del titular de la servidumbre.¹⁵⁸ Si el beneficiario es una persona jurídica, el plazo máximo de la servidumbre personal es de cien años.¹⁵⁹

El *Corpus iuris* nos menciona cuatro casos de servidumbres personales: usufructo, uso, habitación y el derecho real de aprovechar animales o esclavos ajenos.

¹⁵⁶ D. B. I. 1.

¹⁵⁷ Salvo, quizás, en el caso de la enfiteusis perpetua.

¹⁵⁸ Cfr. art. 890 del Código Civil.

¹⁵⁹ D. 7. 1. 56.

El usufructo es el derecho temporal de usar una cosa ajena y de aprovechar los frutos naturales o civiles de ésta, sin alterar la sustancia de la cosa en cuestión. Es una combinación temporal del *ius utendi* y *fructu*, sin el *ius abutendi*; por tanto, se trata claramente de un desmembramiento de la propiedad, algo que puede decirse de todos los *iura in re aliena*, pero que, en este caso, se advierte en seguida por simple comparación del término *usufructo* con la definición de la propiedad como el *ius utendi, fructu et abutendi*.

Dicho usufructo tiene muchas aplicaciones prácticas, pero ofrece especialmente una buena solución, en caso de que se quiera favorecer a una persona, mas no a los herederos de ésta.

Paulo lo define, en D. 7. 1. 1, como el *ius alienis rebus utendi, fructu, salva rerum substantia* (el derecho de usar y disfrutar cosas ajenas, respetando su substancia). Varias citas del *Digesto* ilustran lo que debemos entender por *salva rerum substantia*, al prohibir, no sólo que se disminuya o consuma el objeto en cuestión, sino también que el usufructuario transforme un parque en una huerta, o un baño privado en público.¹⁶⁰ Sin embargo, Justiniano permite que el usufructuario mejore el objeto usufructuado.

El usufructuario se hace propietario de los frutos naturales por el hecho de cosecharlos y de dividir la cosecha en una parte que deberá reinvertirse y otra que es beneficio. Sólo adquiere la propiedad sobre esta última parte.

Los frutos civiles (rentas, por ejemplo) se adquieren, en cambio, día a día, independientemente de su cobro. En caso de muerte del usufructuario, sus herederos tendrán, por tanto, derecho a los frutos *civiles* hasta el día de la muerte de aquél; pero la persona que hasta aquel momento no fuera más que un "nudo propietario", tendrá derecho a los frutos *naturales* pendientes de cosecharse; o cosechados, pero todavía no destinados a reinversión o consumo propio del usufructuario.¹⁶¹

A veces, el concepto de "frutos" da lugar a dudas. Por ejemplo, la herencia que recibe un esclavo, y que beneficia al dueño, como veremos, ¿es un fruto de este esclavo? ¿Y el hijo de una esclava? La *iurisprudencia* decidió que sólo productos periódicos y normales son frutos.

En cuanto a las minas, se permitía al usufructuario una explotación sensata. Si se trataba de rebaños, se decidió que el usufructuario debe primero sustituir las cabezas muertas por los animales nacidos.¹⁶²

Respecto al usufructo de un bosque, sólo se permitía la tala a condición de reforestar.

Para garantizar el debido cuidado del objeto del usufructo, el pretor obligaba al usufructuario a prestar una *cautio usufructuaria* a favor del nudo propietario, garantizando, mediante fianza, que indemnizaría a éste

de todo daño causado por su culpa o dolo. Esta responsabilidad no sólo se refería a actos positivos en perjuicio de la *substantia rerum*, sino también a omisiones. En caso de que el usufructuario se negara a prestar esta *cautio*, el pretor permitía al nudo propietario retener el objeto del usufructo, o admitía la *reivindicatio* o la *actio publiciana*, si el propietario ya hubiere entregado el objeto en cuestión.¹⁶³

Las obligaciones del usufructuario consistían, por tanto, en prestar esta *cautio*, conservar el objeto en buen estado, cuidarlo como un buen padre de familia, devolverlo en su oportunidad y pagar los gastos ordinarios, como son el impuesto predial,¹⁶⁴ las reparaciones pequeñas¹⁶⁵ y los gastos de explotación del objeto. Sin embargo, como estos deberes son *obligationes propter rem*, el usufructuario puede sustraerse a ellos, abandonando el usufructo.

Es difícil saber si el usufructuario tenía que pagar también los intereses de una hipoteca que gravara el inmueble, objeto del usufructo. Puede ser que la adquisición del terreno por el nudo propietario haya sido sólo posible gracias a un préstamo hipotecario; en tal caso, los intereses correspondientes serían un gasto normal que habría que deducir del ingreso bruto, para encontrar el "fruto neto" del terreno. Pero también podría presentarse el caso de que el terreno en cuestión respondiera accesoriamente de ciertas deudas personales del nudo propietario; si él tenía que pagar intereses por estas deudas, tales pagos no debían repercutir en perjuicio del usufructuario; el hecho de que el objeto del usufructo garantizara tales deudas, no tenía por qué disminuir los ingresos derivados del bien usufructuado.

Parece que este segundo punto de vista fue el romano, aunque C. 3. 33. 7 sería una base para llegar, con un *argumentum a fortiori*, a la conclusión opuesta: si los alimentos garantizados por un terreno deben pagarse por el usufructuario, sería lógico que éste pagara entonces *a fortiori* los intereses de una hipoteca, gracias a la cual pudo comprarse el terreno.

Aunque el *usufructo mismo* se adhiere a su titular de tal manera que no es transmisible, y se extingue con su muerte, el goce del usufructo puede cederse, rentarse, darse en prenda, etc. En estos últimos casos, el usufructo mismo queda ligado a la vida del cedente, del arrendador o del deudor prendario; si éste muere, el usufructo termina.

Notemos, a este respecto, que, mientras las servidumbres reales son indivisibles, el goce del usufructo es divisible, de manera que el usufructuario puede ceder este aprovechamiento, por ejemplo, por la mitad.

¿Qué ocurre si el usufructuario ha arrendado el bien a un tercero y luego se extingue el usufructo? En el derecho romano, el propietario —titular de un derecho real— no tiene nada que ver con el inquilino, ya que éste sólo dispone de un derecho personal contra el antiguo usufructuario,

¹⁶⁰ D. 7. 1. 13. 4 y 8.

¹⁶¹ Cfr. art. 991/992 del Código Civil.

¹⁶² Cfr. art. 1013 del Código Civil.

¹⁶³ Una vez más: *cavere aut carere!* Cfr. art. 1010 del Código Civil, con una solución ligeramente distinta.

¹⁶⁴ D. 7. 1. 52. Cfr. art. 1024 del Código Civil.

¹⁶⁵ D. 7. 1. 7. 2.

un derecho derivado de un contrato que para el propietario es sólo una *res inter alios acta*,¹⁶⁶ o sea, un negocio celebrado entre terceros, que no le afecta.

Si el usufructuario confesó su calidad de tal, el inquilino aceptó el riesgo a sabiendas, y no tiene que reclamar nada a nadie. En cambio, si el usufructuario fingió ser propietario o dio lugar a la terminación del usufructo, por renuncia voluntaria, el inquilino podrá pedirle la indemnización de daños y perjuicios.

Desde luego, sólo el nudo propietario puede establecer servidumbres reales sobre el objeto del usufructo, pero únicamente cuando éstas no perjudican al usufructuario. No podría, por ejemplo, conceder una servidumbre de paso, pero sí una servidumbre de vista, ya que normalmente el usufructuario, de todos modos, no tendría derecho de levantar construcciones en terrenos, objeto de usufructo.

148. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO. El usufructo nace de los siguientes modos:

1. Por contrato, seguido de *quasi traditio*.¹⁶⁷
2. Por un legado, *per vindicationem*.
3. Por venta con *deductio*.
4. Por *in iure cessio*.
5. Por la ley directamente.¹⁶⁸
6. Por *adjudicatio*.

Se extingue el usufructo por las siguientes causas:

1. Por muerte (o *capitis deminutio maxima*) del usufructuario.¹⁶⁹
2. Por la pérdida del objeto.¹⁷⁰
3. Por cumplimiento de un término o de una condición.¹⁷¹
4. Por consolidación.¹⁷²
5. Por no uso, durante determinado tiempo (prescripción extintiva).
6. Por renuncia.¹⁷³

En todos estos casos, automáticamente se reintegra el derecho matriz, el pleno derecho de propiedad; el tronco de la nuda propiedad se convierte de nuevo en un árbol. En este fenómeno se manifiesta la "elasticidad de la propiedad".

¹⁶⁶ D. 19. 2. 9. 1. Cfr. art. 1002 del Código Civil.

¹⁶⁷ Para conceder el usufructo sobre un objeto que perteneciera a varios copropietarios, se necesitaba, desde luego, el consentimiento unánime de todos ellos. Sin embargo, cada uno podía conceder el usufructo de su propia cuota ideal.

¹⁶⁸ Como en el caso del usufructo del padre sobre el *peculium adventicium* del hijo, o el usufructo de la cónyuge binuba sobre la ganancia de supervivencia, o el usufructo de la viuda pobre, con hijos, sobre una cuarta parte de la herencia del marido.

¹⁶⁹ Cfr. art. 1039 del Código Civil.

¹⁷⁰ Cfr. art. 1038 del Código Civil.

¹⁷¹ Cfr. art. 1030 del Código Civil. En caso de establecerse el usufructo por un plazo determinado o bajo una condición resolutoria, de todos modos se extingue al el usufructuario muere antes de cumplirse este término o realizarse esta condición.

¹⁷² Cfr. art. 1038 del Código Civil.

¹⁷³ Cfr. art. 1038 del Código Civil.

149. CUASI-USUFRUCTO. El objeto del usufructo es —lógicamente— de naturaleza no consumible; de lo contrario, no podría ejercerse el *ius utendi, salva rerum substantia*. Sin embargo, desde el comienzo de la época imperial, se puede obtener el usufructo sobre un patrimonio que comprende bienes consumibles;¹⁷⁴ y de esta posibilidad arranca la figura del cuasi-usufructo sobre bienes consumibles, que obliga al usufructuario a devolver igual cantidad de cosas, de igual calidad, cuando termina el usufructo.¹⁷⁵

Este cuasi-usufructo otorga al usufructuario un derecho de propiedad respecto de las cosas consumibles en cuestión, de manera que se parece al préstamo de consumo, con la diferencia de que termina con la muerte del usufructuario, mientras que el deber que nace del préstamo de consumo se trasmite a los herederos del deudor. Otra diferencia es que el usufructuario debe prestar la *cautio*.

Comparando el cuasi-usufructo con el usufructo, encontramos —además de la diferencia de que aquél tiene por objeto bienes consumibles— que el usufructuario no responde de la pérdida del objeto por fuerza mayor, mientras que el cuasi-usufructuario sí respondía en ese caso. Este cuasi-usufructo existe también respecto de créditos. El cuasi-usufructuario se hace propietario de los intereses (frutos civiles) y también puede cobrar los créditos en cuestión; éstos se trasforman entonces en dinero efectivo, sobre el cual continúa el cuasi-usufructo.

150. LOS DERECHOS REALES DE USO Y HABITACIÓN. El derecho real de uso es un *ius utendi* temporal —que no puede durar más tiempo que la vida del titular—, sin *ius fruendi* y sin *ius abutendi*. Sin embargo, como no es muy interesante tener el "uso" de, por ejemplo, un rebaño, sin tener derecho a los frutos, la jurisprudencia admitía que el usuario podía tomar los frutos que necesitara para las exigencias de él y de su familia.¹⁷⁶ Este derecho debía ejercerse personalmente, salvo raras excepciones, a diferencia del derecho de *habitación* que es un *ius utendi* temporal, sin *ius abutendi*, que tiene por objeto una casa. En el derecho clásico, este derecho no podía traspasarse a otra persona, pero Justiniano suprimió el requisito de que esta servidumbre personal se ejerciera por su titular en forma directa, acercando esta figura al usufructo. El derecho mexicano moderno ha regresado a la tradición prejustiniana.¹⁷⁷

Los derechos de uso y de habitación se distinguen del arrendamiento por ser reales y también por el hecho de que se extinguen por la muerte de su titular. Su constitución, generalmente por testamento, implica el deber de dar una *cautio* a favor del nudo propietario.

Se plantea aquí una cuestión: ¿Puede haber un *ius fruendi* sin el correspondiente *ius utendi*? D. 7. 8. 14. 1 lo niega, pero D. 7. 8. 14. 3, pocos

¹⁷⁴ D. 7. 5. 1.

¹⁷⁵ Cfr. art. 994 del Código Civil.

¹⁷⁶ Cfr. art. 1049 del Código Civil.

¹⁷⁷ Cfr. art. 1050/1051 del Código Civil.

renglones después, lo permite. El asunto se presta a controversia y debe admitirse que, a primera vista, mi derecho a los frutos de un terreno o de una casa carecería de base firme si no tuviera, mediante mi *ius utendi*, la posibilidad de influir en la producción de estos frutos. Dernburg-Sokolowski¹⁷⁸ ponen, como ejemplo de un *ius fruendi* sin *ius utendi*, el caso de un jardinero que tuviera derecho a los frutos de un jardín, mientras que otra persona tuviera el derecho de pasearse allí; pero este ejemplo no convence, ya que el jardinero no tiene un *ius fruendi sine uso*, sino un usufructo que coexiste con un *ius utendi* por parte de otra persona. Un mejor ejemplo sería el del testador que dejara a un legatario la nuda propiedad de ciertas acciones, y a otro el derecho vitalicio de percibir los dividendos, pero no de votar en las asambleas de accionistas, correspondiendo tal derecho de voto al nudo propietario.

En cuanto a los demás casos de servidumbres personales, o sea, los "servicios de animales o esclavos ajenos", se trata de un derecho real, no personal —como el que encontraríamos en caso de arrendamiento de animales o esclavos—; además requiere fianza, lo cual constituye otra diferencia respecto del arrendamiento.

151. SERVIDUMBRES PERSONALES IRREGULARES. Además de las servidumbres reales y personales, la doctrina postclásica conocía servidumbres personales irregulares, o sea, servidumbres que normalmente serían reales, pero que quedaban restringidas a la vida del titular. En D. 8. 3. 4 (de Papiniano, pero interpolado) encontramos un buen ejemplo de esta mezcla de servidumbres reales con personales.

Hallamos esta figura en los derechos francés (art. 628 C. C.), alemán, suizo, austriaco y griego, pero nuestro Código de 1928 no la menciona, y a causa del principio de que los derechos reales forman un *numerus clausus*, es discutible que tales servidumbres pudieran crearse en México. En mi opinión, el art. 1128-V C. C. no puede ser un punto de partida para su constitución: este artículo no admite la creación de servidumbres reales bajo un término resolutorio de fecha incierta (como sería la muerte del titular), sino que es una expresión del principio: *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* (cuando se extingue el derecho del otorgante, se extingue el derecho del beneficiario). Una mejor base para la existencia de servidumbres personales irregulares en el derecho mexicano sería la amplitud que el art. 1109 C. C. parece conceder a la autonomía de la voluntad, en materia de servidumbres.

152. SUPERFICIE Y ENFITEUSIS. La diferencia entre estas dos figuras consiste en que el derecho de superficie supone que A construye un edificio propio apoyándose en un terreno de B, de manera que la línea divisoria de ambas propiedades es horizontal; en cambio, en la enfiteusis, todo el

inmueble objeto de la misma —terreno y, en su caso, construcción— pertenece a un solo propietario.

A esta diferencia jurídica se añade otra económica: en la práctica, encontramos el derecho real de superficie en relación con la urbanización; y la enfiteusis, sobre todo, en materia agrícola.

Comencemos por el derecho de superficie. Ya sabemos que, normalmente, *superficies solo cedit*.¹⁷⁹ Sin embargo, la práctica jurídica obligaba a los juristas a reconocer paulatinamente la posibilidad de que una persona tuviera el derecho de propiedad sobre una construcción, plantas o árboles, en terrenos ajenos, posibilidad indirectamente reconocida por artículos como el 2899 del Código Civil, en el derecho actual.

Este derecho de superficie puede también conceder al superficiario la facultad de tener su sótano bajo una casa vecina. No era el resultado de un arrendamiento, puesto que era real; es decir, cualquier tercero —también próximos compradores del terreno en cuestión— tenían que reconocer los derechos del superficiario. Obsérvese aquí que, en cambio, el derecho romano dispone que "compraventa quiebra arrendamiento".

Si comparamos este derecho de superficie con la servidumbre real, advertimos que, en este último caso, la línea divisoria de las dos propiedades es vertical; mientras que, en caso de superficies, esta línea es horizontal, como acabamos de ver. Un caso de transición, empero, entre las dos figuras que comparamos, es la servidumbre que permite al propietario del fundo dominante tener un balcón sobre el fundo sirviente y apoyarlo con pilares en éste. Esta figura podría interpretarse como un caso excepcional de la servidumbre real, pero también como perteneciente a la institución del derecho de superficie.

Difícilmente podría la superficie considerarse precursora de la actual propiedad por pisos.¹⁸⁰ En el derecho mexicano, cuando menos, esta última figura es, más bien, una copropiedad de todo un edificio, combinada con un especial derecho de usar ciertas partes del mismo, y con la participación forzosa en una asociación de copropietarios.

Pasemos ahora a la enfiteusis. Su antecedente es el *ius in agro vectigali*, una especie de arrendamiento agrícola con efectos "reales", es decir, oponibles a terceros, por largo plazo o a perpetuidad. Su objeto consistía generalmente en terrenos públicos o pertenecientes a templos, y su renta se llamaba *vectigal*.

Una institución semejante, pero que podía tener por objeto también terrenos privados, era la enfiteusis que penetra en el derecho romano desde el oriente. Era el derecho, oponible a terceros, de poseer terrenos ajenos como si uno fuera propietario, a condición de cultivarlos debidamente y

¹⁷⁹ GAYO, II 73.

¹⁸⁰ En D. 43. 17 se pueden encontrar indicios de la infiltración de esta institución en el derecho romano, desde el oriente.

¹⁷⁸ *System des römischen Rechts*, Berlín, 1912, pág. 441.

de pagar cada año un *canon*. El enfiteuta puede modificar el carácter del terreno,¹⁸¹ a condición de no deteriorarlo.

El derecho real del enfiteuta puede transmitirse a sus herederos o traspasarse por actos *inter vivos*. En este último caso, empero, el enfiteuta debe avisar al propietario; éste puede, entonces, optar entre el ejercicio de su derecho de preferencia, o el pago del 2% del precio de venta de la enfiteusis (el *laudemium*).

Con tales características, una enfiteusis a *perpetuidad* es el *ius in re aliena* que más se acerca al pleno derecho de propiedad, sin alcanzar todavía por completo esta última figura, a causa de los mencionados pagos periódicos e incidentales, la prohibición de deteriorar el terreno en cuestión, el deber de cultivarlo debidamente, etc. Sin embargo, en los modernos regímenes socialistas, donde la propiedad es una función social, que implica importantes deberes y restricciones, la propiedad agrícola se acerca visiblemente a una enfiteusis a perpetuidad, y el Estado se parece cada vez más al nudo propietario de todos los terrenos agrícolas, que puede anular la "enfiteusis" si el particular no hace de sus terrenos un uso socialmente útil.

Regresando al derecho antiguo, observaremos que, en el caso de la enfiteusis, la propiedad misma se reduce a una sombra de lo que podría ser la plena propiedad, pues no es mucho más que un derecho de recibir periódicamente un beneficio pecuniario, en combinación con la perspectiva de recuperar la completa propiedad, tras un plazo muy largo, o en caso de que el enfiteuta no cumpliera con sus deberes. Sin embargo, todavía continuamos calificando el derecho del que recibe el *canon*, como una "propiedad", aunque muy "nuda" en este caso; y el derecho del enfiteuta, como un *ius in re aliena*.

Ahora basta ya un ligero cambio de acento, para trasladar el término *propietario* al otro lado de la relación jurídica. En la Edad Media germánica encontramos la institución de los "Real-lasten". El propietario de terrenos gravados con éstos estaba obligado, por toda la eternidad, a dar periódicamente determinada cantidad a cierta persona y sus sucesores. Así encontramos casi la misma situación que en el caso de la enfiteusis a perpetuidad, sólo que ahora el que *da* el dinero es calificado de "propietario".

La enfiteusis nacía generalmente de un contrato, seguido de una *quasi traditio*. También podía nacer de una *in iure cessio*, una *deductio* en relación con la entrega de un terreno (como consecuencia de donación, venta, etc.), un legado, o de la prescripción adquisitiva.

Los juristas romanos no sabían cómo clasificar esta figura. No era un arrendamiento, porque sus efectos eran oponibles a todos. Tampoco una compra-venta, ya que la propiedad no se transmitía. Finalmente, el emperador Zenón, a fines del siglo V d. de J. C., declaró que se trataba de un derecho *sui generis*, un nuevo derecho real de goce.

¹⁸¹ Véase C. 4. 66. 3.

Cuando el *ius in agro vectigali* y la enfiteusis se presentaron ante Justiniano como dos figuras paralelas, semejantes y, sin embargo, distintas en varios puntos de importancia, el emperador, fiel a su costumbre, las unificó, mediante la creación de la enfiteusis justiniana, un derecho real perpetuo establecido sobre terrenos ajenos, sujeto al deber de cultivar éstos, de pagar anualmente un canon, de conceder, en caso de venta, un derecho de preferencia al nudo propietario, y de pagarle el *laudemio* en caso de que no se aprovechara de este derecho.

Esta enfiteusis se extinguía por incumplimiento por parte del enfiteuta —falta de pago de tres anualidades, falta de debido cultivo del suelo—, por pérdida del objeto, consolidación y renuncia.

Las figuras tratadas en este párrafo formaron la base de la teoría medieval del feudalismo, con su distinción entre el *dominium utile* y el *dominium directum*.

Como derivaciones de la superficie y de la enfiteusis sobreviven en la práctica hacendaria algunas figuras relacionadas con terrenos municipales, que producen derechos reales con plazos amplios —generalmente de sesenta y cinco a noventa y nueve años—, como el "Erbpacht" alemán y otras instituciones análogas. Ofrecen al público la ventaja de que puede construir casas sin tener que invertir parte de sus ahorros en un terreno, pagando sólo un módico canon. Por otra parte, el municipio tiene la ventaja de que puede recuperar el terreno al expirar el derecho real en cuestión, de manera que el incremento del valor del terreno redundará en beneficio del municipio y no del propietario privado.¹⁸²

Resumiendo las diferencias entre las últimas instituciones que hemos explicado, podemos decir: la servidumbre se refiere a dos inmuebles cercanos, separados verticalmente; la superficie, a dos bienes inmuebles —siempre un terreno y una construcción— separados horizontalmente; y la enfiteusis, a un solo inmueble.

153. LA PRENDA E HIPOTECA EN GENERAL. Los principales medios de garantizar un crédito son: las garantías personales (como fianza particular o fianza otorgada por compañías especializadas) y las reales (como prenda e hipoteca).¹⁸³ Al comparar estas dos clases de garantías, D. 5. 17. 25 dice: *plus cautionis in rem est quam in personam*, o sea, la garantía real es superior a la personal; hipoteca y prenda protegen mejor la posición del acreedor que la fianza personal.

¹⁸² En caso de una baja general de los precios y rentas de inmuebles, en combinación con cánones constantes, estas figuras pueden dar lugar a situaciones anómalas. Recuerdo de mi juventud en Holanda, cómo tras los años depresivos de 1931 a 1933, casas construidas bajo este régimen jurídico se vendieron a precios meramente simbólicos, ya que el comprador tenía que pagar periódicamente un canon muy superior a las rentas que pagaría por casas alquiladas.

¹⁸³ A diferencia de los créditos garantizados por fianza, prenda o hipoteca, llamamos *quirografarios* (literalmente "garantizados por la firma") aquellos créditos cuya única garantía es la honradez y solvencia del deudor.

Esta regla es correcta para el derecho moderno, aunque la actual fianza de empresa es prácticamente tan segura como la garantía real.

Para el derecho bizantino, empero, la regla admitía sus restricciones: por la clandestinidad del sistema hipotecario y la existencia de hipotecas legales, generales y preferentes, el acreedor hipotecario no tenía una posición tan segura como la que tiene actualmente. Además, en vista de la extremada puntualidad del típico ciudadano romano, la práctica jurídica de entonces, prefería, a menudo, la fianza personal a la hipoteca.

Sin embargo, a pesar de sus defectos, la hipoteca se utilizó frecuentemente en la práctica jurídica antigua. También la prenda; pero como ésta iba acompañada de un desposeimiento del deudor, no pudo dar lugar a problemas prácticos tan serios como los que pueden nacer de hipotecas clandestinas.

Ambas figuras son derechos reales de garantía. En el derecho moderno la diferencia estriba en que, en el caso de la prenda, el acreedor obtiene la posesión del bien que garantiza el cumplimiento del deudor, mientras que, en el caso de la hipoteca, este bien no se entrega al acreedor.

En el derecho romano prejustiniano, no encontramos aún esta diferencia terminológica; allí *pignus* (prenda) e hipoteca son dos términos para lo mismo: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*¹⁸⁴ (entre *pignus* e hipoteca, la única diferencia consiste en el sonido de las palabras), y para designar las diferencias entre un derecho real de garantía con desposeimiento, o no, del deudor, se utilizan, respectivamente, los términos *pignus contractum* y *pignus conventum*.

Sin embargo, en tiempos bizantinos se introduce ya la terminología moderna, y así, mediante una interpolación, los compiladores hacen decir a Ulpiano: *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum transit nec possessio ad creditorem*¹⁸⁵ (en terminología correcta, hablamos de *pignus* si el objeto es entregado al acreedor, pero de hipoteca si el acreedor no recibe la posesión), olvidando que en otro lugar del *Digesto*¹⁸⁶ se confirma la terminología clásica.

Aunque el florecimiento económico necesita del crédito, y el crédito exige que los juristas elaboren un buen sistema de garantías reales —especialmente, un buen sistema hipotecario—, los derechos reales de garantía han tenido un desarrollo lento y difícil. Originariamente, el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor (*fiducia cum creditore*) o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiera pagado su deuda. Tal negocio, paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, podía también combinarse en forma

¹⁸⁴ D. 20. 1. 11. 2.

¹⁸⁵ D. 13. 7. 9. 2.

¹⁸⁶ El precitado D. 20. 1. 11. 2.

más íntima con este último; entonces, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía como préstamo, y se obligaba a volver a vender el objeto al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, o sea, al importe del préstamo, más los intereses.

Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa.¹⁸⁷

Esto ya no sería posible actualmente en México por estar prohibido el pacto de retroventa, aunque todavía encontramos este sistema excepcionalmente en otros países, donde dicho pacto aún tiene fuerza legal.¹⁸⁸

En el derecho romano, el efecto de tal promesa de retroventa se solía introducir en la venta por un *pactum fiduciae*, que facultaba al deudor —después de cumplir— a exigir la retroventa, mediante una *actio fiduciae*.

No se trataba de un caso de *simulación*, puesto que ningún tercero, conociendo las apariencias, se habría dejado engañar respecto de la verdadera situación jurídica. Todos sabían que bajo el *pactum fiduciae*, con su transmisión temporal de la propiedad, se escondía, en realidad, una operación de garantía. Es una de las consecuencias de la antigua economía de conceptos, que obligaba con frecuencia a los romanos a utilizar un negocio jurídico para fines distintos de los que originalmente habían inspirado la institución respectiva.

Muchas veces, el acreedor fiduciario volvía a prestar el objeto de la *fiducia* al deudor, mediante un *precarium*, o sea, un préstamo de uso, revocable en cualquier momento, al arbitrio del acreedor. Entonces, en vez de entregar, primero, el objeto al acreedor, para que éste volviera a prestarlo al deudor, se podía recurrir al ya mencionado *constitutum possessorium*. Se trataba de una práctica, evidentemente peligrosa, que podría redundar en perjuicio de otros acreedores: éstos recibirían una impresión demasiado favorable de la solvencia del deudor, quien conservaba la posesión de múltiples objetos valiosos, realmente prestados por el acreedor fiduciario. También podría suceder que el deudor celebrara fraudulentamente la misma clase de negocio —*fiducia* y *precarium*— con respecto a un solo objeto, pero con diversos acreedores. En una situación análoga, el derecho moderno hace intervenir el registro público, para protección de los acreedores.¹⁸⁹

¹⁸⁷ En estricta dogmática, la equiparación de la *fiducia cum creditore* a la venta con pacto de retroventa, no es completamente correcta; en la primera figura, un derecho de propiedad acompaña, como garantía, a un crédito; en la segunda, no hay más que un derecho de propiedad, que revertirá a un propietario anterior en determinadas circunstancias. El derecho de crédito ha desaparecido como elemento de esta segunda solución.

¹⁸⁸ En los contratos entre cervecerías y cantinas, en Holanda, las cantinas suelen garantizar el crédito que les conceden las cervecerías, mediante la venta, en un precio muy bajo, de sus instalaciones a las mismas proveedoras de cerveza, que se comprometen a volver a vender las instalaciones a las cantinas por el mismo precio, una vez que su adeudo quede liquidado. En este caso, la venta con pacto de retroventa debe combinarse con un contrato de comodato.

¹⁸⁹ Art. 2859 del Código Civil.

Fuera de los peligros que podrían nacer para terceros de la combinación de la *fiducia* con el *precarium*, la *fiducia cum creditore* ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor. Como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo —de mala fe o por descuido—, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal contra el acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión.

Otro inconveniente era que, en caso de quiebra del acreedor, el bien entregado por el deudor respondía de las deudas de aquél; y además, el deudor no tenía la disposición del bien, mientras no hubiera liquidado su adeudo, lo cual podría perjudicarle en su trabajo. Por último, era un inconveniente el que muchas veces el bien tenía valor muy superior al préstamo, a pesar de lo cual el deudor no podía servirse del mismo bien como garantía de otros préstamos.

La situación del deudor mejoró al introducirse la prenda posesoria. En este sistema el acreedor no tenía la propiedad, sino sólo la posesión, del bien entregado; por tanto, la venta que hiciera del mismo sería jurídicamente ineficaz, ya que el deudor conservaba un derecho real para reclamar el objeto de terceros que lo hubieran comprado del acreedor. Sin embargo, otros inconvenientes para el deudor subsistían, tales como el desposeimiento de un objeto que quizá necesitaba para su trabajo, y la imposibilidad de utilizarlo como garantía de varios préstamos.

El remedio a estos inconvenientes nació de la relación existente entre el inquilino rural y el propietario de una hacienda. Muchas veces, el inquilino sólo podía pagar después de la cosecha de cada año, de manera que el propietario quería tener una garantía. Pero como no podía exigir un derecho de prenda sobre los esclavos, animales o herramientas del inquilino —pues sin ellos no podría trabajar—, se convenía entonces que los bienes muebles que el inquilino introdujera en la hacienda (*invecta et illata*) responderían de la renta, sin dejar de conservar el inquilino la posesión de ellos.

Los derechos del acreedor (que recibían su eficacia de un *interdictum salvianum*) consistían en pedir la posesión de dichos bienes, en caso de incumplimiento por parte del deudor. Además solía pactarse que, en tal caso, el acreedor tendría el derecho de venderlos y de cobrar su crédito, devolviendo el excedente (la *hyperrocha*) al deudor. También podía otorgarse al acreedor el derecho de convertirse en propietario de estos bienes, en caso de tal incumplimiento.¹⁹⁰

Sin embargo, la protección del *interdictum salvianum* no era suficiente para el acreedor. ¿Qué haría, si el deudor vendía los *invecta et illata*? Tenía sólo una acción personal contra el deudor, quizás insolvente; no disponía de una acción real para pedir de terceros la entrega de los bienes en cuestión. De ahí que el siguiente paso fuera la creación, por un pretor

¹⁹⁰ El pacto comisorio, prohibido por Constantino y también por nuestro derecho positivo; art. 2887 del Código Civil.

llamado Servius, de la *actio serviana*, de carácter real, que permitía al acreedor hipotecario reclamar estos bienes a cualquier tercero.

Por la *actio quasi serviana*, el sistema se extendió a otras relaciones jurídicas, además de las existentes entre un propietario de una hacienda y su inquilino; así surgió, en diversas etapas, el *pignus conventum*, la hipoteca moderna.

154. EL OBJETO DE LA PRENDA O HIPOTECA. El objeto de la prenda o hipoteca puede ser:

1. Un bien corporal, siempre que se trate de una *res in commercio*.

Si el objeto de la prenda o hipoteca es un *corpus ex distantibus* —por ejemplo, un rebaño—, el derecho real de garantía se extiende a todos sus incrementos. En cambio, si se trata de una hipoteca sobre una biblioteca —que no es “una sola cosa”, como ya hemos visto— los libros que se hayan agregado, posteriormente a la constitución de la hipoteca, no quedan gravados.

Acciones naturales —como el aluvión— o incrementos del valor del objeto gravado, por la extinción de algún *ius in re aliena* —por ejemplo, en caso de la muerte de un usufructuario—, mejoran la garantía, lo cual es muy importante en caso de insolvencia del deudor, si el importe del crédito garantizado es superior al valor *original* de la prenda o del objeto hipotecado.

Los frutos de la prenda o del objeto hipotecado entran también automáticamente en la garantía, a no ser que hubiere un usufructo de constitución anterior a la hipoteca; en tal caso, por existir una colisión de derechos, la regla de *prior tempore, potior iure*, ya mencionada, obliga a favorecer al usufructuario.¹⁹¹

El propietario de la prenda o del bien hipotecado no debía disminuir su valor. Por tanto, no podía conceder un usufructo respecto de él, ni renunciar a las servidumbres reales que existieran en beneficio del mismo, etcétera. De lo contrario, el acreedor podría pedir que tales actos perdieran eficacia en relación con él o solicitar, inclusive, que el objeto en cuestión se entregara, en posesión o administración, a algún tercero.

2. Un derecho de crédito (*pignus nominis*).

3. Un derecho de usufructo,¹⁹² garantía dudosa por depender de la vida del titular.

4. Una servidumbre real, siempre que el acreedor sea vecino del fundo sirviente, figura contraria al principio de que la servidumbre no puede traspasarse independientemente del fundo dominante.

5. Un derecho de prenda o de hipoteca (*subpignus*).

Este *subpignus* ha dado lugar a discusiones dogmáticas. La interpretación más simple de esta figura no la considera como un derecho de prenda sobre otro derecho de prenda, sino que alega lo siguiente: de la

¹⁹¹ C. 8. 14. 3.

¹⁹² Cfr. art. 2903 del Código Civil.

misma manera que puedo dar un crédito mío como prenda por una deuda mía, también puedo dar como prenda un crédito garantizado por una prenda. Según esta opinión, el *subpignus* sería simplemente una variación del *pignus nominis*.¹⁹³

6. Todo un patrimonio presente e, inclusive, futuro.

Quien entrega la prenda, no es necesariamente el deudor;¹⁹⁴ pero, si no es propietario del objeto de la prenda, ésta no vale como tal. Sin embargo, el no-propietario puede dar en prenda un objeto del que espera obtener la propiedad, con la condición de que llegue a ser propietario del mismo.¹⁹⁵

155. LOS DERECHOS DEL ACREEDOR PRENDARIO O HIPOTECARIO. Los derechos del acreedor prendario o hipotecario consistían, en su origen, únicamente en un derecho real de retención que implicaba la facultad de reclamar la prenda a cualquier poseedor.¹⁹⁶ En cambio, un tercero, poseedor de buena o de mala fe, tiene derecho de retención por las *impensae necessariae* (y por las útiles, sólo en caso de buena fe), de manera que también aquí se presenta la posibilidad de una colisión de derechos. En tiempos de Justiniano, el poseedor puede exigir que el acreedor prendario agote primero las posibilidades ejecutivas que tiene respecto del deudor, antes de reclamar la entrega de la prenda (*beneficium excussionis*).

A los derechos que el acreedor prendario deriva automáticamente del derecho de prenda, debemos añadir la facultad de recuperar los gastos hechos para la conservación del objeto, de reclamar los daños y perjuicios causados por la posesión de la prenda (pensemos en el caso de que un caballo enfermo, dado en prenda, contagie toda una cuadra) y de exigir otra prenda, si las afirmaciones del propietario de la prenda original, respecto de sus calidades y su condición jurídica, resulten ser falsas.

Esta posición jurídica del acreedor puede mejorarse mediante pactos adicionales, como los siguientes.

1. El *pacto anticrético*, que autoriza al acreedor a utilizar un objeto dado en prenda, probablemente renunciando a los intereses.¹⁹⁷

2. El *pacto comisorio*, por el cual las partes convienen que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor se convierte automáticamente en dueño del bien hipotecado o de la prenda, figura afín a la "cláusula penal" que conoceremos pronto.¹⁹⁸

No sólo se trata de una figura que contradice el principio romano de que la propiedad no se trasmite por mero pacto, sino que, además, es

¹⁹³ Se encontrarán especulaciones más complicadas al respecto en la literatura mencionada por Windscheid (*Pand.*, I. 3ª ed., par. 239, nota 13).

¹⁹⁴ D. 22. 3. 23. Cfr. art. 2868 del Código Civil.

¹⁹⁵ D. 20. 1. 16. 7.

¹⁹⁶ El "droit de suite" de la literatura jurídica francesa.

¹⁹⁷ Véase D. 20. 1. 11. 1. Es algo dudosa la estructura exacta de la anticresis antigua. Algunos romanistas encontraron argumentos para decir que los frutos se aplican primero a los réditos convenidos, y luego al capital, en caso de una anticresis. Si ellos tienen razón, la anticresis romana era casi igual a la moderna del art. 2880 del Código Civil. Todavía clásico al respecto es MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, 1911, pág. 48 y siguientes.

¹⁹⁸ Véase el párrafo 204.

una figura antisocial. En el momento de conceder el préstamo, el deudor se encuentra, generalmente, en la posición más débil, de manera que tiene que aceptar las condiciones que se le impongan, y como la prenda generalmente vale más que la cuantía del préstamo, este pacto suele causar grandes perjuicios al deudor. Por lo anterior, Constantino lo declaró nulo,¹⁹⁹ decisión adoptada también por los códigos modernos.²⁰⁰

3. El pacto *de vendendo*, que autoriza al acreedor a vender la prenda o el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor, satisfaciendo con el producto de la venta, primero, los gastos y el importe del crédito y devolviendo luego la demasía (*hyperrocha, superfluum*) al propietario de la prenda.²⁰¹ Justiniano decidió, finalmente, que ese pacto iba implícito en todo contrato de prenda o hipoteca, y declara, inclusive, que un pacto por el cual el acreedor no pudiera exigir la venta de la prenda o del bien hipotecado no era eficaz y podía ser anulado al cabo de tres requerimientos de pago.²⁰² En este caso, el acreedor podía vender la prenda, aun cuando el mercado fuera momentáneamente desfavorable; pero no debía proceder dolosamente.

Encontramos aquí un importante problema dogmático. ¿Cómo puede el acreedor prendario transmitir, por venta, un derecho de propiedad que él mismo no tiene?

¿A causa de un mandato tácito? No, ya que el mandato es revocable y se extingue con la muerte del mandante o del mandatario, tres rasgos que no van de acuerdo con la situación de que se trata. Las necesidades prácticas nos obligan aquí a infringir una de nuestras más queridas reglas dogmáticas, la de *nemo plus*.²⁰³

Lo anterior crea otra interesante complicación. Hemos visto que el propietario de la prenda no es, necesariamente, el deudor. Aunque éste no pueda pagar, quizás el propietario sea solviente. ¿Podrá entonces comprar la prenda, si el acreedor decide venderla? Desde un punto de vista realista, debería tener el derecho de salvar su propiedad mediante pago; sin embargo, ¡nadie puede comprar sus mismas propiedades! Por tanto, el pecado dogmático de permitir que un no-propietario transmita la propiedad, crea otro problema dogmático: ¿Cuál es la situación del verdadero propietario, si este no-propietario se presenta ante el público en general, dispuesto a transmitir la propiedad al mejor postor? ¿Puede participar?

No; pero, en la práctica, logrará siempre algún arreglo con el acreedor. Puede comprar, por ejemplo, la renuncia de éste al derecho de prenda, o —mejor todavía— comprar su crédito. En tal caso, el nuevo acreedor podrá proceder contra el deudor, extinguiéndose el derecho de

¹⁹⁹ C. 8. 34. 3.

²⁰⁰ Cfr. art. 2887 del Código Civil.

²⁰¹ Cfr. art. 2886 del Código Civil.

²⁰² Cfr. art. 2887 del Código Civil *in fine*.

²⁰³ D. 50. 17. 54.

prenda, por reunirse en una sola persona las calidades de "dueño de la prenda" y "acreedor prendario".²⁰⁴

Si resulta imposible vender la prenda, la autoridad puede adjudicarla al acreedor prendario, en un precio fijado por valuadores. Es la *impetratio dominii* de C.8.33.3. El derecho postclásico, siempre tan preocupado por defender al deudor contra la *voracitas creditorum*, vio esta solución con mucha desconfianza y permitió que, todavía durante dos años, pudiera el deudor volver a comprar el objeto en cuestión, por el valor del adeudo original, más los intereses.

Después de vendida la prenda, puede surgir otro problema. Supongamos que el acreedor prendario ha vendido la prenda, y que, luego, un tercero comprueba su mejor derecho y reivindica el objeto en cuestión en perjuicio del comprador. ¿A quién hubiera debido llamar este último al juicio reivindicatorio y de quién puede reclamar el valor del objeto reivindicado? No sería justo hacer responsable al acreedor prendario; él vende una cosa ajena, cuyos antecedentes ignora. En cuanto al propietario de la prenda, él no vendió el objeto al comprador; por tanto, no hay relación jurídica alguna entre ellos. El derecho romano decide que, en tal caso, quien dio el objeto en prenda debe indemnizar al comprador perjudicado, pero duda de la acción exacta que éste deba utilizar.²⁰⁵

156. LOS DEBERES DEL ACREEDOR PRENDARIO. En cuanto a los deberes del acreedor prendario, señalamos lo siguiente: si el objeto de su derecho de prenda está destinado a producir frutos —una vaca, por ejemplo—, el acreedor prendario debe explotarla debidamente, aplicando los frutos, primero, a los intereses del crédito y, luego, al capital. Debe rendir cuentas, por supuesto,²⁰⁶ aunque esta obligación falta en la anticresis, en caso de convenirse que el acreedor prendario recibirá todos los frutos, a cambio de la renuncia a cualquier forma de intereses.

Si la prenda no está destinada a una explotación económica —por ejemplo, un anillo—, el acreedor prendario no tiene derecho a usarla; si lo hace, comete un robo de uso, un *furtum usus*. Sin embargo, si la buena conservación de la prenda exige cierta utilización —como en el caso de un caballo—, el acreedor prendario debe utilizarlo estrictamente hasta el grado objetivamente útil para la prenda misma.

Además, el acreedor tiene obligación de hacer los gastos necesarios, tanto ordinarios como extraordinarios, para la conservación de la prenda. En caso de anticresis, tales gastos, a condición de ser ordinarios, son por cuenta de él —por ejemplo, alimento de un caballo—, pero los extraordinarios —como serían medicamentos—, son por cuenta del dueño de la prenda, siempre y cuando no haya dolo o culpa del acreedor.

²⁰⁴ Cfr. D. 18. 1. 39; D. 13. 7. 40. 1.

²⁰⁵ Cfr. D. 21. 2. 38; D. 20. 5. 12. 1; D. 21. 2. 74. 1; DERNBURG-SOKOLOWSKI, *Röm. Recht*, 1911, pág. 511.

²⁰⁶ C. 4. 24. 1-3.

Excepto en el pacto anticrético, todos los gastos, ordinarios y extraordinarios, que origine la conservación de una prenda son por cuenta de su dueño, aunque el acreedor prendario tiene la obligación de anticiparlos.

Además encontramos, a cargo del acreedor prendario, el deber de restituir la prenda, después de extinguirse la obligación principal. Si dicha obligación se convierte en una "obligación natural", es decir, una obligación que no puede reclamarse judicialmente —por ejemplo, en caso de prescripción de la deuda—, el derecho romano no obliga al acreedor a devolver la prenda, mientras no haya cumplido el deudor natural.

Finalmente, en caso de que la prenda sea vendida, el acreedor debe organizar dicha venta de buena fe y entregar el exceso, la *hyperrocha*, al antiguo propietario de la prenda.

Los deberes del propietario de la prenda —que no es necesariamente el deudor— son los siguientes:

Responde de sus afirmaciones en cuanto a su derecho de propiedad sobre la prenda y respecto de las calidades de ésta. Si tales afirmaciones son falsas, el acreedor puede exigir otra prenda del valor originalmente sugerido. Ya hemos visto que, en caso de evicción después de la venta de la prenda, quien entregó el objeto en cuestión, por concepto de prenda, responde de las consecuencias, y no el acreedor.

Además, el propietario de la prenda responde del reembolso de los gastos en el sentido arriba descrito, y del daño que por su dolo o culpa haya causado la prenda en el patrimonio del acreedor.²⁰⁷

157. LA PLURALIDAD DE ACREEDORES HIPOTECARIOS. En caso de pluralidad de acreedores hipotecarios, valía la regla *prior tempore, potior iure*. Sin embargo, hubo hipotecas legales que lograban, a menudo, por disposición imperial, un lugar preferente sobre las hipotecas convencionales de fecha anterior. Entre tales hipotecas legales y preferentes encontramos la del fisco,²⁰⁸ de pupilos sobre los bienes de sus tutores,²⁰⁹ de esposas sobre los bienes de sus maridos, para garantizar la devolución de la dote, etcétera. También hipotecas "solemnes" —constituidas con intervención de notarios u otras personas de fe pública, o con intervención de tres testigos— podían obtener un lugar superior a otras hipotecas anteriores, menos solemnes.

El tema de la *sucesión hipotecaria* es muy discutido. A este respecto encontramos dos detalles interesantes.

a) Cuando un acreedor hipotecario posterior tenía un crédito de vencimiento anterior al que correspondía a algún acreedor hipotecario de mejor lugar, no podía realizar su derecho hipotecario, mientras no hubiera vencido el crédito del acreedor de rango superior. Sin embargo, gozaba del *ius offerendi et succedendi*, o sea, el derecho de ofrecer dinero y suce-

²⁰⁷ Cfr. el ya citado ejemplo del caballo enfermo, dado en prenda: D. 13. 7. 16. 1.

²⁰⁸ C. 8. 14. 1.

²⁰⁹ C. 5. 37. 20.

der en el mejor rango de otro acreedor hipotecario. Es éste el derecho de comprar la posición del acreedor de rango superior, colocándose en su lugar y ejercitando luego su acción hipotecaria.

b) Si un acreedor hipotecario de rango superior recibía directamente del deudor el pago de su crédito, los acreedores de rango inferior mejoraban su lugar. Esta solución, sin embargo, presentaba una evidente desventaja e injusticia. Como los réditos de hipotecas de rangos posteriores eran más elevados, no era justo que algunos acreedores mejoraran su rango por el cumplimiento del deudor con otros acreedores. En el derecho moderno, por tanto, el deudor que liquida una hipoteca de primer rango, conserva este primer rango abierto, y puede, posteriormente, conceder una nueva hipoteca de primer rango, aunque las hipotecas de segundo o de tercero no se hayan liquidado todavía.

Si obtengo varios créditos, garantizados con la promesa de una hipoteca sobre un inmueble que espero comprar y, finalmente, consigo la propiedad de este terreno, ¿debemos considerar todas las hipotecas como concedidas en una sola fecha —la adquisición del terreno?, o ¿conservarán ellas el orden de antigüedad que corresponda a las promesas respectivas?

La cuestión se presta a controversia. Considerando que, en vez de una promesa de hipoteca, hubo una concesión de hipoteca bajo condición suspensiva, el principio de que la condición se cumple *ex tunc*, con efectos retroactivos, impulsó a los romanos a la segunda solución. (C.8.17.7).

158. LAS RELACIONES ENTRE EL CRÉDITO GARANTIZADO Y EL DERECHO DE GARANTÍA. En cuanto al crédito garantizado, su existencia y validez era esencial para la validez de la prenda o hipoteca (recuérdese que éstas son derechos accesorios).

El crédito principal puede ser de carácter natural,²¹⁰ no siendo esta circunstancia un obstáculo para la validez del derecho de garantía y también puede ser un crédito con término suspensivo o con condición suspensiva.

Advirtamos, además, que el crédito garantizado puede ser una cantidad variable. Así como determinados incrementos de la prenda aumentan automáticamente la garantía, determinados incrementos del crédito quedan automáticamente cubiertos por el derecho de prenda (los intereses *legales*, gastos hechos en beneficio de la prenda, etc.). En cuanto a los intereses *contractuales* y la pena convencional, la situación se presta a controversia.²¹¹

En el año 239 d. de J. C., el emperador Gordiano²¹² decidió que una prenda se extendiera automáticamente a otras deudas, meramente quirografarias, del mismo deudor respecto del mismo acreedor. Efectivamente, sería incorrecto, por parte del deudor, reclamar que una persona, a quien ha liquidado una deuda pero a la que todavía debe otras cantidades, le

²¹⁰ GAYO, 3. 11. 9^o: para el concepto de "obligación natural", véase pág. 311.

²¹¹ Véase la respectiva literatura en DERNBURG-SOKOLOWSKI, *op. cit.*, pág. 501.

²¹² C. 8. 26. 1, 2 y 3.

devolviera una prenda. Este *pignus gordianum* todavía subsiste en el derecho francés.

159. DEFECTOS DEL SISTEMA HIPOTECARIO ROMANO. El sistema romano nos muestra diversos defectos en materia hipotecaria, que explican por qué, en la práctica, el romano prefería a la garantía real la garantía personal (fianza, correalidad pasiva, *mandatum pecuniae credendae*).²¹³ A causa de que el romano típico hacía gala de exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones, el acreedor, al escoger con algún cuidado a sus fiadores, obtenía de la garantía personal una mejor protección de sus intereses. Esta situación tenía una ventaja social: el campesino mediterráneo tenía que acostumbrarse a trabajar con sus propios medios; no podía apoyarse excesivamente en préstamos, sobrecargando sus tierras con hipotecas. Precisamente en el siglo pasado hemos visto a qué situaciones peligrosas puede llevar el crédito hipotecario en caso de una baja de los precios agrícolas, como la que resultó de la gran crisis agraria, después de 1880.

Por otra parte, la mala organización del crédito hipotecario implicaba también sus peligros para la economía y la estructura social del imperio. La hipoteca nunca se convirtió en una inversión fácil y segura para los capitalistas. Estos, por tanto, tendían a invertir sus fondos directamente en inmuebles, para lo cual aprovechaban cualquier oportunidad en que algún campesino estuviera en apuros. De este modo, un campesino metido en dificultades —por la imposibilidad de obtener crédito hipotecario— tenía tanta necesidad de vender sus tierras, como el capitalista deseoso de invertir su dinero en bienes raíces. Así la defectuosa organización del crédito hipotecario contribuyó al latifundismo del Bajo Imperio, el cual —en combinación con la burocracia y la dictadura fiscal— caracteriza la decadencia social y económica del antiguo mundo mediterráneo.

Importantes defectos del sistema hipotecario romano fueron:

1. La falta de publicidad.

Es sorprendente que los romanos, tan aptos para copiar, no hayan imitado el catastro de Grecia o de Egipto. Esta clandestinidad se prestaba a fraudes, y la sanción penal contra los respectivos actos deshonorosos —castigo por *stellionatus*— era sólo un sustituto represivo de un preventivo registro público de hipotecas, que es la solución moderna.

2. Este inconveniente de la clandestinidad fue mayor todavía cuando el legislador creó toda clase de hipotecas legales tácitas. En el derecho moderno, el artículo 2919 del Código Civil prohíbe, afortunadamente, tales hipotecas tácitas. Aun en los casos en que el derecho moderno protege los mismos intereses amparados en el derecho romano por tales hipotecas legales y tácitas, en la actualidad las respectivas hipotecas "necesarias" son expresas y sujetas a registro.²¹⁴

²¹³ Para la explicación de estos conceptos, recórrase al índice alfabético.

²¹⁴ Cfr. art. 2935 del Código Civil.

3. Otro inconveniente del sistema romano radicó en la posibilidad de hipotecas generales, es decir, hipotecas que tuviesen por objeto todos los bienes y créditos del deudor. Ya en la fase clásica se podía pactar, especialmente, que bienes y créditos *futuros* entrarían en el objeto de tales hipotecas generales,²¹⁵ y Justiniano da un paso más hacia la inseguridad jurídica cuando declara que —salvo pacto en contrario— los bienes y créditos futuros entrarían *automáticamente* en la garantía hipotecaria. Por fortuna, el moderno derecho mexicano ya no permite tales hipotecas generales, que proporcionaban un suelo fértil en sorpresas desagradables por parte de compradores de buena fe, y que, frecuentemente, provocaban litigios.²¹⁶

4. Otro inconveniente consistió en la defectuosa organización de la venta. Si no había un pacto especial a este respecto, podía efectuarse sin publicidad, y si el acreedor perjudicaba dolosamente al deudor, vendiendo el bien hipotecado a un amigo, por una fracción de su valor comercial, el deudor no tenía más recurso que una acción personal contra el acreedor y no una acción real para recuperar la cosa. Además, en tal caso, le incumbía al deudor perjudicado la carga de la prueba.

160. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. La hipoteca y la prenda se constituían por los siguientes medios:

a) Por convenio, después del cual la entrega era esencial, en caso de la prenda; o por *deductio* convenida (véase párrafo 144, punto 7).

b) Por testamento (como legado, el testador podía dar un derecho de prenda o hipoteca al acreedor, pero en caso de prenda este derecho no se perfeccionaba sino mediante la entrega, ordenada por el testador).

c) La hipoteca podía nacer directamente de la ley, como en el caso de los ya mencionados derechos hipotecarios a favor del pupilo, de la esposa, del legatario para garantizar el cumplimiento del heredero, la hipoteca automática a favor de la persona que prestara dinero para una construcción²¹⁷ y más casos parecidos de *hypothecae tacitae*.

d) La hipoteca podía constituirse por sentencia judicial, en caso de la división de una cosa común.

e) La prenda podía surgir por intervención pretoria, como en caso de *missiones in possessionem* —medidas para ejercer presión sobre una persona que no colabora con la administración de la justicia— o en forma del *pignus iudicati causa captum*, especie de embargo que procedía cuando alguna persona no cumplía con una sentencia.

f) En tiempos preclásicos existía, además, la *legis actio* de la *pignoris capio*, por la cual el acreedor, en presencia de testigos y pronunciando ciertas fórmulas tradicionales, podía tomar posesión de determinados bienes del deudor. Sabemos muy poco de esta forma intermedia entre la

justicia por propia mano y la justicia fundada en intervención oficial. Procedía sólo en relación con algunas deudas fiscales, militares o sagradas, y no exigía la intervención de autoridad alguna. Para el caso de un uso injustificado de esta *legis actio* debe haber existido un procedimiento de impugnación.

La hipoteca y el derecho de prenda se extinguen por las siguientes causas:

a) Por el pago de la deuda garantizada.²¹⁸ Sin embargo, el pago parcial no extingue parcialmente el derecho de garantía,²¹⁹ ya que los derechos de prenda e hipoteca son indivisibles. Si el objeto de estos derechos se divide, no se fraccionan los mismos derechos reales de garantía y, por el contrario, si de la deuda en cuestión se liquida una parte, todo el derecho de prenda o hipoteca subsiste en garantía del saldo de la deuda.

Recordemos además que en el derecho romano —no en el mexicano—, el derecho real de garantía puede sobrevivir a la extinción de la deuda garantizada, en caso del *pignus gordianum*, que acabamos de mencionar.

b) Por renuncia,²²⁰ la cual no implica la renuncia al crédito mismo.

c) Por pérdida del bien hipotecado o de la prenda, en cuyo caso la deuda garantizada conserva, desde luego, su validez.

d) Por venta del bien hipotecado o de la prenda, en ejercicio del *ius vendendi* del acreedor,²²¹ aun cuando el producto de la venta no alcanzara el importe necesario para satisfacer al acreedor o los acreedores hipotecarios de rango inferior.²²²

e) Por confusión.²²³ Si el deudor, empero, llegaba a ser heredero del titular de una primera hipoteca, la extinción de esta hipoteca por confusión no implicaba que el titular de una eventual segunda hipoteca mejorara su rango. En este supuesto especial, el derecho romano comenzaba a aceptar la regla moderna de que la extinción de una hipoteca no mejora el rango de las demás. Por tanto, en caso de venta judicial de un bien hipotecado, cuya primera hipoteca se hubiera extinguido por confusión entre acreedor y heredero-deudor, el valor de la primera hipoteca se entregaba al deudor, y sólo si el producto era suficiente, el titular de la segunda hipoteca obtendría satisfacción.

f) Por prescripción extintiva. Si el acreedor omite el ejercicio de la acción hipotecaria, durante cuarenta años a partir del primer momento en que esta acción hubiera podido ejercerse, pierde sus derechos hipotecarios.²²⁴

161. EL DERECHO DE RETENCIÓN. ¿No sería el derecho de retención,

²¹⁸ Cfr. art. 2891 del Código Civil.

²¹⁹ Cfr. art. 2890 y 2911 del Código Civil.

²²⁰ D. 13. 7. 9. 3; cfr. art. 2941-VI del Código Civil.

²²¹ C. 8. 27. 15.

²²² Cfr. art. 2941-V y 2325 del Código Civil.

²²³ D. 50. 17. 45 pr.

²²⁴ Cfr. art. 2941-VII del Código Civil.

²¹⁵ D. 20. 1. 15. 1.

²¹⁶ Cfr. art. 2895 del Código Civil.

²¹⁷ D. 42. 5. 24. 1.

que encontramos, en forma dispersa, a través de las citas del *Corpus iuris*, otro derecho real de garantía, al lado de la prenda e hipoteca?

Los diversos casos en que lo encontramos, se basan casi siempre en la siguiente situación: alguien tiene en su poder un objeto que debe entregar a otra persona; pero ésta le debe, a su vez, cierta cantidad de dinero en relación con el objeto de que se trata, principio de conexión, que es fundamental en esta materia. Por ejemplo, un poseedor de buena fe debe entregar un objeto a su propietario, pero tiene a su vez un crédito contra éste por las *impensae necessariae et utiles*.²²⁵

Este derecho de retención no implica, empero, el "droit de suite" que daba a la prenda su carácter "real". Una vez perdido el poder físico sobre el objeto, el retenedor no podía volver a reclamarlo, contrariamente a lo que sucede en caso de una prenda.

Otra diferencia. Aunque el acreedor prendario romano podía vender la prenda, sin necesidad de obtener una autorización judicial, el retenedor romano no podía vender el objeto retenido.²²⁶

En el derecho romano, el retenedor tenía solamente un "derecho de molestar". Por ejemplo, podía decir: "Mientras no me pagues esta cuenta de cien sestercios, retengo un objeto tuyo que vale mil". En relación con el objeto, tenía también la facultad de frenar y suspender, mediante excepciones, reclamaciones dirigidas por el propietario del objeto contra el retenedor.

En el derecho moderno, la retención se mueve a veces en el sentido del derecho de prenda.²²⁷ Se considera el retenedor, en caso de quiebra, como privilegiado, dándole una situación favorable que en el derecho romano probablemente no tenía. Sin embargo, aun en el derecho actual, al retenedor le falta el "droit de suite", la oponibilidad a terceros, de manera que no debemos clasificar la retención al lado de la prenda, como un derecho real de garantía.

162. LAS ACCIONES REALES. Terminando la materia de los derechos reales, conviene hacer una lista de las principales acciones reales que hemos encontrado, conectando así este capítulo con el cuarto.

I. Como acciones reales civiles deben mencionarse:

1. *Actio reivindicatoria*, que ejercitaba el propietario quiritarario de una cosa contra el poseedor o el detentador de la misma, contra el que por dolo dejara de poseerla o contra el que fingiera ser poseedor o detentador.

2. *Actio confessoria*, que ejercitaba el titular de una servidumbre contra el propietario del bien gravado con ella, para hacer reconocer su derecho.

²²⁵ Otro buen ejemplo en D. 13. 7. 8. 1.

²²⁶ Por la necesaria intervención judicial en la venta de una prenda, dentro del derecho moderno, esta diferencia entre prenda y retención ya no vale.

²²⁷ Art. 264 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

3. *Actio rescissoria*, por la cual el actor pedía la anulación de la prescripción obtenida por terceros en relación con bienes del actor, durante la ausencia de éste, en virtud de una función oficial (es decir, obtenida en contravención de la suspensión de la usucapio, prevista en tales casos).

4. *Actio negatoria*, que ejercitaba el propietario quiritarario de un fundo contra la persona que se arrogaba una servidumbre sobre éste.

Dos acciones reales civiles más, que llegaremos a conocer en el último capítulo, son la *petitio haereditatis*, y la *querela inofficiosi testamenti*.

II. Como acciones reales honorarias hemos encontrado:

1. *Actio publiciana*. Esta se relacionaba con la propiedad bonitaria, como la *reivindicatio* con la quiritaria. Es ficticia, ya que el juez quedaba obligado a suponer que ya había transcurrido el plazo necesario para convertir la propiedad bonitaria, por *usucapio*, en quiritaria.

2. *Actio serviana* y *quasi serviana* (hipotecaria). Estas se ejercitaban por el acreedor hipotecario en caso de incumplimiento del deudor y se dirigían contra cualquier poseedor, detentador o propietario del bien hipotecado, el cual debía entregarlo al acreedor, quien procedía luego según lo convenido en el *pactum de vendendo* o el *pactum commissorium*.

CAPITULO VII
(PRIMERA PARTE)

LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

163. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES. Conviene recordar aquí lo que hemos dicho sobre la sistemática del derecho romano,¹ llamando la atención sobre el hecho de que la división establecida por Gayo entre el *ius quod ad personas pertinet* (derecho perteneciente a las personas) y el *ius quod ad res pertinet* (derecho perteneciente a las cosas), que allí mencionamos, no equivale a la importante diferenciación entre derechos personales y reales.

El *ius quod ad res pertinet* de Gayo es derecho patrimonial en general y comprende derechos reales y personales. La distinción entre estos dos últimos conceptos nace, en cambio, en el derecho *procesal romano*, de la diferencia entre acciones reales y acciones personales.

Por la *actio in rem*, uno reclama lo que le pertenece, mientras que por la *actio in personam* se exige lo que otra persona le debe. Aunque esta antítesis ha sido combatida por algunos juristas modernos, continúa siendo un rasgo fundamental de los sistemas jurídicos basados en el derecho romano, y no es posible enseñar, practicar o comprender nuestro derecho actual sin penetrarse del alcance de esta división.

El derecho real es un derecho, oponible a cualquier tercero, que permite a su titular el goce de una cosa, sea en la forma máxima que conoce el orden jurídico (propiedad), sea en alguna forma limitada, como en el caso de los derechos reales sobre cosas ajenas. Es característico de estos derechos ser oponibles a todos, razón por la cual la dogmática moderna los considera como relaciones jurídicas en las que todos los habitantes del planeta, con excepción del titular del derecho, figuran como sujetos pasivos.

El derecho *personal*, en cambio, permite a su titular reclamar de determinada persona la prestación de un hecho —positivo o negativo— que puede consistir en un *dare* (trasmitir el dominio sobre algo), *facere* (realizar un acto con efectos inmediatos) o *praestare* (realizar un acto sin inmediatas consecuencias visibles, como cuando se garantiza una deuda ajena o cuando uno se hace responsable de cuidar de un objeto o se declara dispuesto a posponer el cobro de un crédito).² A estos conceptos podríamos añadir los de *non facere* y de *pati* (tolerar).

¹ Véase la pág. 15.

² La fórmula *dare, facere, praestare* contiene duplicaciones y vaguedades, ya que procede de una época en que el pensamiento jurídico aún no era tan preciso como en tiempos clásicos.

Estos derechos personales son correlativos a un deber individual por parte del deudor.

Ilustremos con un ejemplo la diferencia entre derechos reales y personales. Si *A* es propietario de un terreno, y mediante un *precarium* lo presta a *B*, y luego *B* vende este terreno a *C*, *A* tiene un derecho *real* sobre el terreno (propiedad de él) y puede reclamarlo con una acción real. En tal caso, *C* debe dar a *B* oportunidad de intervenir en el juicio correspondiente, para que después de perder el proceso, tenga un derecho personal de reclamar a *B* el valor que tuvo el terreno en el momento de la *evicción*.

Podríamos imaginarnos otro sistema jurídico, en que el legislador prefiriera proteger al tercero de buena fe (*C*) antes que al propietario (*A*), que ha cometido la imprudencia de prestar un terreno a una persona poco honrada. En tal sistema, se concedería a *C* un derecho *real* sobre el terreno, mientras que *A* debería contentarse con un derecho *personal* contra *B*. Sobre todo, en caso de insolvencia de *B*, es de esencial importancia saber quién tiene el derecho *real* y quién sólo el derecho *personal*. El famoso problema de política legislativa de saber si debemos proteger “la primera mano” o “la tercera mano”, en realidad consiste en resolver si la primera mano (*A*) recibe el derecho real sobre el objeto en cuestión, o, más bien, la tercera mano (*C*).

Como diferencia especial entre los derechos reales y personales, encontramos que aquéllos son oponibles a terceros, y éstos no. Consecuencia de esta diferencia fundamental es que cualquiera puede violar un derecho real ajeno, mientras que sólo el deudor mismo puede violar un derecho personal del acreedor.

Otra consecuencia consiste en que un derecho real es eficaz mientras *a)* exista su objeto, *b)* el objeto sea localizable y *c)* no lo haya adquirido un tercero por prescripción adquisitiva.³ En cambio, el derecho personal es menos sólido, pues su eficacia depende de la solvencia del deudor.⁴

Con frecuencia se oye hablar de otra supuesta diferencia entre derechos reales y personales: los derechos personales producen satisfacción a sus titulares de una manera que provoca su *extinción*, mientras que los derechos reales tienen una existencia que en principio es ilimitada en el tiempo, de manera que la satisfacción que otorgan a sus titulares no va en perjuicio de la misma existencia de estos derechos. Sin embargo, este principio tiene tantas excepciones, que embrolla nuestro tema más que aclararlo. Recuérdese que el derecho real por excelencia, la propiedad, puede dar satisfacción por *uti*, por *frui*, pero también por *abuti* (que no significa *abusar*, sino *disponer de*), y que una forma de *abuti* es el consumo, en cuyo

³ El derecho moderno añade, en los arts. 799 y 800 del Código Civil, una restricción más a la eficacia de los derechos reales; estas disposiciones tienden a la protección de la tercera mano.

⁴ Cfr. las expresiones: “la mejor defensa es la insolvencia”, “no se pueden obtener plumas de una rana” y la expresión norteamericana de hacerse “judgement-proof” por insolvencia.

caso la satisfacción que obtiene el titular del derecho provoca la extinción del derecho mismo. Recuérdese también que varios *iura in re aliena* son esencialmente limitados en el tiempo (usufructo, uso, habitación y algunos más).

Esta distinción entre derechos reales y personales se complica, además, por lo siguiente: la obligación es una figura que mira al porvenir, de manera que la persona facultada por ella es siempre un *creditor*, o sea, alguien que tiene confianza (*credere*) en algún beneficio futuro. Si esta confianza se halla objetivamente justificada, el derecho del *creditor* tiene un valor pecuniario, es un bien, una cosa incorporal, como ya reconoce Gayo, sobre la que el acreedor tiene un derecho de propiedad. Es una cosa que puede, por ejemplo, traspasarse a terceros, mediante una cesión. Por tanto, el derecho del acreedor frente al deudor es de carácter *personal*; pero sobre este derecho el acreedor tiene un derecho *real*, de propiedad, que, a su vez, puede servir de base a otros derechos reales, por ejemplo, de garantía (como cuando se da algún crédito en prenda). Una vez más encontramos la posibilidad de construir estructuras o "castillos" de derechos.

Otra circunstancia que complica la tarea de separar netamente los derechos reales respecto de los personales es el hecho de que éstos penetran toda la vida jurídica, incluso el campo de los derechos reales, como el agua una esponja. En la exposición del tema de los derechos reales, hemos encontrado a cada paso deberes personales (el deber del propietario de no molestar al vecino con humo o infiltraciones de humedad, el deber de tolerar que tiene el propietario de un fundo sirviente, el deber por parte del usufructuario de dar una fianza, etc.). Otra complicación más consiste en la existencia de *obligationes propter rem* (D. 7. 1. 25. 2; véase pág. 283), y el surgimiento de una zona gris entre derechos reales y personales, en la que se encuentra, en la actualidad, la posición jurídica del arrendatario, en virtud del triunfo del principio (no romanista) de que "la compraventa no rompe el arrendamiento".

En este capítulo hablaremos de las obligaciones en general.⁵

A causa de la simetría con el capítulo de los "derechos reales", pudiera parecer más propio titular el presente capítulo *derechos personales*. Sin embargo, este título no hubiera sido correcto, pues el concepto de *derechos personales* es más estrecho que el de *obligaciones* y no correspondería en forma completa al temario de esta parte de nuestro libro. Como veremos, el derecho personal o *derecho de crédito* es sólo un aspecto —el activo— de la relación jurídica que calificamos como *obligación*. El otro aspecto es el pasivo —el deber jurídico—, que también da lugar a problemas especiales que expondremos en las próximas páginas.

⁵ Aunque existen instituciones obligacionales, elaboradas por los ediles en relación con litigios entre comerciantes, y no por los pretores (por ejemplo, la *actio quanto minoris* y la *actio redhibitoria*), los romanos no crearon un especial derecho mercantil.

La *teoría general de las obligaciones*, de que nos ocuparemos ahora, no es una creación directa de los clásicos o de los bizantinos, sino más bien un producto de la reinterpretación sistemática del *Corpus iuris*, que hicieron los pandectistas alemanes del siglo pasado. Sin embargo, hemos tratado de evitar el defecto de la pandectística, reintroduciendo en la presente exposición la perspectiva histórica que allí se descuidó en forma consciente y voluntaria.

164. EL CONCEPTO DE OBLIGATIO. Aunque el *Corpus iuris* no define el derecho real, las *Instituciones* de Justiniano sí definen la obligación como el *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*.⁶ La descripción de la obligación como *vínculo jurídico* es acertada. Además es interesante la referencia a los *iura nostrae civitatis*, que sugiere que toda obligación es una relación, cuando menos triangular, entre un acreedor, un deudor y una comunidad política que por su sistema legal sanciona el *vinculum iuris* en cuestión. Para interpretar debidamente el resto de esta definición, quizá formulada por Papiniano,⁷ debemos mencionar que *solvere* no es únicamente *pagar dinero* sino *cumplir* en general. La siguiente observación de Paulo, indudablemente interpolada, también es apreciable: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.⁸ Esta famosa frase ilustra correctamente el carácter de los derechos personales; su sustancia no consiste en proporcionarnos el dominio sobre algún bien o una servidumbre, sino en que otro quede constreñido a darnos algo o a hacer algo o a *praestare*.⁹

Combinando lo anterior, podemos definir la obligación como un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más (sujeto activo o sujetos activos) están facultadas para exigir de otra, u otras, cierto comportamiento positivo o negativo (*dare, facere, praestare, non facere, pati*), mientras que el sujeto o los sujetos pasivos tienen el deber jurídico de observar este comportamiento, deber sancionado mediante una acción personal.

Los elementos de la obligación son, por tanto, uno o más sujetos activos (*creditores, rei credendi*), uno o más sujetos pasivos (*debitores, rei debendi*) y un objeto, que según Paulo, debe consistir en un *dare, facere* o *praestare*, a lo cual ya hemos añadido el *non facere* y el *pati*.

⁶ *Inst.*, 3. 13 pr.: "la obligación es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente, de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad política".

⁷ Véase D. 22. 1. 3 pr.

⁸ D. 44. 7. 3. "La esencia de las obligaciones no consiste en que nos entreguen alguna cosa en propiedad, o que nos conviertan en titulares de alguna servidumbre, sino que consiste en que constriñan a otra persona, en relación con nosotros, para que nos entregue algo, o haga algo, o responda de algo."

⁹ Para el concepto de *praestare*, véase la página 304.

Observemos que el objeto de la obligación no es el bien material a que ésta pueda referirse, sino un comportamiento que, a su vez, eventualmente, se refiere a un bien material. Si me obligo a entregar una vaca, el objeto de la obligación no es, por tanto, la vaca, sino el *dare* al cual estoy constreñido, y el acreedor no tiene un *ius in re*, que sería un derecho real, sino un *ius ad rem*, un derecho personal a que el deudor le entregue un bien determinado. Desgraciadamente, el lenguaje jurídico cotidiano no siempre se sujeta a una correcta terminología, y con frecuencia se designa como objeto de una obligación el bien material a que se refiere el acto que el deudor debe realizar.¹⁰

Otro ejemplo de nuestra falta de precisión en la terminología es el siguiente. Desde la época romana encontramos utilizada la palabra *obligación* en el sentido de *deber jurídico*, pero también empleada para el *hecho de obligarse*, para designar el *vínculo jurídico* entre sujeto activo y sujeto pasivo, e inclusive en el sentido del *derecho del sujeto activo* (como en la expresión *obligationem adquirere*). Es más correcto, en el primer caso, hablar de *deber*,¹¹ referirse, en el segundo, a la fuente concreta de la obligación en cuestión, y decir, según el caso, *celebración del contrato*, *comisión del delito*, etc., y utilizar, en el cuarto caso, el término *derecho de crédito* o, simplemente, *crédito*. Sólo en el tercer caso deberíamos utilizar el término *obligación*.

Notemos aquí de paso que en nuestra materia el término *deuda* no se refiere necesariamente a deudas en dinero, sino que equivale a *deber* en general, de la misma manera que *pagar* y *pago* (*solvere* y *solutio*) significan *cumplir con un deber* y *cumplimiento*, como ya hemos señalado.

165. HISTORIA Y ETIMOLOGÍA DE LA OBLIGACIÓN. Según la teoría de Bonfante, la obligación romana nació —en tiempos arcaicos— dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir, a favor de la víctima o de su familia, un *derecho de venganza* —eventualmente limitado por el principio del talión—, el cual, mediante una “composición”, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba *ob-ligatus*, o sea, “atado” en la *domus* de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una “atadura” en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos.

También en otros sistemas jurídicos, este origen delictual de las obligaciones es probable; en alemán, por ejemplo, la palabra “Schuld” significa, aún en la actualidad, simultáneamente “deuda” y “culpa”.

¹⁰ Cfr. art. 1824 del Código Civil. Algunos autores distinguen entre el objeto directo de la obligación (*dare, facere* o *praestare*), y el objeto indirecto, o sea, la cosa a que se refiere aquel *dare, facere* o *praestare*. En la compraventa de una vaca, la entrega de ella (un acto de *dare*) es entonces el objeto directo; y la vaca, el objeto indirecto.

¹¹ Etimológicamente, el verbo *debere* es derivado de *de-habere*; por lo tanto, es lo opuesto de *habere*, tener; es un *tener* en sentido negativo.

Luego, al irse desarrollando la comunidad con el aumento de los contactos económicos entre las *domus*, se presentaba, a veces, la necesidad de que un *paterfamilias* prestara valores a otro; en tal caso, el acreedor quería tener una garantía y así esta “atadura” se trasladaba del campo delictual al incipiente derecho privado.

Un miembro de la *domus* del deudor se ofrecía entonces al acreedor; éste pesaba, en presencia de cinco testigos y de un portabalanza, el bronce que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el *nexum* —o sea, el nudo, lo cual recuerda el acto de atar—,¹² y era, por tanto, un préstamo *per aes et libram*.

A fines del siglo pasado, los juristas alemanes (como Brinz) se inspiraron en lo anterior para distinguir en la obligación dos aspectos: el *debitum*, o sea, el deber de prestar (“Schuld”, deuda), y la *responsabilidad*, la “Haftung”, que proporciona al acreedor un medio de ejecución. En el caso que acabamos de ver, la “Schuld” está a cargo del deudor, pero la “Haftung”, a cargo del rehén. Esta distinción ha resultado muy útil en discusiones dogmáticas.

Según se fue intensificando la vida comercial, se simplificó el *nexum*: el deudor se ofrecía a sí mismo como responsable, pero el acreedor posponía la “atadura” hasta el momento del incumplimiento. Si el deudor no pagaba puntualmente, entonces seguía la *manus iniectio*, descrita en las XII Tablas. El acreedor se llevaba entonces al deudor a una cárcel privada, donde lo retenía durante sesenta días, mostrándolo tres veces en el mercado, para ver si alguien quería liberarlo, pagando la suma debida. Después de sesenta días, el acreedor podía vender al deudor como esclavo, fuera de Roma; también tenía el derecho de matarlo.

Pero, en el año 326 a. de J. C., este duro sistema fue severamente atacado por la *Lex Poetelia Papiria*, una victoria de los pobres sobre los ricos, en la cual se suprimió el encarcelamiento privado por deudas civiles, dejándolo subsistente, empero, para cuestiones surgidas a consecuencia de delitos privados. Desde entonces, en general, el deudor de un préstamo respondía con sus bienes, pero ya no con su libertad o su vida, principio consagrado por la Constitución Mexicana,¹³ pero no reconocido aún por todas las legislaciones civilizadas.¹⁴

166. CLASES DE OBLIGACIONES. Debemos distinguir las siguientes clases de obligaciones:

a) *Obligaciones unilaterales* y *obligaciones sinalagmáticas*. En la obligación unilateral, los deberes corren a cargo de una sola de las partes; un sujeto es plenamente deudor, el otro plenamente acreedor: *alius stipulatur, alius promittit*: el uno se hace prometer; el otro promete.

¹² También la palabra *contractus*, de *contrahere*, jalar, sugiere el acto de “jalar el nudo”.

¹³ Prohibición de prisión por deudas civiles, art. 17.

¹⁴ En Inglaterra se manda todavía frecuentemente a un deudor a la cárcel por incumplimiento del pago de deudas civiles.

En las obligaciones *sinalagmáticas*, ambas partes tienen deberes para con la otra parte (y también derechos); son *mutuae obligationes*.

Estas obligaciones bilaterales y los negocios, también bilaterales, de que nacen, son figuras de creación posterior a las unilaterales. Se ha podido comprobar que diversos negocios típicamente bilaterales, como la compraventa, tenía en el derecho de los primeros siglos republicanos la forma de negocios unilaterales recíprocos (en el caso de la compraventa, por tanto, una combinación de *stipulationes* del comprador y *stipulationes* del vendedor). Este hecho no es sorprendente y corresponde al afán de sencillez que encontramos en el derecho preclásico: "cada negocio produce una sola obligación y cada obligación comprende un solo deber".

Como forma especial de los negocios bilaterales, podemos mencionar los negocios claudicantes.¹⁵

Además existen obligaciones *sinalagmáticas imperfectas* (u obligaciones *eventualmente sinalagmáticas*),¹⁶ que *normalmente* producen deberes para una sola parte, pero en caso de determinadas eventualidades, también pueden dar origen al nacimiento de deberes para la otra parte. Los deberes que por lo corriente nacen, son reclamados por el acreedor mediante una *actio directa*; los eventuales, mediante una *actio contraria*. Como ejemplo de esta categoría de obligaciones mencionaremos el préstamo de uso. Normalmente, crea deberes al comodatario, quien debe cuidar del objeto y devolverlo; pero, excepcionalmente, crea deberes al comodante, quien debe reembolsar los gastos necesarios para la conservación del objeto, si el comodatario hubiere hechos tales gastos.

Estrictamente hablando, todos los negocios unilaterales son, en realidad, *eventualmente sinalagmáticos*; no existen negocios unilaterales puros. Aun en el negocio unilateral por excelencia, o sea, el mutuo (préstamo de consumo) en que el mutuante tiene únicamente un derecho (el de reclamar el pago) y el mutuario únicamente un deber (el de reembolsar el dinero), podría ocurrir, excepcionalmente, que naciera un deber para el mutuante. Tal sería el caso, si éste hubiera entregado monedas falsas, por cuya circunstancia el mutuario hubiera incurrido en daños y perjuicios. Sin embargo, la clasificación tradicional en obligaciones unilaterales, eventualmente *sinalagmáticas* y bilaterales no tiene en cuenta casos tan anormales e insólitos.

Otra forma intermedia entre obligaciones unilaterales y bilaterales es la que contiene un deber unilateral, pero sujeto a una condición potestativa a cargo del acreedor, por ejemplo, la obligación que nazca de la estipulación siguiente: "¿Prometes darme mil sestercios, si la semana entrante yo te entrego el caballo Hércules?" — "¡Prometo!"

b) *Obligaciones "stricti iuris"* y *obligaciones "bonae fidei"*. En caso de una obligación *stricti iuris*, el sujeto pasivo está obligado únicamente a

¹⁵ Véase pág. 319.

¹⁶ Esta terminología es ajena al *Corpus iuris*.

lo estrictamente pactado, sin que el sentido común o la equidad puedan agravar o atenuar el contenido de su deber. En caso de una obligación *bonae fidei*, el deber del sujeto pasivo debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso, de las prácticas comerciales y de la intención de los contratantes. Como consecuencia de lo anterior surgen, por primera vez en el campo de las obligaciones *bonae fidei*, figuras como la compensación, la culpa, el dolo por omisión y el derecho del juez a fijar soberanamente los daños y perjuicios.

Las obligaciones nacidas de contratos unilaterales eran *stricti iuris*; las que provenían de contratos bilaterales eran *bonae fidei*.

Las obligaciones *stricti iuris* son, desde luego las más antiguas. Se relacionan con el primitivo culto de la palabra, probablemente a consecuencia de la íntima relación existente entre el derecho arcaico y la magia. Como dice Jhering, en una historia del derecho podríamos poner como lema del primer capítulo: "en el principio fue la palabra".¹⁷ Por este motivo, la interpretación gramatical es siempre más antigua que la interpretación lógica.

El auge de las obligaciones *bonae fidei*, desde los últimos siglos de la república, se debe al creciente contacto con los derechos del avanzado mundo helenístico y a la mayor frecuencia de contratos en los que participaban extranjeros (generalmente excluidos de los severos ritos, requeridos por los contratos romanos arcaicos, de los que nacían obligaciones *stricti iuris*).

En el derecho civil moderno, las obligaciones son todas *bonae fidei*.¹⁸

Debemos reconocer que las obligaciones *stricti iuris* ofrecían una ventaja: la de proporcionar a los contratantes un baluarte contra sorpresas nacidas del capricho o de la sabiduría judiciales; pero, en la actualidad, se prefiere combatir, cuando menos, el capricho o el error judiciales, mediante un buen sistema de recursos, mejor que con ayuda de interpretaciones estrictamente literales. Sin embargo, en el derecho mercantil, siempre más orientado hacia la seguridad jurídica y la rapidez de procedimientos que hacia la equidad, subsisten todavía obligaciones, como la cambiaria, que, por su rigor, recuerdan la antigua *obligatio stricti iuris*.

c) *Obligaciones abstractas* y *obligaciones causales*. Las primeras establecen deberes sin referencia alguna al *origen* de las mismas; surgen en el mundo del *ius strictum*, y es precisamente de esta rama de los negocios *stricti iuris* de donde se deriva la precitada obligación cambiaria.

A diferencia de esto, las obligaciones resultantes de negocios causales eran interpretadas a la luz de las circunstancias especiales que acompañaban el nacimiento de las mismas.

d) *Obligaciones civiles* y *obligaciones naturales*. La obligación civil proporciona al acreedor posibilidad de acción, en caso de incumplimiento del deudor. La obligación natural, por el contrario, no crea un derecho

¹⁷ *Espritu*, II. 2. 441.

¹⁸ Art. 1796 del Código Civil, segunda frase.

procesalmente eficaz. Si el deudor no cumple, el acreedor no encontrará acción alguna a su disposición para forzarle a cumplir o a entregar el equivalente monetario del objeto de la obligación, más daños y perjuicios.

A pesar de esta característica, la obligación natural es de índole jurídica, y no únicamente de carácter moral, lo cual se manifiesta en lo siguiente:

1. Su cumplimiento no recibe el trato jurídico de las donaciones ni da lugar a la *condictio indebiti* (o sea, acción personal para recuperar lo que el actor hubiera pagado indebidamente: véase párr. 229). No se trata de un pago que —jurídicamente hablando— pueda considerarse “indebido”. Aun cuando posteriormente resultara que el deudor dijese no haber conocido el carácter natural de su deuda, y que, de haberlo conocido, no habría pagado, no se le permitiría el ejercicio de la *condictio indebiti* para recuperar su pago: el acreedor goza de la *retentio soluti*, o sea, del derecho de poder guardar lo pagado.

2. Puede servir de fundamento a negocios accesorios, como son la fianza, prenda e hipoteca.

3. Puede ser novada. Es decir, su contenido puede ser traspasado a una nueva obligación, cambiándose al mismo tiempo un elemento de la obligación original; la nueva que surge puede ser civil.

4. Antes de repartir la herencia de un *paterfamilias*, debe tenerse en cuenta qué obligaciones naturales existían entre el difunto y los herederos, sometidos anteriormente a su patria potestad.

5. En caso del concurso de un peculio, las deudas de éste para con el *paterfamilias* —aunque deudas naturales— son tomadas en cuenta (Gayo, IV. 73).

6. La obligación natural puede compensarse, en algunos casos, con una obligación civil, cuando menos en la época postclásica.

No se piense, empero, que todas las obligaciones naturales tuvieron exactamente los mismos efectos. Aunque las obligaciones naturales nacen casi siempre de una misma causa, o sea, el retraso de la legislación positiva con respecto a la conciencia jurídica del momento (M. Lubán), las diversas categorías de obligaciones naturales correspondían a distintas necesidades sociales y tenían diferentes consecuencias. Probablemente, el emperador Justiniano, en su afán de unificar y simplificar, puso mediante interpolación la etiqueta general de *obligatio naturalis* a varias situaciones semejantes que encontró en la jurisprudencia clásica, sugiriendo una uniformidad que en realidad no existía.

Estas obligaciones naturales se encuentran:

1. En el caso de relaciones entre sujetos sometidos a un mismo *paterfamilias*, salvo cuando se trata de los *peculios* sustraídos al dominio de éste (*castrense, cuasicastrense, bona adventicia*).

2. En caso de deudas contraídas por un impúber sin la autorización de su tutor (D. 46. 1. 2).

3. En el caso de préstamos concedidos en contravención del *senadoconsulto Macedoniano*, que prohibía conceder préstamos a *filiifamilias*.

4. En caso de deudas extinguidas civilmente por el efecto novatorio de la *litis contestatio*.

5. En caso de deudas extinguidas civilmente por recurrir el acreedor a la violencia en sus intentos de cobrar (D. 12. 6. 19 pr.).

6. En el caso de deudas extinguidas civilmente por una sentencia injusta.¹⁹

En este punto, conviene tener en cuenta la siguiente observación: el contenido de D.12.6.60 es desacertado. Imaginémos el siguiente caso: *A* debe algo a *B*; *B* lo demanda, pero pierde el proceso por una sentencia injusta que no impugna a tiempo. Luego, por otra situación jurídica, *B* debe a *A*. *A* lo demanda y se encuentra con que *B* le opone la excepción de compensación, alegando la existencia de un crédito natural originado por la sentencia injusta. El juez del segundo proceso deberá, en tal caso, determinar si la primera sentencia ha sido injusta o no. ¿Dónde queda entonces el efecto de la cosa juzgada?

D. 20. 6. 13 ofrece un resultado incompatible con el de esta curiosa cita, D. 12. 6. 60. ¡Otra de las contradicciones dentro del *Corpus iuris*!

7. En caso de deudas extinguidas civilmente por prescripción.

8. Hay argumentos que indican que, posiblemente, el negocio celebrado sin la debida forma, el *pacto nudo*, producía una obligación natural como en el caso de pactos informales de pagar réditos, en los cuales el acreedor no recibe una acción para reclamar los intereses, pero tampoco está obligado a devolver los intereses pagados espontáneamente.

Las fuentes mencionan algunos casos más, pero en una forma que ha dado lugar a dudas y a discusiones.

En el moderno derecho mexicano, la obligación natural es rara; el único caso expreso es el del artículo 1894 del Código Civil: deudas prescritas y morales (como alimentos dados a un hijo natural, no reconocido, el pago de una deuda voluntariamente revaluada después de una devaluación, etc.) y la principal consecuencia jurídica es la *retentio soluti*. Además, los acreedores civiles deben tener la preferencia sobre los naturales, pudiéndose oponer a que el deudor liquide primero a un acreedor natural en perjuicio de ellos: *nemo liberalis nisi liberatus*: nadie debe ser generoso, si no es libre (en el sentido de solvente).

e) Obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles. Las obligaciones indivisibles son:

1. Las que por la naturaleza de su objeto indirecto son indivisibles, o sea, las obligaciones en las que la división del objeto indirecto haría perder, parcial o totalmente, a éste su valor.

Son generalmente indivisibles las obligaciones de *facere* o *non facere*, aunque esta regla no es absoluta (la obligación de cosechar diez hectáreas

¹⁹ D. 12. 6. 60.

de trigo es divisible); pero las obligaciones de *dare* pueden ser divisibles (por ejemplo, deudas de dinero) o indivisibles (si el objeto indirecto no puede dividirse sin pérdida de valor).

En caso de incumplimiento, casi toda obligación se convierte finalmente en pecuniaria, y llega, por tanto, a ser divisible.²⁰

2. Las que en virtud de una disposición especial del derecho positivo son indivisibles, como las servidumbres reales.

Si en una obligación hay un solo sujeto activo y un solo sujeto pasivo, esta clasificación no tiene gran importancia. En tal caso, aunque el objeto indirecto sea divisible, el acreedor puede negarse siempre a recibir sólo una parte y exigir que se le entregue todo o nada, reservándose el derecho de ejercer la acción correspondiente en caso de que el deudor no entregue nada. Pero, en el caso de la pluralidad de sujetos activos o pasivos, la presente división es importante. Si, por ejemplo, varios herederos que aceptan la herencia, asumen, como consecuencia de ésta, un deber indivisible, entonces el acreedor puede reclamar este deber en su totalidad de cualquiera de los herederos, y el heredero que cumpla, tendrá entonces el derecho de reclamar de cada uno de los coherederos el reembolso del valor proporcional de su cumplimiento. En cambio, si el deber heredado fuera divisible, el acreedor deberá reclamar de cada coheredero sólo una parte proporcional.

3. Las que por convenio especial o testamento han recibido el carácter de indivisibilidad.

f) *Obligaciones específicas y obligaciones genéricas.* En el primer caso, el deudor debe un objeto específicamente determinado (por ejemplo, el predio llamado "Rincón de Calpurnia"); en el segundo, un objeto sólo determinado en términos de cuantía y de género (por ejemplo, una tonelada de trigo). La importancia de esta clasificación se manifiesta, sobre todo, en caso de pérdida del objeto por fuerza mayor, antes de la entrega. Como regla general, en una obligación específica, el objeto se pierde para el acreedor; si se trata de una obligación genérica, se pierde para el deudor, ya que *genera non pereunt*.

En caso de deudas genéricas sin fijación de calidad, el derecho romano clásico inicial permitía que el deudor entregara mercancía de la peor calidad; pero en una fase posterior, el derecho clásico cambió su actitud al respecto²¹ y exige, como el derecho moderno,²² la entrega de una calidad cuando menos mediana.

Quedan por explicar todavía dos importantes clasificaciones: la que distingue las obligaciones correales de las obligaciones con un solo acreedor y un solo deudor; y la que distingue entre obligaciones conjuntivas,

²⁰ Aunque la cuestión es discutida, hay un claro apoyo para esta opinión en D. 45. 1. 72.

²¹ Compárese D. 17. 1. 52 con D. 30. 37 pr. y D. 80. 110.

²² Art. 2016 del Código Civil.

facultativas, alternativas o con un solo objeto. Estas divisiones tendrán, empero, su lugar más adecuado en los párrafos 170 y 181 respectivamente.

167. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Las fuentes de las obligaciones son los hechos jurídicos que dan origen a ellas (véase la pág. 381).

Gayo enseñaba todavía a mediados del siglo II, en sus *Instituciones*, que todas las obligaciones nacían de contratos o de delitos. Pero en el *Digesto*, al citarse de nuevo a Gayo, en relación con este tema, se le hace añadir —por interpolación— una nueva fuente de obligaciones, un poco nebulosa: *variae causarum figurae*²³ (diversas clases de causas).

Luego, Justiniano, con su veneración mística por el número cuatro, amplió una vez más la lista de las fuentes de las obligaciones, señalando cuatro: contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos.²⁴ Sin embargo, a lo largo del *Corpus iuris* encontramos varias citas que demuestran que, para los bizantinos, estas cuatro fuentes no agotaban la materia en cuestión. Mencionemos, como fuentes adicionales, la *pollicitatio* y el *votum* (ofertas hechas por justa causa a una ciudad o un templo). No caben en el concepto de contrato por faltar el consentimiento; ni tampoco en el concepto de cuasicontrato, ya que la autoridad municipal o sacerdotal estaba enterada de la *pollicitatio* o del *votum* en cuestión. Sin embargo, la falta de aceptación no impedía que de dichos actos jurídicos dichas autoridades derivaran luego derechos.

Nótese que esta *pollicitatio* antigua era un concepto más restringido que su derivado actual, o sea, la oferta hecha al público en general. La doctrina antigua nunca quiso reconocer la obligatoriedad de promesas unilaterales dirigidas a *personae incertae*. Sin embargo, la práctica romana utilizaba tales promesas que quizá sólo producían obligaciones naturales. Petronio²⁵ y Apuleyo²⁶ nos proporcionan ejemplos y Dernburg menciona el caso del collar de un esclavo con la inscripción: "He huido, ¡atrápame! Si me devuelves a mi dueño Zosino, recibirás un *solidum* en recompensa".

Además, nacían obligaciones de diversas situaciones, como son la vecindad (fuente de obligaciones desde las XII Tablas o antes), la paternidad (fuente de obligaciones mutuas entre padre e hijo desde fines de la época clásica), la tenencia de un testamento (fuente del deber de mostrarlo a cualquier interesado, deber sancionado por el *interdictum de tabulis exhibendis*), etc. En estos casos, la obligación nacía sin intervenir la voluntad del sujeto pasivo y sin que hubiera, por parte del sujeto activo, ningún acto deliberadamente orientado al nacimiento de una obligación. Como dicen algunos autores —e inclusive legisladores— modernos: las

²³ D. 44. 7. 1. 4/5. Estrictamente hablando, no se trata de una interpolación Justiniana, sino de una modificación prejustiniana de un texto clásico. Parece que todo el *Libro de Oro*, de GAYO, citado aquí, no es más que una revisión postclásica de las famosas *Instituciones* de GAYO.

²⁴ *Inst.* III. 13. 2.

²⁵ *Sat.* G. 97.

²⁶ *Met.* VI.

obligaciones en cuestión nacen "directamente de la ley, sin necesidad de intervención humana", formulación criticable, ya que la ley es una cosa inerte, que necesita una intervención humana para surtir sus efectos; la intención de esta fórmula, empero, es clara.

Por último, mencionaremos, como fuente adicional de obligaciones, la sentencia. Sobre todo cuando era equivocada, podía dar origen a nuevos deberes por parte del vencido en el juicio.

En cuanto a las cuatro fuentes justinianeas, notemos lo siguiente:

1. El contrato puede definirse como un acuerdo entre varias personas, que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles.

2. El delito es un hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley. Es un *hecho* jurídico, ya que produce un cambio en el mundo del derecho; pero no es un "acto jurídico", ya que el cambio que resulta (el deber del autor del delito de sufrir un castigo) no es precisamente el efecto deseado por el delincuente.

3. El cuasicontrato es una figura parecida al contrato por su licitud y sus consecuencias, pero en el cual no se encuentra el consentimiento entre los sujetos como elemento constitutivo, lo cual separa los cuasicontratos de los contratos. Los ejemplos más conocidos son: la gestión de negocios (sin consentimiento del beneficiario, ya que de lo contrario se trataría de un contrato: el mandato), el enriquecimiento ilegítimo, la comunidad incidental (relación entre coherederos, antes de la división de la herencia, por ejemplo), la relación entre heredero y legatario que nazca de la *aditio*, etcétera.

4. El cuasidelito es un acto ilícito, pero que el derecho romano no clasificaba entre los delitos. Produce una obligación entre el autor del acto y el perjudicado (en algunos casos, el denunciante).

La diferencia entre delitos y cuasidelitos no reside, como en la doctrina moderna, en la existencia o ausencia de la intención de causar un daño.²⁷ En el delito de la *Lex Aquilia*, como veremos, faltaba a menudo la intención, y, sin embargo, era "delito", mientras que el juez que dictaba dolosamente una sentencia injusta en el derecho romano cometía sólo un cuasidelito. Quizá, la diferencia entre ambas categorías era, para este derecho, la siguiente: cuando ya se había petrificado en la práctica jurídica la lista tradicional de los delitos privados, el espíritu de equidad que predomina en la época clásica provocaba la introducción de nuevas figuras dolosas o culpables que requerían una sanción. Estas figuras más modernas iban a formar una nueva categoría, la de los cuasidelitos.

No pensemos que estas cuatro fuentes producían resultado idéntico; la obligación romana tenía, por ejemplo, perfiles distintos, según que presentara un origen contractual o delictual. Así, el *paterfamilias* respondía de obligaciones contractuales, contraídas por sus esclavos sin su autorización

²⁷ Utilización no romanista de la terminología romana; el uso actual del término de cuasidelito se deriva quizá de POTHIER: véase *Traité des Obligations*, pág. 116.

especial, hasta por el importe del *peculio* o del enriquecimiento obtenido; en cambio, de las obligaciones delictuales de sus esclavos era responsable en forma total, pudiendo, empero, recurrir al abandono noxal.

Otra diferencia importante era la siguiente: mientras que los deberes contraídos por *contrato* pasaban íntegramente a los herederos, éstos sólo respondían de los deberes originados por el *delito* hasta el importe del enriquecimiento obtenido por el mismo (a no ser que la reclamación respectiva contra el *de cuius* hubiera llegado hasta la *litis contestatio*, en cuyo caso el deber del *de cuius*, en realidad, ya no tenía por fundamento el delito, sino el acto novatorio que es la *litis contestatio*: en este caso, los herederos respondían plenamente de la deuda respectiva).

168. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO. Entre las fuentes de las obligaciones sobresale, por su importancia, el contrato, es decir, el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económico-social del acto jurídico en cuestión (definición más perfecta que la provisional dada en el párrafo anterior).²⁸

No es que las partes mismas, fundándose en su "autonomía", reglamenten de manera total sus respectivas situaciones jurídicas. Lo normal es que determinen ciertos elementos variables, y que el derecho objetivo fije las demás consecuencias del contrato. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, las partes pueden determinar la casa de que se trata, la renta mensual, la duración del contrato y varios datos más, mientras que el derecho objetivo se encarga de reglamentar lo que las partes no mencionan (*ius dispositivum*). A veces, también el derecho objetivo pone un límite que las partes no pueden franquear con sus disposiciones contractuales (*ius taxativum* o *ius cogens*).

Los elementos esenciales de los contratos son cinco: sujetos, objeto, consentimiento, causa y forma. Cada uno de ellos puede dar lugar a particularidades especiales del contrato, y, en consecuencia, a rasgos peculiares de la obligación que nació del mismo. También veremos que cada elemento es susceptible de ciertos vicios, de ciertas enfermedades típicas, que pueden contagiar la obligación resultante del contrato en cuestión.

Determinados contratos, empero, recibieron del derecho clásico una exención especial del requisito de la forma (los contratos consensuales), y el derecho preclásico dio poca importancia a los requisitos del consentimiento y de la causa. Además, para ciertos contratos clásicos era necesario contar con algún elemento, no esencial para otros contratos (así, el precio era un elemento esencial de la compraventa). En vista de estas particularidades respecto de determinados tipos de contratos, se ha llegado a definir, para cada contrato, cuáles son los *essentialia negotii* sin los que el negocio no puede existir, cuáles los *naturalia negotii* que valen en una forma prefi-

²⁸ En el *Corpus iuris* no figura definición alguna de *contractus*; inclusive hallamos allí confusiones entre contrato y obligación (o sea, entre la causa y su efecto): D. 5. 1. 20.

jada por la ley, mientras las partes no los modifiquen *expressis verbis*, y cuáles los meros *accidentalia negotii*, que no valen si las partes no los incorporan expresamente a los contratos. Por ejemplo, puesto que la compraventa es una transmisión definitiva y onerosa de dominio, el precio es un *essentiale negotii*; en cambio, la obligación de responder de la evicción es una consecuencia normal, pero no íntimamente ligada a la función económico-social típica de la compraventa, de modo que el deber de saneamiento, un *naturale negotii*, se impone automáticamente al vendedor, siempre y cuando las partes no la excluyan expresamente; mientras que una condición suspensiva es sólo un *accidentale negotii*, por lo que las partes deben incorporar expresamente este elemento al texto del contrato, si quieren que tal condición valga.

¿En qué momento debe el contrato contar con todos sus elementos esenciales? ¿En el de su celebración! “¿De qué le sirve al cazador que quiere disparar, el haber tenido pólvora, o la perspectiva de tenerla más tarde?”, pregunta Jhering.²⁹ Del mismo modo que todo el efecto de la acción procesal se concentra —como hemos visto— en el momento de la *litis contestatio*, el negocio jurídico tiene, como momento central, el de su celebración.

Este principio figura dos veces en el importante título del *Digesto*, *De diversis regulis iuris antiqui*, D.50.17, en las citas números 29 y 210. Por tanto, si un contrato era celebrado por una persona incapaz, el hecho de que ésta, en el momento del vencimiento de la obligación contraída, tuviera capacidad, no bastaba para dar al negocio la validez que le faltó en su origen.

El principio nace de la mentalidad “puntiforme” de la antigua cultura jurídica, que Spengler ha descrito con brillantez y exageración;³⁰ una mentalidad que ya en la época preclásica tuvo que hacer algunas concesiones —en relación con el fenómeno de términos y condiciones— y que cedió terreno notablemente en la época postclásica. Durante ésta, se permitió, en muchos casos, que algunos elementos esenciales del negocio maduraran después de su celebración, típica manifestación del ya citado relajamiento postclásico de los antiguos y rigurosos principios.

Así, encontramos en el *Corpus iuris* casos en que resulta ser válida *a posteriori* la entrega en prenda de un objeto del cual el remitente no tenía la propiedad en el momento del acto, pero cuya propiedad adquirió antes del momento previsto para el pago de la deuda. Sin embargo, tales casos continuaron siendo excepciones: la regla fundamental fue, aun en tiempos bizantinos, que en el momento de la celebración del acto, todos los supuestos jurídicos debían estar completos y exentos de vicios.

²⁹ *Espiritu*, III. 159.

³⁰ *La decadencia de Occidente*, Madrid, 1943, especialmente III. 88 y siguientes.

169. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO. Por lo que hemos dicho de los contratos, es evidente que los sujetos son elementos indispensables: para un acuerdo se necesitan, cuando menos, dos personas. Como veremos más tarde, en el derecho romano existía el principio de que los sujetos del contrato eran también sujetos de las obligaciones resultantes. El derecho moderno admite algunas excepciones a este principio.

¿Qué vicios pueden afectar este elemento? Los relacionados con la *incapacidad* de los sujetos. Podemos decir que la capacidad es regla, mientras que la incapacidad es una excepción que requiere una norma expresa dentro del derecho positivo (cfr. art. 1798 C. C.).

La incapacidad podía ser general, vedando al sujeto la realización de cualquier negocio, como en caso de los infantes (personas *sui iuris* menores de siete años, que debían ser colocadas bajo tutela), pero también existían casos de incapacidad referida a determinadas categorías de negocios, o de negocios individualizados (como en el caso del juez, incapacitado para comprar un bien litigioso sobre cuya suerte tendría que decidir).

Menos grave era el caso de los *mente capti* y *furiosi sui iuris*, normalmente colocados bajo curatela; son capaces en momentos de lucidez, lo cual es contrario a la seguridad jurídica (el derecho moderno ha mejorado este sistema).³¹

Un caso de transición lo encontramos respecto de personas *sui iuris*, entre siete y doce años en las muchachas, o entre siete y catorce años en los muchachos: los impúberes. Estaban bajo tutela, pero podían intervenir en contratos con autorización del tutor (*interpositio auctoritatis*), y, además, realizar todos los actos jurídicos que “mejorasen su situación”.

Los contratos que celebraren y en los cuales adquirirían derechos, pero también deberes, eran *negocios claudicantes*; los derechos valían civilmente, de acuerdo con el *ius honorarium*, pero los deberes, civilmente sólo hasta el equivalente del enriquecimiento del impúber, y *naturaliter*, por el saldo.

Los menores de veinticinco años, en diversas etapas estudiadas anteriormente, habían sido colocados bajo un régimen de vigilancia que, a pesar del nombre de curatela, se parecía bastante a la tutela de los impúberes.

También las mujeres *sui iuris* gozaban sólo de una capacidad limitada. Para varios actos esenciales —*mancipatio*, confección de un testamento, matrimonio *cum manu*, etc.— necesitaban el consentimiento de un tutor. Esta impopular tutela se suavizó en tiempos de Augusto, mediante una exención de ella para mujeres con tres o cuatro hijos, según se tratase de *ingenuas* o *libertas*, y desapareció en tiempos de Teodosio II. Continúa, empero, su incapacidad de ser fiadoras, de acuerdo con el SC. Veleyano.

³¹ Cfr. art. 450 del Código Civil.

En cuanto a los esclavos, tenían capacidad para adquirir en favor de sus dueños; además, podían asumir contractualmente obligaciones en relación con el *peculio* cuya administración les hubiera sido confiada. De la misma manera podían obligarse válidamente, mediante consentimiento especial de su señor. Fuera de esos casos, el esclavo podía celebrar contratos válidos que repercutían sobre el patrimonio de su señor, pero la responsabilidad de éste quedaba siempre limitada al importe del valor que, gracias al negocio en cuestión, hubiera entrado en su patrimonio; en otras palabras, mediante negocios de esclavos, que no se refirieran al *peculio* o no se hubieran celebrado con autorización expresa del dueño, éste podía sólo ganar, nunca perder.

Los *filiifamilias* podían obligarse civilmente, salvo en caso de contratar préstamos en contravención del senadoconsulto Macedoniano, los cuales sólo daban lugar a obligaciones naturales. Sin embargo, el contrato celebrado con un *filiusfamilias* ofrecía poca garantía a la parte contraria. Normalmente, el *filiusfamilias* carecía de propiedades hasta que el *paterfamilias* hubiera muerto, o hasta su emancipación. Empero, si el contrato se refería al *peculio* que el padre le había confiado, o si el padre daba su consentimiento expreso, éste último respondía, mediante una de las *actiones adjectitiae qualitatis*,³² ya estudiadas.

Fuera de estos casos, el *paterfamilias* respondía por el valor de lo que hubiese obtenido como consecuencia del negocio en cuestión.

En cuanto al extranjero, originalmente era jurídicamente incapaz; vivía en un vacío jurídico (*Jhering*). Contratos de hospitalidad entre familias romanas y extranjeras, celebrados entre Roma y otras ciudades, el impacto del *ius gentium*, y, desde 242 a. de J. C. la creación de la *preura peregrina* son pasos sucesivos hacia la equiparación del extranjero al romano, en el derecho privado, casi completa en la época clásica. Algunos contratos estaban vedados al extranjero (la *sponsio*, la *mancipatio*) pero otros, más modernos, y con la misma función económica, estaban a su disposición; carecían de la *testamenti factio* activa y pasiva, pero para la carencia de esta última, el fideicomiso ofrecía una buena solución. La *constitutio Antoniniana* reducía el problema del tratamiento jurídico del extranjero a un mínimo, desde 212 d. de J. C.

También el derecho privado moderno suele conceder al no ciudadano casi el mismo *status* de derecho privado del que goza el ciudadano.³³

En cuanto a la persona jurídica, ya hemos visto que el derecho romano no admitía la personalidad de sociedades con la misma generosidad que el derecho moderno. Únicamente sociedades para explotación de minas, salinas o impuestos podían figurar válidamente como sujetos en negocios

³² El término se debe a los glosadores.

³³ Con escasísimas excepciones, como la incapacidad que tienen los extranjeros de adquirir terrenos en "zona prohibida": art. 27 constitucional. Notemos aquí que, en Roma, ni siquiera los peregrinos que hubiesen recibido el *ius commercii* podían adquirir terrenos (MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I. 1908, pág. 117 y 120).

jurídicos. Otras sociedades no tenían más que efectos internos entre los socios, y no existían para terceros, de manera que no tenían capacidad para contratar.

Personas jurídicas de carácter público (el Estado, o sea, el *populus romanus*, el *fiscus* —patrimonio del emperador, destinado a fines públicos—, los municipios) o semipúblico (*collegia*, *sodalitates*, *sodalicia*) son, a diferencia de la gran mayoría de las sociedades entre particulares, centros de imputación de derechos y de deberes, distintos de los elementos componentes. Sin embargo, no tienen capacidad en materia penal (D.4.3.15.1), y en materia privada, su capacidad queda limitada por su función social.

De este panorama sumario —en parte, una repetición de temas ya estudiados—, resulta claramente que el círculo de sujetos capaces para contratar era más reducido en la Roma antigua que en la actualidad.

170. PLURALIDAD SIMULTÁNEA DE SUJETOS ACTIVOS O PASIVOS. Normalmente, cuando encontramos en una obligación un solo objeto divisible, y además, simultáneamente, varios deudores o varios acreedores —o, a la vez, varios deudores y varios acreedores—, existe la presunción de que cada deudor sólo está obligado por una parte proporcional del objeto, o que cada acreedor no puede exigir más que una parte proporcional del mismo. Sin embargo, en determinados casos de pluralidad de deudores, cada deudor responde por la totalidad (correalidad pasiva), sin que esta responsabilidad tenga carácter acumulativo, y en ciertos casos de pluralidad de acreedores, cada acreedor puede exigir la totalidad del objeto (correalidad activa), sin que esta facultad sea acumulativa.

Finalmente, en algunos casos de pluralidad de deudores y de acreedores, cualquier acreedor puede exigir de cualquiera de los deudores la totalidad del objeto (correalidad a la vez activa y pasiva).

La correalidad puede resultar de la *ley*, como cuando el objeto que deben varios deudores o que se debe a varios acreedores es indivisible; de *delitos*, si se cometen por varias personas juntas o en perjuicio de varias personas a la vez; de *contratos*, si la formulación del contrato demuestra que el objeto no se reparte proporcionalmente entre los deudores o entre los acreedores (así puede nacer la correalidad de una *stipulatio* con una pregunta y varias contestaciones, o una contestación a varias preguntas); y de *testamentos*.

Para poder hablar de *correalidad*, es esencial que se trate de un solo negocio. Si uno asegura su casa, por ejemplo, con dos contratos de seguro, independientes el uno del otro, en dos compañías distintas, y si después de un incendio, una de ellas paga, la otra queda liberada, sin que la primera pueda reclamar el pago de una parte proporcional de la indemnización liquidada. Como hubo dos negocios independientes, no hay correalidad entre las dos compañías, y, por tanto, la que haya cumplido no puede exigir a la otra que le devuelva parte de lo pagado (véase pág. 323).³⁴

³⁴ Para una solución distinta, véase la ley sobre el Contrato de Seguro, art. 100-103.

Las obligaciones correales se extinguen en el momento en que un solo sujeto pasivo cumpla, o en el momento en que un solo sujeto activo reciba la satisfacción en forma de pago, de dación en pago, de compensación, novación o por *litis contestatio* (ya que ésta sustituye la deuda del demandado por un nuevo deber: el de seguir el proceso y cumplir con la sentencia, de modo que pueda considerarse como un caso especial de la novación).

La correalidad *activa* convencional obedecía generalmente a motivos de *comodidad*. Si alguien me va a pagar diez mil sestercios dentro de quince días, y sé que, cuando venza esta deuda, estaré fuera de la ciudad, entonces suplico a un amigo mío que me sirva de coacreedor, de *ad-stipulator*, para que haya alguien que pueda cobrar el crédito en el día de su vencimiento. Por el posterior, tardío, desarrollo de la representación jurídica, la correalidad *activa* perdió su importancia práctica.

La correalidad *pasiva* convencional es útil para *garantizar* una deuda. En vez de un solo deudor, el acreedor tiene varios en relación con una misma obligación y puede escoger, el día del vencimiento, al más solvente.

La analogía económica con la fianza no debe impedirnos ver que, jurídicamente hablando, son diferentes: el fiador responde en segundo término, accesoriamente, mientras que un deudor correal responde en idéntico grado que los demás deudores correales. Por tanto, el unificador Justiniano pudo dar al deudor correal el *beneficium divisionis* de que gozaban los cofiadores entre sí,³⁵ pero no el *beneficium excussionis*.³⁶

Un problema importante es averiguar cuál es la relación jurídica entre los coacreedores o codeudores entre sí, cuando se extingue la obligación correal, por pago o por otra razón.

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, son figuras jurídicas que el derecho no podía implantar *a priori*, en forma general. Primero debía investigarse cuál había sido la causa de la correalidad *pasiva* o *activa* en cada caso concreto.

Tratándose de la correalidad *activa* existía, normalmente, una relación contractual entre los coacreedores —sea mandato o sea sociedad—, de modo que los intereses del acreedor que no obtuviera nada estaban garantizados por la *actio mandati* directa o por la *actio pro socio* que más adelante estudiaremos. Y, como última defensa, podía utilizar el famoso instrumento moralizador de la vida jurídica romana, la *actio doli*.

En caso de correalidad *pasiva*, el deudor que había cumplido, tendría contra los demás una *actio mandati* contraria, si había cumplido por orden de sus codeudores; una *actio pro socio*, si existía una sociedad entre él y sus codeudores; y una *actio negotiorum gestorum*, en caso de haber obrado en interés de los demás, pero sin su consentimiento expreso.

³⁵ Nov. 99.

³⁶ Véase el párrafo 203.

Pero también podía arreglarse con el acreedor, para que su pago se considerara como precio de la compra del crédito. Esta solución, probablemente basada en convenios especiales, en un principio, se convirtió, finalmente, en un privilegio del codeudor en sus relaciones con el acreedor: el *beneficium cedendarum actionum*. Para el acreedor, el efecto era el mismo: recibía la cantidad prevista como objeto de la obligación correal, pero ya no en concepto de cumplimiento, sino en concepto de precio o contraprestación de una *cesión*. Por tanto, el deudor que había llegado a un acuerdo con el acreedor, se convertía en propietario del crédito contra los demás codeudores y, desde ese momento, podía dirigirse, como nuevo acreedor, contra ellos. Pero si intentaba abusar de esta circunstancia, exigiendo de los demás deudores el pago *íntegro* del crédito, sin la deducción de la cuota que le hubiera correspondido, corría el riesgo de una *exceptio doli* y la pérdida de sus derechos en vista de su *plus-petitio*, una figura que ya hemos mencionado.

La correalidad da lugar a muy interesantes problemas. Por ejemplo: si por culpa de uno de los codeudores aumentaba la deuda —eventualmente, en el caso de una cláusula penal—, ¿también respondían de este aumento los demás codeudores? El Digesto contestaba, justificadamente, en sentido afirmativo: *alterius factum alteri quoque nocet*³⁷ (el acto del uno puede imponer deberes al otro).

Ahora bien: ¿todas las causas que extinguían una obligación en general, terminaban igualmente la correalidad? No, contesta el Digesto.

El problema más delicado en este punto es el de la “confusión”. Por ejemplo: yo, como acreedor, tengo varios codeudores correales. Uno me instituye heredero. ¿Quedan ahora liberados los demás codeudores, a causa de la confusión, si yo acepto la herencia? D.46.1.71 opinaba negativamente, aunque con reservas. Invito al lector a que investigue si esta solución da resultados justos, en los casos hipotéticos que pueda imaginarse.

Igualmente, la remisión de deuda por mero pacto —no por *acceptilatio*, por razones que veremos en su oportunidad —sólo liberaba a un codeudor de su cuota particular, a consecuencia del principio clásico —derogado en el derecho moderno —de que un contrato entre *A* y *B* no podía beneficiar a *C*.

Otro problema es el siguiente: ¿Debía beneficiar a los demás la interrupción de la prescripción por un coacreedor, o la suspensión de la prescripción a favor de un coacreedor? C.8.39.4 contestaba en sentido afirmativo. ¡Comprueben la justicia o injusticia de esta solución, a la luz de algunos casos imaginarios!

Asimismo analizaba el Digesto la cuestión de saber si los herederos de uno de los codeudores respondían también, *ipso iure*, correalmente, y

³⁷ Sin embargo, si el objeto que debía entregarse por los codeudores se perdía por un caso de fuerza mayor, posteriormente a la constitución en mora de uno de los codeudores, éste respondía de su valor, pero los demás no, ya que *alterius mora alteri non nocet*: la mora del uno no perjudica al otro.

concluye que asumían una obligación divisible, siempre que el objeto permitiera esa divisibilidad.

Finalmente, creo oportuno llamar la atención sobre el hecho de que la correalidad nos muestra una sola "Schuld" con varias "Haftungen", pero que éstas últimas pueden mostrar perfiles propios. Así, diversos codeudores pueden obligarse bajo modalidades distintas y la invalidez de la relación correal respecto de un deudor no afecta la validez de la relación respecto de los demás.

En el jardincito de la refinada casuística del *Corpus iuris* irrumpió el elefante llamado *Codificación*. Muchos de los problemas vistos por los colaboradores de Justiniano ni siquiera se tienen en cuenta en los códigos modernos, que en esta materia no se inspiran tanto en el auténtico derecho romano, como en las reinterpretaciones de ese derecho hechas por Dumoulin y Pothier. Por otra parte, los códigos modernos tienen, a menudo, el mérito de distinguir, al lado de la mancomunidad simple (divisible) o de la correalidad contractual (una de las formas de la *solidaridad* moderna), un tercer concepto, la correalidad involuntaria (que nace casi siempre de sucesiones), con reglas especiales, justificadas por el hecho de que aquí no existe necesariamente entre los coacreedores o los codeudores una relación de confianza personal, por lo cual conviene proteger a los demás coacreedores contra posibles abusos por parte de un solo coacreedor, y resulta equitativo conceder un "plazo de gracia" para que su codeudor apremiado haga concurrir a los otros.³⁸

Además de la obligación *divisible* y de la *correal*, encontramos en el derecho romano la *acumulativa*. Si, por ejemplo, varias personas cometen juntas un delito, cada una de las víctimas puede reclamar —cumulativamente— de cada uno de los delincuentes la totalidad de la *multa privada*. (En cambio, el delincuente que pague la *indemnización* del daño libera a éste respecto a sus codelincuentes.) Esta figura jurídica no existe ya en los derechos modernos.

Actualmente, la *simple mancomunidad* conduce a la división del crédito o de la deuda,³⁹ de modo que esta figura no es la sucesora de la correalidad romana. Esta última institución sobrevive únicamente en la *solidaridad activa* o *solidaridad pasiva* del artículo 1987 del Código Civil.

Contrariamente al derecho romano, el mexicano actual permite que la confusión y la remisión respecto de uno de los codeudores extinga la obligación no sólo respecto de él, sino respecto de todos.⁴⁰

La relación entre los coacreedores o entre los codeudores después del pago, está reglamentada mediante un sistema de reparto o de devolución proporcional en forma automática, es decir, sin necesidad de recurrir a ficciones como "gestión de negocios", etc. El deudor que paga puede re-

³⁸ Arts. 2006 y 2009 del Código Civil.

³⁹ Art. 1985 del Código Civil.

⁴⁰ Art. 1991 del Código Civil. (Italia, Francia y otros países siguen la solución romana.)

clamar su parte proporcional a los codeudores,⁴¹ y el acreedor que cobra debe entregar a los coacreedores⁴² su parte proporcional.

Esta simplificación quizás ya la introdujo Justiniano en el *Digesto*, por interpolación en una cita de Paulo,⁴³ según la cual el deudor que cumplió tiene siempre una *actio utilis* para recuperar su cuota de los demás codeudores, pero otros lugares del *Corpus iuris*, como C.8.39.1, en que se concede el beneficio de recuperación, parecen referirse sólo a casos especiales; uno no recibe la impresión de que ilustren una institución general.

Además, si verdaderamente existió, en tiempos de Justiniano, una *actio utilis* general para el reparto entre codeudores, ¿por qué reglamenta entonces el *Corpus iuris* el *beneficium cedendarum actionum*, torpe sustituto del beneficio de recuperación proporcional?⁴⁴

171. CORREALIDAD Y SOLIDARIDAD. ¿Cuál era la diferencia entre correalidad y *solidaridad*, una figura que el *Corpus iuris* menciona también y a la cual parece atribuir efectos muy semejantes?

He aquí una cuestión que, desde hace un siglo, ha sido muy discutida. La solución tradicional, muy combatida en los últimos decenios por los grandes maestros italianos (Bonfante, Ascoli), era la siguiente: las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos que nacían de un *delito* u otros actos *antijurídicos*, eran *solidarias* y ofrecían una mayor garantía al acreedor. Es que no se extinguían por la *litis contestatio* que resultara de una demanda dirigida a uno de los codeudores —el cual, a la postre, podía resultar insolvente—, sino únicamente por cumplimiento efectivo. En cambio, las relaciones auténticamente correales nacían de contratos y se extinguían no sólo por cumplimiento, sino también por *litis contestatio*, independientemente de la cuestión de si la solvencia del demandado permitía al acreedor-actor obtener la satisfacción esperada.

En otras palabras, esta teoría tradicional, surgida especialmente a raíz de un estudio de Ribbentrop, publicado en 1831, consideraba la obligación solidaria como un haz de obligaciones, de modo que la extinción de una por *litis contestatio*, no afectaba la validez de las demás: todas subsistían, mientras el acreedor no hubiera recibido una *satisfacción real*. En cambio, la obligación correal era una sola obligación con pluralidad de sujetos pasivos.

La discusión al respecto fue muy animada, pero después de haberse gastado ríos de tinta,⁴⁵ los romanistas llegaron a la conclusión, casi generalmente aceptada, de que la extinción, entre otras causas, por *litis contestatio* había sido la solución clásica, y que la extinción por *satisfacción práctica* únicamente era la justiniana. El hecho de que los compiladores

⁴¹ Art. 1999 del Código Civil.

⁴² Art. 1992 del Código Civil.

⁴³ D. 9. 3. 4.

⁴⁴ C. 4. 65. 13; C. 5. 52. 2 pr.

⁴⁵ Jhering afirma que existen dos categorías de romanistas: los que han escrito algo sobre este tema, y los que no.

no hiciesen en todas las citas clásicas las modificaciones necesarias para "ponerlas al día" dio lugar, dentro del *Corpus iuris*, a una contradictoria situación jurídica de fondo, a la que había que agregar una terminología imprecisa.

Esta conclusión era completamente contraria, desde luego, al espíritu de la Pandectística con su *Pandektenharmonistik*; la actitud de Ribbentrop es, precisamente, un ejemplo típico de cómo los romanistas del siglo pasado elaboraron complicadas teorías para justificar supuestas distinciones de fondo o terminológicas, que sólo se debían, en realidad, a la prisa y falta de cuidado con que Triboniano y sus colaboradores prepararon su compendio de derecho clásico, tratando de modernizarlo al mismo tiempo. Así, en el siglo pasado, los eruditos del derecho trataron, muchas veces, de dar un profundo significado dogmático a simples errores y omisiones de los compiladores bizantinos, mientras que en la actualidad los "cazadores de interpolaciones" aprovechan irregularidades en la compilación justiniana para descubrir las diferencias que existieron entre el derecho clásico y el justiniano.

172. CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS. En relación con la pluralidad simultánea, cabe explicar aquí otro problema. ¿Puede figurar en un negocio jurídico un tercero, como beneficiario, al lado de los sujetos activo y pasivo?

Inst. III.19.4 dice que una *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (el negocio celebrado entre dos personas no puede imponer deberes a un tercero ni tampoco concederle derechos), y expresa la gran desconfianza romana respecto de negocios que concedían beneficios gratuitos a una persona.

Esta desconfianza es tan marcada que Unger desarrolla, inclusive, la teoría de que quizá se trate de una manifestación del característico orgullo nacional de los romanos, que querían recibir sus derechos sólo como fruto de sus propios sacrificios, como producto de su propia energía.

El término de *mancipium* (lo tomado por la mano), con el sentido de "propiedad", es posiblemente una ilustración etimológica de esta actitud. Recordemos también, a este respecto, la lanza como símbolo de propiedad.

En la *manuum consertio*, la *manus iniectio*, la *pignoris capio* y el mismo término *actor*, encontramos más tarde reflejos en el sistema procesal de esta particular tendencia romana de hacer las cosas uno mismo.

Esta antigua psicología de los romanos se oponía a la posibilidad de contratos a favor de terceros, del mismo modo que se había opuesto a las donaciones, mediante la *Lex Cincia*. Sin embargo, esta mentalidad pertenecía, sobre todo, a la fase preclásica: desde el fin de la república, la influencia de los estoicos y del cristianismo suprimió en los tiempos clásicos este obstáculo para los mencionados contratos. Así, los clásicos ya no mostraban desagrado hacia el principio en que se fundaban, pero se encontraron con un importante impedimento dogmático para poder admitirlos:

el sujeto activo del negocio carecía de interés propio en el cumplimiento, de modo que se le tenía que negar una acción procesal.⁴⁶ En cambio, el tercero, que sí tenía interés, no podía derivar una acción de un negocio en que no había intervenido. Este inconveniente podía eliminarse, empero, con la inserción de una pena convencional a favor del sujeto activo; así, en caso de incumplimiento, éste tendría un "interés" —de recibir la pena prevista— y podía ejercer, por tanto, una acción contra el sujeto pasivo que no hubiera cumplido.

El derecho bizantino iba aún más lejos y otorgaba en algunos casos una acción al tercero mismo. Sin embargo, los diversos casos aislados que encontramos en el *Corpus iuris* no nos permiten concluir que los bizantinos hubiesen elaborado una teoría general al respecto. Gracias sólo al jusnaturalismo del siglo XVIII, triunfó el contrato a favor de un tercero,⁴⁷ en forma más clara aún en Alemania⁴⁸ que en Francia.⁴⁹

El derecho mexicano no sólo reconoce los contratos a favor de terceros, sino que, inclusive, concede acción a éstos para reclamar la prestación de que se trate,⁵⁰ con lo cual el tercero ya no es un mero destinatario, sino una persona que puede *reclamar* el beneficio que se le ofrece. No deja de ser una figura curiosa, esta relación contractual entre *A* y *B*, de la que nace una relación obligacional entre *B* y *C*, y presenta importantes problemas de política legislativa, como el siguiente: si el tercero recibe un derecho propio, que puede defender con medidas procesales, ¿es posible que los sujetos activo y pasivo del contrato a favor de este tercero, lo revoquen de común acuerdo?⁵¹

173. CESIÓN DE OBLIGACIONES. Después de estos dos casos de pluralidad simultánea de sujetos, examinemos el supuesto de la pluralidad sucesiva. Con esto se inicia el tema de la *cesión de obligaciones*.

Observemos, primero, que el término no es de los más afortunados. Se pueden ceder *derechos* de crédito; en determinadas circunstancias, se pueden traspasar deberes, deudas, a otra persona; pero no se puede ceder toda una *obligación*, ya que ésta comprende a la vez un crédito (aspecto activo) y una deuda (aspecto pasivo).

⁴⁶ Todavía en la actualidad el interés es un requisito de la acción. (Véase art. 1, fr. IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios.)

Evidentemente, el sujeto activo podría alegar un interés sentimental en el cumplimiento con el contrato en cuestión, pero el requisito de que todo objeto de contrato debe ser valorable en dinero (párr. 180) impedía que tal interés sirviera de fundamento a una acción.

⁴⁷ La práctica alemana ha demostrado que se trata de una figura no exenta de peligros, que se presta a la defraudación de acreedores. Así la parte embargable del sueldo puede disfrazarse como pago convenido con el patrón a algún pariente. Véase G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pág. 22 y siguientes.

⁴⁸ Art. 328 del Código Civil Alemán.

⁴⁹ Art. 1119 y ss. del Código de Napoleón, restrictivos pero suavizados por una jurisprudencia hábil.

⁵⁰ Art. 1869 del Código Civil.

⁵¹ Inclusive se permiten actualmente negocios a favor de terceros todavía no determinados, como en el caso de seguros marítimos a favor de "quien corresponda".

I. Antes, hablemos de la transmisión de *deudas*, es decir, de la sustitución de un deudor por otro, o sea, lo que también llamamos *asunción* de deudas.

Es evidente que el orden jurídico no podría permitir que una deuda se transmitiera con absoluta libertad, por mero convenio entre un deudor y un tercero. En primer lugar, a veces se celebra un contrato, especialmente a causa de la habilidad u honradez de la parte deudora; en segundo lugar —y éste es el argumento principal—, los derechos del acreedor se volverían ilusorios desde el momento que se permitiera que los deudores pudieran pasar sus deudas a cualquiera otra persona insolvente, impuntual, con residencia en el extranjero, etc. Sería como permitir que *A* dispusiera de los derechos patrimoniales de *B*, sin consentimiento de éste.

Sin embargo, el derecho romano permitía la sustitución del deudor en caso de transmisiones a título *universal* entre el deudor original y el deudor nuevo, como sucedía en el caso del matrimonio *cum manu*, la *adrogatio*, la *venditio bonorum*, la *cessio bonorum*, la transmisión fiduciaria (después del senadoconsulto Pegasiano) y la herencia (dos figuras, éstas últimas, que pronto conoceremos). Como, en tales casos, las deudas se transmitían juntamente con el activo que garantizaba su eficacia, el acreedor no salía perjudicado, salvo quizá cuando el nuevo deudor era de antemano insolvente. En este último caso, el crédito, antes garantizado por bienes que desde la transmisión debían servir de garantía a muchas nuevas deudas, podía volverse parcialmente incobrable a consecuencia de la transmisión a título universal. Como esto no era justo, el pretor concedía, en tales circunstancias, a petición del acreedor, la *separatio bonorum*, que estudiaremos más adelante.

Las transmisiones de deudas a título *particular* podían realizarse en el derecho romano mediante la novación: el contenido de la antigua obligación se traspasaba a una nueva obligación cambiando un solo elemento (en este caso, la persona del deudor). Para esto se necesitaba, desde luego, el consentimiento del acreedor, sin el cual la antigua obligación no podía extinguirse.

Esta forma especial de la novación, esta novación triangular, desarrollada sobre todo en la práctica bancaria romana, recibió el nombre de delegación (*delegatio*) —término equivalente al de mandato—. En ella, un nuevo deudor (delegado) acepta, por indicaciones del antiguo deudor (delegante), pagar la deuda de éste al acreedor (delegatario), el cual acepta al nuevo deudor. Si el deudor original era, a su vez, acreedor del nuevo deudor, dos obligaciones distintas podían fundirse en una sola. Si la delegación era "perfecta", el delegatario (acreedor) no tenía recurso contra el delegante (deudor original) en caso de que el delegado (nuevo deudor) resultara ser insolvente (lo cual era justo, ya que nadie había obligado al delegatario a aceptar el cambio de deudor). Sin embargo, el acreedor-delegatario podía pactar la corresponsabilidad del delegante (delegación imperfecta).

Las excepciones que el delegante tenía contra el delegatario aprovechaban al delegado; en cambio, las excepciones que el delegado había tenido en contra del delegante, no podían oponerse al delegatario, pero en tal caso el delegado tendría contra el delegante, después de pagar al delegatario, una *condictio sine causa*, en vista del enriquecimiento ilegítimo del delegante.

II. La transmisión, o sea cesión, de *créditos*, en la práctica jurídica moderna, es muy frecuente, pero el derecho romano trataba esta materia con desconfianza. En el antiguo derecho romano, era casi imposible pasar un crédito a otra persona. Las obligaciones tenían muy severas consecuencias; y el deudor arriesgaba su libertad y su vida, en caso de incumplimiento. De ahí que no le fuera indiferente su acreedor. Pero, a medida que se suavizaba el tratamiento del deudor incumplido (pensemos en la *Lex Poetelia Papiria*), el crédito tendía a convertirse en un bien incorporal que podía comprarse y venderse libremente.

En la época del derecho romano antiguo y a comienzos de la época clásica, el acreedor que quería vender su crédito debía servirse de la novación, suplicando en tal caso, al deudor, que le prestara su colaboración. Pero además de esta posibilidad, al comienzo de la época clásica surgió otro remedio para la transmisión de créditos: el mandato judicial.

Ya hemos visto que, en el terreno del derecho sustantivo, la representación era casi desconocida; por el contrario, en el derecho procesal se permitía la representación con bastante generosidad, desde la época antigua: cualquier actor o demandado podía hacerse representar por un *cognitor* (instituido de manera muy formal) o por un *procurator* (un apoderado procesal instituido sin observar muchos requisitos, pero que debía dar fianza para garantizar que su representado reconocería lo efectuado por él). Ahora bien, si un acreedor quería ceder su crédito, podía dar un mandato procesal al cesionario,⁵² autorizándole a demandar al deudor y a cobrar por propia cuenta (*procuratio in rem suam*, o sea, mandato para provecho del mandatario).

Esta figura es la precursora de la cesión moderna, pero lo que se transmitía no era el derecho sustantivo, sino únicamente el correspondiente derecho de acción.⁵³

Esta cesión, mediante la *procuratio in rem suam*, no ofrecía muchas garantías al cesionario. Fuera de todo proceso, el deudor podía pagar válidamente al cedente. Este, además, podía revocar un mandato (ya que los mandatos eran esencialmente revocables, como veremos). También, como todo mandato, la *procuratio in rem suam* se anulaba de pleno derecho por la muerte del cedente-mandante o del cesionario-mandatario. Finalmente, el cedente conservaba el derecho de perdonar la deuda, de

⁵² Designamos al comprador del crédito como cesionario, y al vendedor, como cedente. El deudor es, a veces, designado como el *cessus*, el cedido.

⁵³ Sin embargo, véase D. 50. 17. 15.

conceder una prórroga, etc. Por todas estas razones, la *procuratio in rem suam* no ofrecía una base firme al cesionario-mandatario.

Estos fueron los motivos por los que intervinieron luego varias constituciones imperiales, a fin de remediar, poco a poco, estos distintos defectos.

Primero, mediante la *denuntiatio* o *significatio*, hechas por el cesionario al *cessus*—figura reglamentada o perfeccionada por Alejandro Severo—se privaba al deudor de la facultad de pagar válidamente al cedente.⁵⁴ En tal caso, el *cessus*, aun aceptando la *denuntiatio*, conservaba las excepciones y defensas que tuviera en aquel momento en relación con el cedente, inclusive las excepciones adquiridas por él entre el momento de la cesión y el de la *denuntiatio*. A estas excepciones se añadían las que tuviera contra el cesionario en el momento del vencimiento.

Encontramos igualmente la necesidad de la *denuntiatio*, cuando se trata de un traspaso de crédito a consecuencia de la venta de una herencia. Así, Papiniano decide que el deudor del *de cuius* puede oponer al comprador de la herencia una transacción que hubiera celebrado de buena fe con el heredero, aun después de la venta de la herencia.⁵⁵

Un interesante problema, en relación con la *denuntiatio*, es el siguiente. La cesión era perfectamente válida *inter partes*, aun antes de la *denuntiatio*. Si un cedente hacía, pues, fraudulentamente, dos cesiones sucesivas del mismo crédito, y el segundo cesionario—más activo que el primero—efectuaba primero su *denuntiatio*, ¿tendría entonces el primer cesionario preferencia, si denunciaba también la cesión a la cual debía sus derechos? Es una cuestión discutida.⁵⁶

En cuanto al *cessus*, en el caso anterior, sería recomendable que consignara el importe de la deuda; así no incurriría en mora y tampoco se exponería al peligro de verse obligado a un doble pago.

Otra medida que sirvió para ajustar la *procuratio in rem suam* a las necesidades de una cesión, era la innovación de que, en caso de la defunción del cedente-mandante, no se extinguía el derecho del cesionario-mandatario, sino que éste conservaba su acción en contra del deudor. Y, finalmente, se encuentra en la *actio doli* o *exceptio doli* un instrumento útil para proteger al cesionario contra la mala fe de un cedente que perdonara el adeudo del *cessus*, tratara de cobrarlo, etc. A fines de la época imperial, mediante este complicado sistema de medidas incidentales y parciales, la cesión de créditos por medio de esta *procuratio in rem suam* se asemejaba bastante a la situación moderna, y la frecuencia de tales cesiones en la práctica se refleja claramente en numerosas disposiciones imperiales que tendían a evitar no sólo abusos de los cedentes, sino también de los cesionarios.

Así encontramos, desde Diocleciano, la prohibición de ceder créditos a personas “más poderosas”, que tuviesen más influencia en los tribunales.

⁵⁴ Cfr. art. 2040 del Código Civil.

⁵⁵ D. 2. 15. 17.

⁵⁶ Véase la correspondiente bibliografía en DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System*, octava edición, pág. 651, nota 9.

Esta medida se proponía evitar que los “influyentes” abusaran de su poder, comprando con un fuerte descuento toda clase de créditos difíciles de cobrar, para demandar luego a los deudores ante los tribunales donde trabajaban sus amigos.

En el año 380, Teodosio I prohibió al comprador de un crédito litigioso cobrar al deudor más de lo que él mismo hubiera pagado al acreedor original; y Anastasio, el prudente y sensato predecesor del tío de Justiniano, extendió, en el año 506, este sistema a todos los créditos, litigiosos o no. La medida de Teodosio I tenía por objeto privar de su fundamento al antisocial comercio de créditos litigiosos que hacían los amigos de determinados jueces. La medida de Anastasio iba más lejos y quería impedir que la usura, severamente limitada en aquellos tiempos, tomara formas difíciles de vigilar mediante grandes descuentos efectuados durante la compraventa de créditos. Así, si un usurero compraba por cincuenta mil *solidi* un crédito de cien mil, que vencería dentro de un año, cobrando, por tanto, intereses del cien por ciento al año, saldría defraudado a partir de la *Lex Anastasiana*, ya que en virtud de ella, no podría cobrar más de cincuenta mil *solidi*.

Observemos aquí que la cesión de un crédito implicaba automáticamente la cesión de los derechos de fianza, prenda, hipoteca, etc., que aumentaban la seguridad del acreedor.⁵⁷ También la situación privilegiada que un crédito pudiera tener en un concurso, le acompaña en caso de cesión.

Terminaremos este tema, señalando que el cedente respondía automáticamente de la existencia del crédito (*nomen verum esse*), pero sólo por pacto especial respondía de la solvencia del deudor (*nomen bonum esse*).⁵⁸ Podríamos decir que la insolvencia se parece a lo que en la compraventa calificamos como un “defecto oculto” (del cual responde, en este último tipo de contrato, el vendedor). Pero la analogía de la cesión con la compraventa no llegaba al extremo de introducir en aquélla una protección del cesionario contra el defecto oculto de la insolvencia.

174. LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA. En relación con este tema de los sujetos activos y pasivos, conviene decir algo sobre la representación jurídica, una institución desarrollada con muy poca amplitud, por el derecho romano.

Debemos distinguir entre la representación jurídica directa y la indirecta. En aquélla, el acto jurídico realizado por el representante produce sus consecuencias en el patrimonio del representado; en ésta, el representante realiza actos jurídicos que producen primero sus consecuencias en su propio patrimonio, pero que deberán traspasarse al patrimonio del representado mediante un acto posterior.

El derecho romano conoce la representación indirecta desde la época

⁵⁷ D. 18. 4. 6. 23.

⁵⁸ Cfr. art. 2042 y 2043 del Código Civil. *Nomen* es el término corriente para crédito.

preclásica (recuerden la *gestio negotiorum* del tutor, cuyas consecuencias se trasladan hacia el patrimonio del pupilo mediante un traspaso global cuando se rinden las cuentas al terminarse la tutela). También el mandato romano clásico es una ilustración de la representación indirecta.

En cambio, la representación directa surgió sólo lentamente. En la fase preclásica, el formalismo jurídico y los ecos mágicos en el derecho impidieron esta forma de representación: si el rito crea la obligación, los que no intervienen personalmente en este rito no pueden convertirse en deudor o acreedor. Pasada esta fase, la psicología jurídica romana todavía se oponía a la representación directa: un buen *paterfamilias* hace las cosas por sí mismo, o cuando menos, a través de sus propios esclavos o hijos. Sin embargo, la creciente independencia de los hijos y de ciertos esclavos de alta categoría en relación con sus peculios acostumbraban al antiguo romano al fenómeno de que los *paterfamilias* debían responder, mediante diversas *actiones adjectivae qualitatis*, de actos jurídicos de cuyos detalles a menudo no sabían mucho (pensemos en la *actio de iussu* y más aún en la *actio de peculio*) o cuya existencia habían ignorado en forma total (*actio de in rem verso*). Hemos visto, empero, que la responsabilidad del *paterfamilias* se limitaba, en caso de la *actio de peculio*, al valor del peculio, y en caso de la *actio de in rem verso*, al enriquecimiento obtenido.

Además de lo anterior, en los procesos el representante de una de las partes (*cognitor*; *procurator*) realizaba actos que repercutían directamente en el patrimonio del representado (sin eliminar completamente la responsabilidad personal del representante frente a terceros: D.14.1.1.17).

Otra raíz de la representación directa era la *adstipulatio*, fuente de correalidad activa, mediante la cual los acreedores solían introducir a coacreedores en la relación jurídica con el deudor para que éstos ejercieran los derechos del verdadero acreedor en caso de ausencia de éste. Y cuando, a fines de la época clásica, en los mercados disminuye la cantidad disponible de esclavos, empleados libres obligan con sus actos jurídicos a sus patrones (*actio institoria*, tratándose de un gerente libre; *actio exercitoria*, dirigida contra el *paterfamilias* en relación con obligaciones contraídas a nombre de él por un capitán libre que se encontrara a su servicio; *actio quasi-institoria* —interpolación en D.17.1.10.5— para casos análogos), de manera que había nacido la representación directa. Sin embargo, el *Corpus iuris* no nos presenta elementos para una teoría cerrada sobre esta institución, reconocida en forma vacilante, casi a regañadientes.⁶⁰ Las concesiones que hace a la representación jurídica, consisten más bien en acciones para hacer responsable al representado de los actos del representante,

⁶⁰ En cambio, en la actualidad, la idea de la representación ha penetrado en todos los rincones de la práctica jurídica, como la linfa en nuestro cuerpo (¡hasta podemos casarnos con intervención de representantes!). Sólo en algunos casos no podemos hacernos representar, como en la ejecución de contratos celebrados en vista de nuestras calidades especiales, la confección de un testamento, la sumisión a un examen y algunos casos más, de evidente justificación.

que en acciones directamente concedidas al representado contra los terceros, con quienes su representante hubiera celebrado algún contrato. Para este último supuesto, el derecho justinianeo requiere que el representante ceda su acción expresamente al representado.

Para terminar este tema, mencionaremos que el derecho justinianeo ya contenía el principio de que los terceros de buena fe podían fiarse de las apariencias creadas por los representados. Así *Inst.* III. 26.10 muestra que un tercero podía pagar válidamente a un cobrador, que había sido esclavo de su acreedor, aunque entre tanto fuese manumitido sin haber tomado el antiguo dueño la precaución de avisar a sus deudores que este ex-esclavo ya no lo representaba. Esta idea dio lugar, finalmente, a disposiciones como el artículo 11 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

175. EL CONSENTIMIENTO. El segundo elemento de los contratos es el consentimiento, que consiste en la *congruencia entre las voluntades declaradas de las partes*. Así, si uno pregunta: “¿prometes darme diez monedas de oro?” y el otro contesta: “prometo darte cinco monedas de oro”, no hay consentimiento, de manera que no hay contrato, ni siquiera con cinco monedas como objeto, para utilizar el claro ejemplo de *Inst.* III.19.5.

Además del tema de los “vicios del consentimiento”, el consentimiento da origen al problema de los conflictos entre la voluntad y su declaración,⁶¹ y de la “declaración” de la voluntad en forma tácita.⁶¹

En la fase preclásica, el consentimiento jugaba un papel modesto. Si la forma del negocio era impecable, y las partes eran capaces, el contrato valía, salvo en el supuesto excepcional de un negocio “celebrado” como ejemplo de clase, o evidentemente por broma (Varro, I.L.6.72; D.44.7.3.2).

Sin embargo, a medida que avanzaba el desarrollo jurídico de Roma y el carácter tan fríamente formalista del derecho arcaico cedía su lugar a un ambiente más orientado a la equidad y a factores jurídicos subjetivos, el consentimiento fue considerado como elemento cada vez más importante, inclusive esencial. Finalmente, se convirtió en el alma de todo negocio jurídico.

Notemos aquí que no era, ni es, necesario que la voluntad, base del consentimiento, abarque todas las consecuencias jurídicas y materiales de un negocio, cosa que sería imposible. Basta con que se refiera a los efectos típicos más importantes y humanamente previsibles.

Los vicios del consentimiento pueden encontrar su origen en:

- a) El error
- b) El dolo
- c) La intimidación
- d) La lesión.

⁶⁰ Véase la pág. 336.

⁶¹ Sobre la manifestación tácita de la voluntad, véase BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione di contratti*, Scr. giur. III, 150-208.

Expondremos ahora las particularidades de estos cuatro vicios del consentimiento.

176. EL ERROR. No esperemos que el derecho romano nos presente una teoría general del error jurídico. Fiel a su carácter casuístico, el *Corpus iuris* no hace más que ofrecernos múltiples casos de errores en diversos contratos, resolviendo luego los problemas a que éstos dan lugar.

Nuestro conocimiento fragmentario de la literatura clásica, la presencia de varias modificaciones postclásicas evidentes y la probabilidad de la existencia de otras más, hacen difícil la reconstrucción del pensamiento clásico al respecto. Posiblemente debemos ver una repercusión del pensamiento helenista en el creciente papel del elemento "voluntad" en los negocios, y en el auge de la importancia de la teoría del error, parte de la teoría sobre la interpretación de los negocios jurídicos.

Es verdad que Ulpiano⁶² dice categóricamente: *non consentiunt qui errant* (donde hay error, no hay consentimiento); pero, afortunadamente, los romanos no confiaron una materia tan delicada a una regla tan absoluta, y el análisis de los múltiples casos de errores en contratos, que encontramos en el *Digesto*, especialmente en el libro 18, título primero, demuestra que, a veces, el error anula el consentimiento, pero, en otras ocasiones, no. Una buena tarea es la de tratar de averiguar dónde traza Justiniano la respectiva línea divisoria.⁶³

En primer lugar, podemos distinguir entre los errores que afectan la formación de la voluntad y los que se refieren a la manifestación de la misma. En esos casos, la dogmática moderna habla de errores *proprios* o *improprios*, respectivamente.

Los errores propios pueden ser *de derecho* y *de hecho*.

En un error *de derecho*, la parte que lo cometió no puede alegarlo para invalidar el contrato. Lego o jurista, todos debemos, si no conocer el derecho, cuando menos pedir el consejo de alguien que sea especialista en la rama de que se trata, antes de celebrar un contrato. Si la *ignorantia iuris* fuera argumento válido, toda la vida jurídica perdería su estabilidad. Sin embargo, en Roma⁶⁴ se admitía excepcionalmente la invalidación de un negocio jurídico a causa de la *ignorantia iuris*, si la persona que había cometido el error era un menor de veinticinco años, una mujer, un soldado o un campesino, siempre y cuando quien alegara su propia ignorancia del derecho tratara de evitar un daño y no de obtener un lucro.⁶⁵

Así el pretor ayudaría al menor de 25 años que, por *ignorantia iuris*, hubiera aceptado una *hereditas damnosa* sin pedir el *beneficium inventarii* (su-

⁶² D. 50. 17. 116. 2.

⁶³ El estudio de SAVIGNY en su *Sistema del Derecho Romano actual*, tercer tomo, párr. 114, 115, 135-139 y anexo VIII, es básico a este respecto y ha ejercido una profunda influencia en la legislación moderna.

⁶⁴ Y también en el México de hoy. Véanse los arts. 21 y 1813 del Código Civil.

⁶⁵ Papiniano: D. 22. 6. 7. 2, "la ignorancia del derecho no ayuda a los que quieren ganar algo, pero sí a los que reclaman lo suyo". Compárese lo anterior con el art. 20 del Código Civil.

friendo, por lo tanto, un *daño*) pero no ayudaría al mismo menor que, habiendo recibido menos que su *portio legitima*, dejara pasar el plazo para ejercer la *querela inofficiosi testamenti* (sufriendo sólo un *perjuicio*).

En cuanto a los errores *de hecho*, el análisis del *Corpus iuris* ha dado lugar a una serie de tipos de error, cada uno de los cuales tiene sus propias consecuencias jurídicas. Podemos distinguir:

a) Error *in negotio*. Se trata de un error sobre la *clase* de contrato que se celebra. Por ejemplo, *A* presta un libro a *B*, pero éste piensa que se trata de un regalo; o *A* deposita dinero con *B*, el cual piensa que se trata de un préstamo. Esta clase de error anula el negocio respectivo.⁶⁶ No se celebra ni el contrato en que pensaba una de las partes, ni tampoco el que la otra quería celebrar. Cada parte recupera, por tanto, lo que hubiere entregado.

b) Error *in demonstratione*. En este caso, hay un error sobre la indicación del objeto del contrato. Si ambas partes *pensaban*, empero, en el objeto correcto, tal error es irrelevante. Por ejemplo, se celebra un contrato de arrendamiento respecto de la casa ubicada en la calle de Jazmín, número 5; si después resulta que el número oficial es el 35, pero ambas partes pensaban en el mismo inmueble, el contrato vale: *falsa demonstratio non nocet* (o sea: el mero error de nombre no perjudica).

c) Error *in substantia*. Esta clase de error se refiere a las calidades del objeto (indirecto) del negocio en cuestión. Aquí debemos distinguir entre las calidades esenciales y las accesorias.⁶⁷ Un error sobre las calidades esenciales anula el contrato (siempre que tal error sea justificable; el derecho no tiene por comisión proteger a los incautos y despreocupados: *ius civile viligantibus scriptum est!*). En cambio, el error sobre calidades accesorias no invalida el negocio, aunque, en contratos como la compraventa, el vendedor responde automáticamente de los vicios ocultos del objeto y deberá consentir una reducción del precio como consecuencia de la *actio quanto minoris*, que estudiaremos en relación con la compraventa.

No puede decirse de antemano qué calidades son esenciales y cuáles accesorias. En esta cuestión, el juez tendrá que investigar la intención de las partes en cada caso concreto.

No importa cuál de las partes sufre el error, y también si ambas partes coinciden en la misma equivocación, el contrato es anulable (D.18.1.14). Sin embargo, el vendedor debe conocer bien lo que vende, de manera que un error, quizá justificable en el comprador, muchas veces no lo será tratándose del vendedor.

d) Error *in quantitate*. Esta clase de errores no es esencial; si compro un terreno y en el contrato se menciona, como superficie, mil metros cua-

⁶⁶ C. 4. 22. 5.

⁶⁷ D. 18. 1. 9. 2 (con la desacertada distinción entre vinagre que desde su origen había sido vinagre, y vinagre hecho de vino: antecedentes físicos de un objeto no deben ser relevantes para determinar la validez o invalidez de una venta).

drados, mientras que posteriormente resulta que tiene algo más o algo menos, el contrato no pierde su validez; y el descubrimiento de la realidad da únicamente lugar a una rectificación del precio, siempre que no se haya renunciado expresamente a esta consecuencia.⁶⁸

e) *Error in corpore*. Es un error sobre la identificación del objeto mismo. Aunque se haya expresado en el contrato "Jazmín, núm. 5", una parte pensaba en esas señas y la otra en Jazmín, núm. 35; en tal caso, siempre y cuando el error sea justificable, el contrato es nulo.

f) *Error in persona*. Este error se refiere a la persona de la parte contraria. Si el contrato se había celebrado en vista de las calidades especiales de ésta, dicho error anula el negocio respectivo.⁶⁹

Los textos siempre mencionan el ejemplo, algo inverosímil, de la persona que se casa con A, pensando en casarse con B. Un interesante ejemplo real de un acto jurídico muy personal (despido), realizado con *error in persona*, tuvo lugar en las antiguas Indias Neerlandesas, donde el colérico presidente de una enorme empresa con muchas sucursales quiso despedir a un gerente, y, equivocando la puerta, en un furioso monólogo, despidió a otro.

g) *Error in causa*. En este caso, una de las partes se equivoca sobre el motivo que impulsa a la otra a celebrar el negocio en cuestión. Por ejemplo, vendo una casa, creyendo que el comprador quiere establecer allí un hotel; sin embargo, desea demolerla y construir otra casa. Generalmente, este error no invalida el negocio.

h) Error sobre ciertas consecuencias de hecho, como cuando permito algo, para descubrir luego que las consecuencias son más molestas de lo que había previsto (D.39.3.19/20).

i) Finalmente, encontramos en el *Corpus iuris* casos de errores sobre supuestos básicos del negocio en cuestión. Por ejemplo, pienso vender una cosa propia y resulta ser ajena. Tales errores anulan el contrato; pero, en caso de ser injustificables, pueden dar lugar a una responsabilidad por daños y perjuicios.

Hablemos, por último, del *error impropio*, o sea la falta de coincidencia entre la voluntad y su manifestación. El derecho romano hacía prevalecer la manifestación sobre la intención, salvo cuando el error era tan obvio que la parte contraria hubiera debido darse cuenta de él. En este último caso, el error en cuestión invalidaba los contratos de buena fe.

177. LA INTIMIDACIÓN. La violencia física (*vis corpori illata* o *vis absoluta*) o psicológica (*vis animo illata* o *vis impulsiva*) que quita su libertad al consentimiento, no lo suprime como elemento del contrato: la voluntad bajo coacción no deja de ser voluntad.⁷⁰ Sin embargo, el pre-

⁶⁸ Búsqese la *ratio iuris* de D. 19. 2. 52.

⁶⁹ En D. 12. 1. 32 se admite la invalidez de un negocio, inclusive en un caso en que el *error in persona* no se refiere a un contrato *intuitu personae*. Busquen y analicen este curioso caso.

⁷⁰ *Coacta voluntas tamen voluntas est* (o sea, aun bajo coacción, la voluntad no deja de ser voluntad), máxima que los comentaristas derivaron de D. 4. 2. 21. 5.

tor ofrecía ayuda a la parte perjudicada por intimidación, si esta última reunía los siguientes requisitos en forma acumulativa:

a) Que la intimidación impresionara a un hombre muy valiente.⁷¹ Por tanto, una mujer que firmara un contrato, perjudicial a sus intereses, con la amenaza de que se soltara un ratón, no podía alegar que había sido intimidada.

b) Que el intimidado, además de no comportarse cobardemente, tampoco se comporte estúpidamente, aceptando, bajo amenaza, un mal mayor de lo que hubiera resultado de la realización de la amenaza misma. Una vez más: *ius vigilantibus scriptum est!*⁷²

c) Que la intimidación fuera ilegítima. El deudor que pagara bajo amenaza de un embargo, no podía decir que lo habían intimidado (D.4. 2.3.1).

d) Que se tratara de una amenaza actual, verdadera, dirigida contra uno mismo o sus hijos (D. 4. 2. 8. 3), que no consistiera en una mera *possibilitas* de peligro. Si una persona que tiene reputación de ser "gangster", me propone en forma correcta la celebración de un contrato que no me conviene, a pesar de lo cual acepto cobardemente, no podré hacerlo anular luego, alegando que me ha "intimidado".

Observemos, finalmente, que una persona que realice un acto bajo el impacto de "temor reverencial" (respecto de ancianos miembros de su familia, autoridades religiosas, etc.) no puede luego alegar que hubo intimidación (D.23.2.22).

En el caso de reunirse estos requisitos, el pretor podía conceder, en beneficio de menores, mujeres, etc., una *in integrum restitutio*, anulándose el negocio en cuestión, a menudo en perjuicio de terceros; además podía conceder a cualquiera la *actio quod metus causa*, que dejaba el negocio en pie, pero obligaba al culpable a pagar a la víctima cuatro veces el daño sufrido. Para que los interesados ejercieran sus acciones rápidamente, de modo que el culpable no viviera el resto de su vida bajo la espada de Damocles de esta *actio quod metus causa*, la víctima que tardaba más de un año en ejercer su acción, veía reducido su derecho a una sola vez el importe del daño o perjuicio. Si el culpable moría, la víctima podía dirigirse contra sus herederos, pero sólo por el enriquecimiento obtenido por los herederos a consecuencia de la intimidación.

Justiniano borró este dualismo entre la *in integrum restitutio* y la *actio quod metus causa*. Sólo dejó subsistente esta última figura, pero dándole una característica tomada de la *in integrum restitutio*: el efecto frente a terceros. Esta acción eliminaba así el negocio en cuestión y podía tener

⁷¹ Exigencia un poco exagerada de D. 4. 2. 6.

⁷² D. 4. 2. 5. Sin embargo es posible que *maioris malitatis* significa en esta cita: "con consecuencias desagradables de cierta consideración", en cuyo caso este segundo requisito no existía y estamos simplemente en presencia de una aplicación del principio de que *de minimis non curat praetor*.

repercusiones en terceros de buena fe que hubieran comprado al culpable un objeto arrancado con intimidación a la víctima.

Parece injusto que un tercero de buena fe tuviera que pagar una multa privada, pero el hecho de que esta *actio quod metus causa* fuera "arbitraria", o sea el hecho de que el demandado pudiera liquidar toda condena abandonando al actor el objeto que éste había perdido bajo intimidación, ofrecía una posibilidad al demandado de evitar la multa privada.

Sin embargo, el sistema clásico era mejor. Allí el pretor podía *conceder* o *negar* la *in integrum restitutio*, de modo que podía evitar que ésta se aplicara en perjuicio de terceros de buena fe. El juez bizantino, en cambio, no tenía opción: siempre debía conceder la *actio quod metus causa*, aun en los casos en que esta acción causara injusticias a terceros.⁷³

Tales acciones que, sin ser reales, tenían eficacia contra terceros, se llamaban *actiones in rem scriptae*.

El *quadruplum*, objeto de esta acción por intimidación, era considerado como pura multa privada en tiempos clásicos, pero Justiniano lo consideraba como combinación de un *tripulum* por concepto de multa privada, aumentado con una indemnización, de manera que, esta acción, penal en tiempos clásicos, se convertía en mixta, en el *Corpus iuris* (véase D.4.2.14.10, interpolado).

Finalmente, si, con intimidación, alguien había obtenido una promesa que todavía no se cumplía y reclamaba luego su cumplimiento, el pretor concedía al perjudicado una *exceptio metus* que podía paralizar la acción por la cual el culpable exigía a la víctima el cumplimiento.

El derecho romano castigaba sólo la amenaza efectuada con resultados prácticos; y no, como sucede en el derecho moderno, la simple amenaza, independientemente de su resultado. Así, si un deudor obtenía, mediante amenaza, que su acreedor le perdonara su adeudo, pero resultaba que este deudor, de todos modos, habría tenido una excepción eficaz contra el acreedor —por ejemplo, la *exceptio legis Cinciae*—, el derecho justiniano lo eximía de toda sanción.

178. EL DOLUS MALUS. El tercer vicio posible en relación con el consentimiento es el dolo malo.⁷⁴ El nombre sorprende, pero es que los romanos reconocían, en determinadas circunstancias, la existencia del *dolo bueno*, la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales (compárese a Parsifal, típico héroe germano, con el "astuto Ulises", ideal del héroe mediterráneo).

⁷³ Acertada crítica de la actitud justiniana se encuentra en el libro de EGON WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Stuttgart, 1949, pág. 45.

⁷⁴ Observemos aquí que el dolo no siempre se presenta como vicio del consentimiento. Cuando comprador y vendedor se ponen de acuerdo para efectuar una venta en perjuicio de los acreedores del vendedor, hay dolo, pero un dolo dirigido contra terceros, y no un dolo que afecta el consentimiento entre las partes.

El *dolus malus* es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona,⁷⁵ como dice Labeón. En el mismo lugar del *Digesto* encontramos una tentativa de Servio de definir el *dolus malus*. Este último autor llega, empero, a equiparar los conceptos de dolo y simulación (*aliud simulatur, aliud agitur*, o sea: una cosa es simulada, mientras que otra cosa es llevada al cabo), solución no muy acertada, como ya descubrió Labeón: hay simulación sin dolo, y en la mayoría de los casos de dolo no hay simulación.⁷⁶

El dolo no consiste necesariamente en actos positivos; también hay dolo si una parte calla maliciosamente una circunstancia que para la otra hubiera sido un obstáculo para la celebración del negocio en cuestión, en el caso de que ésta se hubiera dado cuenta. Esta forma de dolo entra fácilmente en la definición de Labeón a través de las palabras "habilidad maliciosa" y queda ampliamente ilustrada en diversas citas.⁷⁷ Sin embargo, en la práctica no podemos esperar que los comerciantes presenten a sus clientes, con toda honradez, listas completas de los defectos e inconvenientes que tuvieran los objetos ofrecidos. Todo depende, en este problema, de matices morales, y de la conciencia judicial, de la costumbre comercial consagrada.

Es evidente que entre dolo y error existe un íntimo parentesco: el dolo es precisamente una maquinación consciente, a fin de producir en la parte contraria un "error propio"; generalmente, un error *de hecho*.

El derecho romano antiguo, al cual bastaba la forma externa, no conoció otro remedio contra el dolo, más que una *clausula doli*, una *stipulatio* por la que las partes se hacían expresamente responsables de las consecuencias que su eventual dolo tendría para la parte contraria.

Ya hemos visto que la *Lex Plaetoria*, de unos dos siglos antes de Cristo, ampliaba ligeramente la posibilidad de sancionar el dolo, aun tratándose de negocios celebrados en forma impecable, cuando alguien aprovechaba la falta de experiencia de menores de 25 años.

Luego el derecho clásico concedía la *actio de dolo* a favor del perjudicado y en contra del que cometió el dolo, siempre y cuando éste hubiera sido la otra parte en el negocio en cuestión y no un tercero. Esta acción tenía por objeto el valor del daño, o, en caso de dirigirse contra los herederos del culpable, el valor del enriquecimiento de éstos. Era "subsidiaria", es decir, un último recurso que sólo debía utilizarse cuando ya no quedaba ninguna otra acción (*si alia actio non sit*). Era, además, anual e infamante.

En el caso de promesas provocadas por medio del dolo y aún no cumplidas, la *exceptio doli* podía neutralizar la eventual acción intentada por el acreedor. Esta acción, con su correspondiente excepción, no procedía

⁷⁵ D. 4. 3. 1. 2.

⁷⁶ Véase el párrafo 182.

⁷⁷ Véase D. 18. 1. 35. 8; D. 19. 1. 11. 5. Obsérvese que el art. 1815 C. C. distingue entre "dolo" (actividad) y "mala fe" (silencio, actitud pasiva), distinción desdichada en la doctrina y práctica.

contra terceros de buena fe, que hubieran adquirido un objeto en cuya transmisión anterior se hubiese actuado con dolo (contrariamente a lo que hemos visto en relación con el *metus*). En caso de dolo *mutuo*, ninguna de las dos partes podía recurrir a estos dos remedios.⁷⁸

Las citadas medidas procesales, fruto de las últimas generaciones republicanas, contribuyeron mucho a moralizar la práctica jurídica romana, dando un fundamento jurídico más al requisito de la *bona fides*. Este concepto, tan fundamental en la vida romana, había encontrado hasta entonces firmes baluartes en la opinión pública, la tradición y la política de los censores, pero después de las guerras púnicas resultó necesario crear para él una defensa plenamente jurídica, mediante la elaboración de *actiones bonae fidei*⁷⁹ y las dos figuras procesales que acabamos de mencionar,⁸⁰ la *actio de dolo* y la *exceptio doli*, que recibieron un fundamento más sólido aún por la regla de que la renuncia a ellas, hechas de antemano, no tuviera validez (D.50.17.23, regla que procede de Celso; véase art. 1822 Código Civil).

Exactamente como en el caso del *metus*, encontramos, paralelamente a la *actio doli* y a la *exceptio doli*, la facultad del pretor de anular negocios jurídicos, si en ellos se hubiera perjudicado con dolo a un menor de veinticinco años, a una mujer, etc. Es la *in integrum restitutio* que ya conocemos.

En materia de dolo, encontramos en el derecho justinianeo una importante distinción. El *dolus causam dans contractui*, sin el cual el negocio en cuestión no se habría celebrado, invalidaba el acto jurídico. En cambio, el *dolus incidens*, que sólo hubiera influido en los términos concretos de un negocio, que de todos modos se hubiera llevado a cabo, no producía más que el derecho a indemnización.

Una importante diferencia hay también entre el *dolus specialis* y el *dolus generalis*. Si un negocio se había efectuado con dolo, la parte perjudicada podía oponer la *exceptio doli specialis* al reclamársele su cumplimiento. En cambio, si el negocio se había celebrado en forma completamente limpia, sin dolo, pero una parte se basaba en este negocio para formular una reclamación injusta —por ejemplo, exigiendo el cumplimiento del otro, mientras él mismo se encuentra en estado de mora—, entonces se le podía oponer la *exceptio doli generalis*.

179. LA LESIÓN. El cuarto vicio que puede afectar el consentimiento, es aprovecharse de la ignorancia o de la situación difícil de otro contratante, perturbando de ese modo, en beneficio propio, el equilibrio entre prestación y contraprestación (cfr. “¡Mi reino por un caballo!”). En tal

⁷⁸ Una idea cuyos ecos encontramos, por ejemplo, en el art. 256 del Código Civil *in fine*.

⁷⁹ Véase el párrafo 162.

⁸⁰ Para una comparación entre la *bona fides* romana y el “fair play” inglés, véanse: RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechtes*, Gotinga, 1958, pág. 15; y SCHULZ, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, págs. 205, 223 y siguientes. Sobre “fair play” y derecho, véase también el libro de LUIS RECASÉNS SICHES, *Sociología*, México, 1956, página 170 y siguientes.

caso, la ignorancia o el influjo de circunstancias apremiantes impiden que haya un libre consentimiento. No se trata de dolo, ya que no hay errores provocados o engaños. Tampoco es intimidación, pues no hay violencia física o psicológica. Es, simplemente, un abuso de la inevitable desigualdad intelectual o social que existe entre los hombres, y dado que tal abuso, en caso de ser excesivo, va en contra de la idea —estoica, y luego cristiana— de la fraternidad humana, el derecho romano de la época post-clásica comenzó a sancionarlo.

Así vemos que Justiniano consideraba no válida una compraventa que se hiciera por un precio menor de la mitad del valor objetivo (*laesio enormis*).⁸¹

Tomando esta idea como punto de partida, la Edad Media, con sus ideas del *pretium iustum* aplica el concepto de “lesión” también a favor del comprador, y lo extiende, además, al préstamo con intereses. El jusnaturalismo aplica el concepto de lesión a cualquier contrato, como sucede también en el art. 17 del C.C. actual. Otras legislaciones, como la francesa, limitan este concepto a unos pocos contratos. Obsérvese que el derecho mexicano ha abandonado el criterio matemático para la lesión (conservado, en cambio, en el Código de Napoleón).

La relación del concepto de la *laesio* con la teoría de la causa, en el sentido de la “contraprestación”, es evidente (véanse págs. 347-348).

180. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS. El tercer elemento de los contratos es el objeto. Ya hemos señalado que éste puede consistir en un *dare, facere, praestare, non facere* o *tolerare*. El principal vicio posible relacionado con este elemento es la *imposibilidad*, sea física, sea jurídica. Además, el derecho romano consideraba como vicio del objeto, un exceso de vaguedad, el hecho de no ser valorable en dinero y la circunstancia de que el objeto tuviera repercusiones favorables o desfavorables en la posición jurídica de personas que no habían intervenido en el negocio en cuestión.

a) El objeto puede ser jurídicamente imposible, por ser contrario a la letra de la ley, a su espíritu (*fraus legis*; C.1.14.5; D.1.3.29) o a las buenas costumbres (C.2.3.6), o por el hecho de referirse a cosas fuera del comercio (*res communes omnium*, públicas, cosas de derecho divino, la herencia futura, etc.).

Los negocios que comprometen en forma definitiva o duradera nuestras libertades esenciales, son inmorales y, por tanto, no válidos. El criterio respectivo ha cambiado mucho en el curso de los siglos. Por ejemplo, la obligación de no casarse o de no volver a casarse correspondía al *favor*

⁸¹ Justiniano atribuyó esta figura a Diocleciano, ciertamente por error, ya que este emperador se negó precisamente a admitir la lesión como causa de anulabilidad (en contra del anhelo popular); y en todo el derecho “vulgar” occidental que quedó libre de la influencia justiniana, hasta los días de los glosadores, no encontramos el principio de la *laesio enormis*. Véase ERNST LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht; das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, pág. 209 y siguientes.

Si el vendedor reclamaba judicialmente la rescisión de compraventa, viciada por *laesio enormis*, el comprador podía defenderse mediante la entrega de una cantidad que completara el precio hasta el valor que el objeto había tenido en el momento de la operación.

castitatis de la época romanocristiana; en cambio, nosotros lo consideramos inmoral. Un caso límite muy discutible es, en el caso de despido, la obligación, por parte del trabajador, de no trabajar durante *x* años en la misma línea de su patrón.

b) El objeto puede ser también físicamente imposible, en cuyo caso el deudor podría defenderse con el *impossibilium nulla obligatio est*, de Celso.⁸² Un objeto de existencia futura no implica necesariamente una imposibilidad física, desde luego; en cambio, un objeto que ya no existe sí implica tal imposibilidad. Cuando hablemos del incumplimiento, encontraremos importantes restricciones a la regla de que la imposibilidad física del objeto deje la obligación sin efecto.

La imposibilidad física puede ser abstracta (por ejemplo, visitar el sol) o concreta (por ejemplo, mi promesa de traducir un libro del ruso, si no domino este idioma). Esta última imposibilidad puede ser pasajera; sin embargo, el famoso principio de D.50.17.210, ya mencionado, proporciona argumentos para afirmar que el contrato con objeto concretamente imposible, en el momento de la celebración del negocio, no es válido ni podrá serlo, aun cuando la imposibilidad desaparezca posteriormente.

Tenemos que decidir, en cada caso concreto, a la luz de la buena fe y de las reglas de la interpretación de contratos, si la eliminación de la imposibilidad concreta va quizás implícita en el objeto de la obligación; por ejemplo, si el contrato de traducir un libro del ruso implica, tal vez, tácitamente, el deber del traductor de aprender el ruso.

Otro gran problema en relación con la imposibilidad física es: ¿Cómo la delimitamos de la simple *dificultad*? Esta cuestión queda al arbitrio del juez. Si el cumplimiento de un contrato se hace exorbitantemente oneroso por hechos posteriores e imprevistos, éste admitirá, en general, que, en contratos de buena fe, el acreedor no debe aprovecharse de este cambio que modifica el equilibrio entre prestación y contraprestación en sentido perjudicial al deudor.

Los comentaristas medievales extendieron este principio hasta llegar a la teoría de que todo contrato contiene una cláusula tácita: *rebus sic stantibus* (o sea: este convenio será cumplido si todas las circunstancias esenciales alrededor del mismo quedan sin modificarse). Esta teoría que, a pesar de su ropaje romano, no procede del derecho clásico o justiniano, fue impopular en el siglo pasado, pero actualmente está resurgiendo como consecuencia de guerras, inflaciones monetarias, etc.⁸³

c) Además de su posibilidad jurídica y física, se requiere, en derecho clásico romano, que el objeto sea valorable en dinero. Si no, no podría existir acción para defender el derecho, pues durante el florecimiento del derecho clásico la condena tenía por objeto una cantidad de dinero.

Sin embargo, en tiempos postclásicos, más sentimentales, este principio

comenzaba a retroceder y el valor sentimental podía tomarse en cuenta para el importe de una condena (como resulta de una reconocida interpolación en D.17.1.54 —Papiniano—). El Código de 1884 reproduce el requisito clásico de la posible valoración monetaria, pero el actual guarda silencio al respecto.

d) Además, el objeto del contrato debía estar claramente determinado, o ser fácilmente determinable. La determinación por un tercero es admisible. ¿Y por una de las partes? El derecho moderno rechaza esta posibilidad (véase el art. 1797 C. C., donde el término “cumplimiento” suele interpretarse en sentido amplio, comprendiendo en él el concepto de “objeto”). El derecho clásico, empero, admite que una de las partes determine el objeto (por ejemplo, que uno de los socios reparta las ganancias entre los demás, siempre que se comporte como un *bonus vir*, de manera que su decisión respectiva queda potencialmente sujeta al control judicial).

Una vaguedad excesiva en cuanto al objeto eliminaba, empero, la validez del negocio jurídico. Desde luego, hay lagunas que pueden llenarse con ayuda de las reglas sobre la interpretación, ya mencionadas. Pero hay otras, tan serias, que hacen definitivamente indeterminable el objeto de la obligación, en cuyo caso el negocio no tiene existencia jurídica a causa de este vicio fundamental del objeto.

Como ejemplo de una vaguedad, remediable mediante interpretación, se puede citar la falta de especificación de la calidad exacta del objeto. Según los primeros clásicos, el deudor podía, en tal caso, entregar la peor calidad (opinión que aún encontramos en D.17.1.52), pero desde Gayo Casio se impuso la idea moderna de que el deudor debería cumplir, entonces, mediante entrega de una calidad media (D. 30. 37 pr.; D. 30. 110; véase art. 2016 C. C.). Esta idea más equitativa y moderna se manifestó primero en materia de legados, ya que el derecho romano solía favorecer al legatario en caso de conflictos de intereses entre éste y el heredero.

e) Otro requisito del objeto es que no implique el otorgamiento de derechos o la imposición de deberes a terceros.⁸⁴

El primer principio (*res inter alios acta aliis nocere non potest*) es todavía básico en nuestro derecho. El límite de lo que nuestro derecho admite en materia de aparentes restricciones a este principio es la promesa de “portefort” en que el sujeto pasivo se hace responsable (“se hace fuerte”) de que un tercero cumpla determinada prestación.

En cuanto al segundo principio (*res inter alios acta aliis prodesse non potest*), podemos referirnos a lo dicho sobre los contratos a favor de terceros.

181. PLURALIDAD DE OBJETOS. Un interesante caso especial, en relación con el objeto contractual, es la pluralidad de objetos. Esta puede ser alternativa, facultativa y conjuntiva.

En las obligaciones de objeto alternativo, éste consiste en una de varias

⁸² D. 50. 17. 185.

⁸³ Cfr., en Inglaterra, los famosos “Coronation cases”.

⁸⁴ *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*, I. III. 19. 4.

prestaciones, entre las cuales el sujeto *pasivo* puede escoger, siempre que no se haya convenido lo contrario.⁸⁵

Una interesante discusión teórica resulta de C.4.5.10. *A* debe a *B*: “un esclavo o diez sestercios”, y por error (leyendo mal el testamento en cuestión, por ej.) entrega ambos objetos. Ahora *B* le debe uno de los dos objetos, y como deudor, él tiene la elección (opinión de Ulpiano, Marcelo y Celso). Esto pareció injusto a Papiniano y a Juliano; “el que tuvo la elección respecto a la entrega, debe tener la elección respecto a la recuperación”, es la clara formulación de Justiniano, quien se coloca del lado de los últimos dos autores.

También es lícito estipular que un tercero haga la elección, en cuyo caso estamos en presencia de un contrato sujeto a la condición suspensiva de que este tercero designe el objeto que deberá prestarse; si se niega, el contrato queda sin efecto.

El problema más interesante, en lo que se refiere a la obligación de objeto alternativo, consiste en determinar las consecuencias de la pérdida de uno de los objetos alternativamente previstos. Para tal pérdida, la dogmática se sirve de la expresión: *concentración de la obligación alternativa*.

Pongamos ejemplos de una obligación por la cual el deudor debe *A* o *B*, a su elección.

a) Si por causa de fuerza mayor se pierde *A*, el deudor puede escoger entre la entrega de *B* o el valor de *A*.⁸⁶

b) Si por causa de fuerza mayor se pierden *A* y *B*, la obligación se extingue en perjuicio del acreedor, salvo en caso de mora (en este último supuesto, el deudor debe, a su elección, el valor de *A* o de *B*).

c) Si *A* se pierde por culpa del deudor, la destrucción de *A* puede considerarse como la elección del objeto *B*. Si luego *B* se pierde por causa de fuerza mayor, se podría concluir que el deudor ya no debe nada: optó por la entrega de *B*, y *B* se perdió sin su culpa. Sin embargo, Papiniano decidió que, en tal caso, el deudor debía al acreedor una indemnización, ya que la pluralidad de objetos debía dar al acreedor una seguridad contra la pérdida por causa de fuerza mayor. Si el deudor disminuía por actos culpables esta seguridad, era justo que respondiera de las consecuencias. En este caso, la indemnización consistía en el valor de *A* o de *B*, a elección del deudor, pues esta combinación de culpa y fuerza mayor no debía dar peor resultado para el deudor que la acumulación de dos culpas, cuyas consecuencias jurídicas veremos en el siguiente apartado.

d) Si *A* y *B* se pierden por culpa del deudor, éste deberá pagar el valor de *A* o de *B*, a su elección.

e) Si *A* se pierde por culpa del acreedor, quien no tenía el derecho de elegir, el deudor puede prestar *B* y reclamar una indemnización por *A*,

⁸⁵ Dogmáticamente, las obligaciones genéricas podrían considerarse como un caso extremo de las obligaciones alternativas.

⁸⁶ Solución de D. 30. 47. 3, sin que quede aclarado si vale únicamente en materia sucesoria, o si esta cita nos presenta una aplicación especial de un principio general.

pero también puede considerar el acto culpable del acreedor como equivalente a la entrega de *A*.

Esta obligación alternativa no debe confundirse con la *facultativa*.⁸⁷ En aquélla encontramos dos objetos alternativamente debidos, mientras que en ésta hay un solo objeto debido, aunque, por otra parte, se concede al deudor la facultad de liberarse cumpliendo con otro objeto. La diferencia práctica estriba en lo siguiente: la obligación alternativa subsiste, aunque cualquiera de los objetos se pierda por fuerza mayor. En cambio, la facultativa se invalida por la pérdida casual del objeto debido, aunque el otro objeto facultativamente previsto, existiera todavía. Además, el acreedor de una obligación alternativa debe demandar al deudor: *A* o *B*, a elección del demandado; si demanda *A* o *B*, comete una *plus-petitio causa*, una exageración en la demanda, arrogándose un derecho de elección que no le corresponde. En cambio, el acreedor de una obligación facultativa debe demandar al deudor por el solo objeto que está *in obligatione*, y no por los dos; si no, cometería una *plus-petitio re* que puede resultar fatal.

Un típico caso de una obligación facultativa es el originado por el deber del *paterfamilias* de pagar los daños y la multa privada, relacionados con los delitos de sus esclavos y *filiifamilias*. Puede sustraerse a este deber mediante el abandono del culpable. Sin embargo, si éste muere, el *paterfamilias* no queda liberado y tampoco puede escoger entre el pago de los daños (más la multa) o el valor del esclavo: deberá pagar los daños y la multa, aunque el esclavo haya tenido un valor muy inferior. Esta solución es explicable: el *paterfamilias* debía en primera línea los daños; tenía una posibilidad de escaparse a este deber, recurriendo al abandono, pero si esta posibilidad se vuelve ilusoria, aunque sea por fuerza mayor, esta circunstancia no cambia nada a su deber primordial: ¡tanto peor para él!

En la obligación conjuntiva encontramos varios objetos que deben cumplirse acumulativamente, antes de que pueda hablarse del cumplimiento completo de la obligación.

Es importante saber si estamos en presencia de una sola obligación con muchos objetos, o si se trata de varias obligaciones. En el primer caso, la regla general —suavizada en muchos casos por consideraciones de buena fe— dispone que todos los objetos deben cumplirse simultáneamente. Al acreedor no puede obligársele a aceptar cumplimientos parciales. En cambio, en el segundo caso, el acreedor no puede negarse a recibir los diversos cumplimientos en forma sucesiva.

⁸⁷ Este término no se encuentra en el *Corpus iuris*, aunque D. 42. 1. 6. 1 ofrece un punto de partida para esta terminología.

182. LA CAUSA.⁸⁸ El cuarto elemento del contrato romano era la *causa*. Las fuentes usan este término en varios sentidos, que han dado lugar a consecuencias dogmáticas de muy diversa índole. Inclusive se usa la palabra de "causa" fuera del estricto campo de los contratos, en el sentido de "fuente de las obligaciones en general", incluyendo los cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos (como cuando Gayo habla de contratos, delitos "y otras causas" de las obligaciones).

Dentro del estricto campo de las obligaciones, empero, la idea de una "causa" corresponde a dos acepciones muy distintas, que podemos ilustrar mediante el siguiente ejemplo.

Imaginémonos que carros con materiales y equipo de obreros suban regularmente la cuesta de una colina, y que, como resultado, esté surgiendo un hotel, en la cúspide.

¿Cuál es ahora la "causa" de este hotel?

Uno puede contestar: "la labor de estos obreros y su combinación con aquellos materiales, bajo la dirección de un arquitecto, y con la colaboración de contadores, juristas etc., forman la compleja 'causa' de este nuevo hotel."

Pero uno también podría contestar: "el hecho de que desde aquella colina hay una vista preciosa sobre el bosque y un lago, es la 'causa' de esta nueva adquisición turística de nuestra ciudad."

En el primer caso nos fijamos en los elementos materiales e intelectuales que gradualmente están dando lugar a este nuevo hotel, mientras que en el segundo miramos hacia la finalidad perseguida, que pone en marcha la labor de los obreros y los demás esfuerzos para hacer materializar allí un hotel.

En otras palabras: en el primer caso nos fijamos en acontecimientos *pasados y presentes*, mientras que en el segundo caso se trata de una proyección hacia el *futuro*.

Usando el mismo término de "causa" en dos sentidos tan distintos estamos cometiendo un pecado semántico. Es verdad que en la filosofía tratamos de corregir la situación, estableciendo la distinción entre la *causa originalis* y la *causa finalis*, pero en la práctica jurídica esta diferenciación terminológica no se ha arraigado y usamos la palabra de "causa" en sus dos acepciones, como veremos.

I. Podemos considerar como "causa" el motivo individual que impulsa un negocio jurídico. En este sentido utiliza el derecho romano el término en cuestión, cuando habla de la *causae probatio* de una *manumissio* intentada por un amo fuera de los casos permitidos por la *Lex Aelia Sentia*.

⁸⁸ Sobre el uso de este término en materia procesal, véase el artículo del gran romanista inglés, Buckland, en *Seminar* 1, Washington, 1943, pág. 3 y siguientes.

Generalizando este concepto de "causa" podemos decir que el derecho requiere para cada contrato una motivación individual que corresponda a ideas básicas de la moral, y un contrato determinado puede ser admisible o no a la luz de su "causa" según la finalidad perseguida por las partes. Para tomar un ejemplo moderno: un contrato aparentemente válido puede ser invalidado si se descubre que forma parte de un esquema de lavado de dinero.

Estrictamente hablando, el reconocer que la causa en este sentido forme parte ineludible de todo contrato, significa que deberíamos conceder a los jueces una amplia facultad para escudriñar la conciencia de las partes. Pero de esta manera los jueces se convertirían en guardianes de la moral (mientras que en la práctica ya le es suficientemente difícil ser simplemente guardianes del derecho): conviene que el legislador vaya con pies de plomo, al extender la labor judicial hacia la investigación de tales motivaciones.

Sin embargo, vemos que en el derecho clásico romano la investigación de los motivos individuales se extiende constantemente, y desde la mencionada *causae probatio* vemos surgir la *actio doli* (que ya hemos visto), la *actio iniuriarum* (que pronto conoceremos) y otros instrumentos mediante los cuales la justicia puede explotar la zona gris entre la moral y el derecho.

II. Hasta aquí hemos visto el uso del concepto de "causa" en el sentido de la finalidad perseguida por personas que tomen la iniciativa para algún acto jurídico. Pero no siempre la finalidad perseguida debe buscarse en el futuro: se puede afirmar que en los contratos conmutativos la finalidad perseguida mediante la prestación sea la perspectiva de recibir, —a menudo en forma inmediata—, la respectiva contraprestación, de manera que la finalidad perseguida mediante la prestación es la contraprestación: la prestación es la causa de la contraprestación, y *viceversa*: se trata de una reciprocidad, en la cual la causa *originalis* y la *finalis* encuentran una plataforma común.

Continuando este pensamiento llegamos a tres conclusiones:

a) Si en alguna relación contractual la contraprestación llegue a faltar por alguna razón, la prestación de pronto carecerá de causa, y la equidad requiere en tal caso que el deber de proporcionarla se anule, o que, en caso de ya haberse proporcionado, se reconstruya hasta donde sea posible la situación existente antes de entregarse la prestación (mediante devolución, o indemnización compensatoria).

En este sentido el derecho romano utiliza el término de "causa", por ejemplo, en la *condictio causa data causa non secuta*. Aquí, *causa* se mueve hacia el concepto de "contraprestación" y dicha *condictio* podría traducirse por: "la acción concedida en vista de que se ha entregado una prestación sin que una contraprestación haya seguido". La teoría de la causa en sentido objetivo es una de las raíces de la institución del enriquecimiento ilegítimo y del concepto de lesión; el derecho canónico la ve con muy buenos ojos y en la Edad

Media esta teoría produce nuevas ramas, como la teoría de *rebus sic stantibus*, la ya mencionada extensión de la *laesio enormis*, la regla de que *fidem non servantem, non est fides servanda*⁸⁹ y la *exceptio non adimpleti contractus*, mientras que el derecho moderno sigue experimentando con el efecto resolutorio del incumplimiento (*ipso iure u officio iudicis*), consecuencia de aquel equilibrio entre prestación y contraprestación requerido por la teoría de la causa en sentido objetivo.

b) En todos los contratos onerosos (o sea, los que dan lugar a obligaciones a cargo de ambas partes) debe haber un razonable equilibrio entre el valor de la prestación y el de la contraprestación.

A la luz de esta idea, el análisis de la "causa" nos lleva hacia el concepto de "lesión", que ya hemos visto como vicio de la voluntad: una zona de condominio entre la teoría del consentimiento y la de la causa.

c) Originalmente, la idea de la causa como contraprestación se desarrolló sólo en el ambiente de los contratos sinalagmáticos, conmutativos. Sin embargo, Domat,⁹⁰ —autor francés del siglo XVIII, importante dentro de la "segunda vida del derecho romano"— propuso que también los negocios gratuitos (contratos de donación, beneficios testamentarios) tengan su causa: un impulso de generosidad. Por lo tanto, tales actos deben estar basados en emociones que no estén basadas en una equivocada apreciación de los hechos (como en el caso en que te hiciera una donación por gratitud, porque salvaste la vida de mi hijo que estaba ahogándose, sin saber que primero lo echaste al agua). En tal caso, el vicio en la causa, y el concepto de error en las relaciones jurídicas comparten el mismo campo: por el análisis de ambos conceptos se llega al mismo resultado.

Esta ampliación del concepto de la "causa" obligó a los jueces a investigar, en caso de controversia, la existencia de este impulso, elemento netamente subjetivo, y abrió de nuevo la puerta para una ola de investigaciones judiciales respecto al carácter moral de los impulsos en los negocios, que se extendió también a los sinalagmáticos; especialmente en Francia, la experimentación judicial al respecto continúa, con altas y bajas, y aún no se ha dicho la última palabra sobre la importancia que debe concederse al elemento "causa", en la práctica jurídica.

III. Con lo anterior todavía no se agota la repercusión que la intuición de la "causa" ha tenido en el derecho: existe una tercera rama de la teoría de la causa.

⁸⁹ "Si alguien no cumple con su deber, no tenemos por qué cumplir con nuestros deberes en relación con él".

⁹⁰ En su famoso *Des loix civiles dans leur ordre naturel*, DOMAT (1625-1695) trata de conciliar un jusnaturalismo racional con la tradición justinianea. Dos ediciones inglesas de ese libro han servido como un puente más entre el pensamiento jurídico neo-romanista y anglosajón.

Podemos afirmar que en la práctica jurídica, en cada clase de contrato (por ej.: la compraventa) una típica prestación tiene como "causa" una típica contraprestación, y *vice versa*, de manera que podríamos decir que la "causa" de una compraventa es la voluntad de las partes de intercambiar una cosa por una cantidad de dinero, y que cualquier contrato que asumiera la apariencia exterior, —la fachada—, de una compraventa, pero en el cual las partes persiguieran otra finalidad que el mencionado intercambio, iría en contra de la "causa" de la compraventa. Pensemos al respecto en el uso de la forma de la compraventa para hacer en realidad una donación, "vendiéndose" y "comprándose" un objeto por una mínima parte de lo que realmente vale. En tal caso las partes contrariarían un principio jurídico-social, iendo en contra de la típica "causa" de la compraventa.

Siguiendo esta idea el análisis del concepto de la "causa" nos lleva hacia la teoría del *fraus legis*, "fraude cometido en perjuicio de la Ley". Este concepto es de origen muy antiguo, aunque para su pleno desarrollo era necesario que se permitiera a los jurisconsultos el análisis del espíritu de las leyes. En un ambiente completamente arcaico, donde dominaba el "culto a la palabra", no había mucho lugar para la figura jurídica del *fraus legis*. Uno de los primeros ejemplos es el reportado por Livio⁹¹ respecto de Licinio Stolo, autor de una famosa legislación agraria del siglo IV a. de J. C., quien emancipó a su hijo para poder traspasar a éste el excedente de tierras que sus propias leyes le prohibían tener en propiedad. De acuerdo con los *verba legis*, lo que había hecho era inobjetable; pero los ciudadanos se opusieron con éxito, alegando que su conducta iba contra el espíritu de su propia actividad legislativa.

El concepto de fraude a la ley ha llegado a ser muy importante en el derecho internacional privado,⁹² pero también constituye un tema básico en el derecho interno.⁹³

En esta teoría del *fraus legis* se encuentran combinadas (1) la idea de que todo negocio tenga una finalidad típica, objetiva, y (2) el deseo de investigar los motivos individuales detrás de la fachada impecable de algún negocio.

Cerca del *fraus legis* hallamos la "simulación" en los negocios jurídicos, figura analizada más bien por el derecho postclásico. (C. 4. 22; C. 4. 38. 3) En ésta, el motivo que impulsa a las partes no coincide con el fin económico-

⁹¹ VII. 16.

⁹² Como respecto de los casos de personas que cambian su nacionalidad, domicilio o residencia para colocarse bajo un régimen legal más favorable del que realmente les corresponde. (Cfr: La "cause célèbre" de la princesa Bauffremont-Bibesco.)

⁹³ Pensemos en compañías ficticias creadas para disminuir las cargas fiscales, en caso de tarifas progresivas; "compañías-fantasmas" para la inmigración de extranjeros, etcétera.

social, típico, del negocio que ellas parecen celebrar,⁹⁴ de manera que este tema tiene relaciones íntimas con el del *fraus legis*, como vieron claramente los romanistas medievales.

En la simulación hay siempre tres elementos:

- 1) Un negocio-fachada (o sea, el negocio simulado).
- 2) Un pacto secreto simulatorio que resta —entre las partes— eficacia al negocio simulado.
- 3) El negocio disimulado que representa lo que las partes, en realidad, han querido hacer. La causa, en sentido subjetivo, del negocio disimulado no corresponde, en tal caso, a la causa, en sentido objetivo, del negocio simulado.

Las partes no pueden invocar entre sí más que el acto disimulado, siempre que éste pueda subsistir por sus propios méritos jurídicos. En cambio, los terceros de buena fe pueden fundar sus derechos el negocio simulado: *error communis facit ius*: un error en que todos incurrir produce consecuencias jurídicas.

En este punto surge otra complicación. Debemos distinguir entre la verdadera *simulatio* y el *negocio imitado*.^{94a} Aquella es una creación de las partes y sirve para engañar al fisco, al público en general o a algún tercero. Esta, en cambio, es una creación de la práctica jurídica general, una manifestación de la antigua *economía de conceptos*, y no engaña a nadie. Ejemplo de la verdadera *simulatio* es un "matrimonio blanco" para disminuir las desventajas que un soltero sufriría a consecuencia de la legislación caducaria. Ejemplo de *negocio imitado* en cambio, es la *in iure cessio* en la cual se obtiene para una compraventa la firmeza que caracteriza una sentencia, por medio de una ceremonia, ante un magistrado, que toma la forma exterior de un verdadero juicio; sin embargo, nadie creerá que se trata realmente de un litigio y todos comprenderán que el aparato de la jurisdicción contenciosa se utiliza para un negocio basado en consentimiento.

Así vemos que el concepto de "causa" ha dado lugar a teorías divergentes, que siguen desarrollándose y que probablemente reservarán aún varias sorpresas para los juristas de las próximas generaciones. La discusión respectiva no es siempre muy clara y el pecado original, al respecto, es la nebulosa terminología romana, que utiliza el mismo término de "causa" en el sentido de la *causae probatio* (motivo individual), y en el sentido de "contraprestación" (*condictio causa data, causa non secuta*: causa objetiva). El art. 1831 C. C. es un punto de partida para el causalismo, pero depende de nuestros jueces el decidir cuán lejos quieran ir en la investigación del "motivo determinante" de cada contratante.

⁹⁴ Para un análisis de la simulación en el derecho moderno y en el romano, véase mi trabajo *Notas dogmáticas e históricas sobre la simulación*, "Revista Jurídica Veracruzana", marzo-abril, 1960.

^{94a} Intento de traducción del término pandectístico alemán *nachgebildetes Rechtsgeschäft*.

183. LA FORMA DE LOS CONTRATOS. Como último elemento esencial del contrato romano, se suele mencionar una forma determinada.

La *forma* tiene gran utilidad en la vida jurídica: proporciona medios probatorios seguros, reduce la variada vida económica a combinaciones de "tipos" netos de negocios, evita con frecuencia que se tomen importantes decisiones bajo el influjo de impulsos momentáneos y favorece, en general, la claridad y la seguridad. "La forma es a los negocios jurídicos lo que el cuño a las monedas" (Jhering). Así como el cuño evita la molestia de pesar y de investigar en cada caso la ley del oro, de la misma manera la debida forma en los negocios jurídicos crea la presunción de que éstos son válidos y señala inmediatamente qué clase de negocio es; nos ayuda, por tanto, a economizar energías. Además, como cada negocio madura durante cierto lapso, con una serie de pláticas previas, sugerencias, contraproposiciones, etc., la forma del negocio sirve para indicar con claridad: "aquí termina la fase preparatoria; comienzan ahora las decisiones jurídicas que implicarán derechos y deberes".

Para una elocuente defensa del formalismo, continúa siendo interesante el segundo tomo de la gran obra de Jhering, *El Espíritu del Derecho Romano*, con observaciones como "el florecimiento de la libertad individual era, precisamente, el período de minuciosa severidad formalista";⁹⁵ algo que no sorprende, pues "la forma es la enemiga jurada de la arbitrariedad: es la hermana gemela de la libertad".

¿No nos presenta Jhering aquí un auténtico sofisma? De todos modos, este gran maestro del siglo pasado reconoce también que la forma implica peligros y desventajas. Un ligero defecto formal y la honrada voluntad de las partes queda frustrada, sobre todo en el mundo preclásico, cuyo rígido formalismo no distinguía entre vicios formales ligeros y graves. Además, la forma causa molestias: para la *stipulatio*, las partes deben estar presentes en un solo lugar; para la *insinuatio*, debo trasladarme al despacho de un funcionario público, etc. Por otra parte, cuando en tiempos posteriores ya no se comprende el valor de las formas originales, si éstas perpetúan su existencia, a pesar de todo, un formalismo que antes tenía sentido degenera fácilmente en pura molestia, vacía de significación.⁹⁶

En la época preclásica, la íntima relación entre la religión y la magia (tan esencialmente formalista), por una parte, y por otra, el derecho, en combinación con la reducida difusión del arte de leer y escribir, provocó la necesidad de convertir los principales actos jurídicos casi en pequeñas piezas de teatro, con formas dramáticas minuciosamente presentadas. Pensemos en la *mancipatio*, la *stipulatio* o el testamento *calatis comitiis*. En

⁹⁵ *Espíritu*, II. 2. 471.

⁹⁶ Para gozar de inmunidad, el asilado en un templo necesitaba estar en contacto con el altar. Algunos trataban de conservar este contacto mediante un cordón, y fueron muertos en la calle al romperse este cordón. (Véase mi artículo *Historia del derecho de asilo*, "Foro de México", núm. 76, julio de 1959). Si, con frecuencia, reconocemos los méritos del formalismo, por otra parte, debemos rechazar tales caricaturas indignas de un simbolismo que, originalmente, tuvo un profundo sentido.

aquella época, consentimiento y causa significaban poco; la forma era lo esencial.

Desde sus orígenes, la teoría del contrato tendió paulatinamente a un subjetivismo acentuado, abandonando este objetivismo externo. Así, el elemento de la *forma* cedió, poco a poco, su lugar a los elementos subjetivos (consentimiento, causa). Es posible que Justiniano ya concediera acción a todos los pactos nudos. Es verdad que D. 2. 14. 7. 4 nos comunica que “el pacto nudo no produce una obligación, sino que origina una excepción”; sin embargo, es probable que la práctica jurídica justiniana fuera más lejos e hiciera de los pactos nudos fuentes de acciones.⁹⁷ En el occidente, el derecho romano vulgar había llegado al mismo resultado.⁹⁸ Sin embargo, los glosadores medievales regresaron a una interpretación más restringida del *Digesto*, que exigía de nuevo como principio general un riguroso formalismo. Luego los comentaristas, ayudados por el espíritu del derecho canónico, emprendieron una vez más el camino hacia la libertad formal, o sea hacia aquel principio que el romanismo escocés formula tan graciosamente en el adagio: “every paction begets an action”, principio que también cabía dentro de la ideología del jusnaturalismo, que triunfó en el siglo XVIII. Así se llegó, durante el siglo pasado, al apogeo de la libertad formal, en materia contractual. Mientras que el derecho romano clásico nos ofrecía un “sistema de diversos contratos”, el derecho neorromanista nos proporciona un “derecho general de contratos”, y allí encontramos el principio general de que *pacta sunt servanda*.

Actualmente, el legislador impone nuevamente, en una creciente cantidad de casos, determinadas formas como elemento esencial de diversos contratos. Esto se debe a que nuestra época pide de la práctica jurídica facilidad de prueba, facilidad de interpretación, publicidad, uniformación de actos jurídicos y seguridad para terceros. Todo esto, y también la ilimitada curiosidad del fisco, provoca un renacimiento del formalismo. Si bien, a primera vista, los códigos modernos parecen consagrar el principio de la libertad de forma,⁹⁹ estas declaraciones van siempre acompañadas de la salvedad de que la ley puede prever, en determinados casos, la necesidad de una forma determinada; y, en general, el legislador, quitando con una mano lo que da con la otra, aprovecha ampliamente esta autorización. De hecho, estamos más cerca del formalismo que de la libertad de forma.¹⁰⁰

Así, en la época clásica, vemos crecer una serie de contratos celebrados sin el severo rito que caracterizaba la *stipulatio*, la *mancipatio*, o la *in iure cessio*. Mientras que el contrato real requería para su perfec-

⁹⁷ Literatura con KASER, *Das römische Privatrecht*, 1959, II. par. 261, nota 15.

⁹⁸ ERNST LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht; das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, par. 17.

⁹⁹ Art. 1796 del Código Civil; art. 1832 del mismo Código.

¹⁰⁰ Notemos de paso que el art. 1795 del Código Civil, en su cuarta fracción, sanciona las contravenciones a la forma obligatoria, mediante nulidad.

cionamiento la entrega física de una cosa y, por tanto, puede considerarse como figura de transición entre los contratos formales y los contratos de forma libre, el contrato *consensual* se perfeccionaba por el mero consentimiento de las partes, es decir, por un hecho subjetivo, íntimo. Para la manifestación de tal consentimiento, el derecho romano no requería ninguna forma especial; podía hacerse verbalmente, por escrito, por signos e, inclusive, tácitamente.

184. CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS. Los vicios posibles relacionados con la forma contractual eran:

a) El uso de formas distintas de las que exige el *ius civile* para determinados negocios. Ejemplos: venta de una *res mancipi* por mera *traditio*; confección de un testamento, mediante la elaboración de *tabulas* sin realizar una *mancipatio* (con anterioridad al testamento tripartito). Muchas veces el pretor intervino, concediendo a tales negocios —que no tenían validez para el *ius civile*— una completa eficacia dentro del *ius honorarium*. Así, vemos a menudo que el pretor otorgaba poderosas excepciones contra la acción de la persona que quisiera aprovechar el hecho de que para un acto jurídico no se utilizaron las formas prescritas por el *ius civile*. Recuérdese, a este respecto, la propiedad *bonitaria* y la *possessio bonorum*, o sea, la propiedad y la herencia que reconocía el pretor en muchos casos en que, por falta de la forma prescrita, el *ius civile* declaraba que no había propiedad o herencia.¹⁰¹

b) También era posible que el acuerdo entre los interesados no tomase ninguna otra forma más que la mera proposición del uno y la aceptación del otro, a menudo después de regatear sobre las condiciones.

Si el acuerdo en cuestión podía considerarse como uno de los cuatro contratos consensuales que veremos después, no había ningún problema. Entonces, el acuerdo producía obligaciones civiles, amparadas por acciones. Pero, en los demás casos, el acuerdo era un mero “pacto” que, por regla general, no producía una situación jurídica amparada por sanciones procesales. En la época antigua del derecho romano, tal situación estaba plenamente justificada: el derecho de entonces era severo, las sanciones duras, hasta crueles; por tanto, era necesario que el romano supiera exactamente cuándo se encontraba en el terreno jurídico peligroso, para lo cual se proveía de formas claras y teatrales, como advertencias.¹⁰² Todo lo que se dijera que no estuviese provisto de tales signos de alarma, no producía consecuencias exigibles (fuera de los mencionados contratos reales y consensuales).

Sin embargo, aunque no existe unanimidad de opiniones entre los romanistas sobre este punto, hay argumentos que permiten suponer que los

¹⁰¹ Véanse los párrafos 136 y 234.

¹⁰² Cfr. la observación de Jhering, según la cual el formalismo jurídico sirve como “despertador de nuestra atención jurídica” (*Espíritu*, II. 2. 499).

simples pactos, los *pactos nudos*,¹⁰³ tenían cierto efecto jurídico: engendraban obligaciones naturales de modo que su cumplimiento voluntario no podía considerarse como un pago de lo indebido o una donación.

En el derecho justiniano, si el *pactum nudum* no producía acción, cuando menos ofrecía una defensa, al producir una *exceptio*. Este principio general tuvo antecedentes en plena época clásica.¹⁰⁴

Poco a poco, en interés de la equidad y de la rapidez que exigía la intensa vida económica de Roma, recibió eficacia jurídica un número cada vez mayor de pactos. Los originalmente nudos que alcanzaron tal categoría se dividieron en tres grupos: *adjectos*, *pretorios* y *legítimos*. Todos ellos se denominaron *pactos vestidos*.

185. PACTOS VESTIDOS. Entre éstos, distinguimos las tres categorías señaladas:

a) Pactos *adjectos*. Puesto que, en contratos de buena fe, el juez tenía que tener en cuenta la intención de las partes y las demás circunstancias del caso, era natural que los pactos concertados por las partes en el momento de celebrarse un contrato de buena fe, tuvieran eficacia procesal. Para que tales pactos se incorporaran al contrato principal, empero, era indispensable que se celebraran en el mismo momento que el contrato mismo: *in continenti*, y no *ex intervallo*.

b) Pactos *pretorios*. En interés de la vida económica, el pretor concedía acciones y excepciones con fundamento en algunos pactos, los cuales, por esta razón, pasaron de la categoría de pactos nudos a la de pactos vestidos. Esta clase de pactos pretorios comprende:

1. El *constitutum debiti*. Se trataba de una figura jurídica, la cual no sobrevive en el derecho moderno, y que en la antigüedad servía especialmente para formalizar una prórroga de un contrato existente (ya hemos señalado que los pactos adicionales *ex intervallo*, generalmente, no tenían eficacia).

La antigua *fides romana* no podía ver con agrado que el deudor, después de recibir el favor de una prórroga, alegara que su antiguo deber, derivado de un contrato formal, había cedido su puesto a un nuevo deber exclusivamente natural, ya que, por novación, al ser prorrogado, un contrato auténtico se había convertido en un pacto nudo. Por tanto, si una obligación civil modificaba su vencimiento, mediante un simple arreglo informal, nacía de este *constitutum debiti*, a pesar de la falta de forma, una nueva obligación con eficacia procesal. Esta eficacia se extendía también a la pena convencional de una mitad más que el deudor tenía que prometer, generalmente, en caso de tales prórrogas (*sponsio partis dimidia*), y, poco a poco, se permitió que el *constitutum debiti* extendiera su

¹⁰³ Etimológicamente *pactum* se deriva de *pascisci*, hacer las paces (XII Tablas, VIII. 2). Sólo en la época clásica llega a tener el significado de *convenio jurídico*.

¹⁰⁴ Cfr. la *exceptio pacti conventi* de LENEL, *Ed. Perpetuum*, 3ª ed., pág. 501, y GAYO, IV. 119. Por lo tanto, el *pactum adjectum ex intervallo*, aunque ineficaz para aumentar los deberes del deudor, podía servir para disminuirlos.

campo de acción a otros elementos de la obligación original, ajenos al vencimiento.¹⁰⁵ Inclusive, se permitió que el deudor de la relación jurídica originada por el *constitutum debiti* fuera persona distinta del deudor de la obligación original o que mediante el *constitutum debiti* se añadiera a la obligación preexistente un codeudor *ex posteriori*.

Así, el *constitutum debiti* llegaba a ser una novación informal de toda clase de deudas.

En la actualidad, nuestro sistema de hacer libremente toda clase de convenios adicionales, cuando queremos cambiar algún detalle en una obligación existente, ha restado importancia a la novación en general y ha hecho innecesario el *constitutum debiti*.

2. El "pacto de juramento", convenio en que las partes se declaraban de acuerdo para que una eventual controversia futura sobre la existencia o inexistencia de un crédito fuera decidida mediante juramento.

3. El *receptum argentarii*, convenio informal en el que un banquero figuraba como sujeto pasivo, prometiendo pagar cierta cantidad a un tercero. Esta figura fue absorbida por Justiniano en el *constitutum debiti alieni*, novación informal por la cual el banquero podía entrar en una relación jurídica preexistente, figurando allí como deudor en sustitución de uno de sus clientes.

4. El *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, convenios informales en que los transportadores, hoteleros o arrendadores de establos—los estacionamientos de aquellos días— se hacían responsables de mercancías, equipajes o caballos, confiados a su custodia.

5. El *receptum arbitrii*, convenio por el cual una persona aceptaba el cargo de actuar como árbitro en un pleito.

c) Pactos *legítimos*. Varias constituciones imperiales concedían una *actio ex lege* para exigir el cumplimiento de algunos pactos, hasta entonces nudos. Como tales "pactos legítimos" debemos mencionar:

1. La promesa de dotar (desde Teodosio II).

2. La promesa de donar (desde Justiniano).

3. El convenio de someter eventuales pleitos futuros a la opinión de uno o varios árbitros (desde Justiniano).

Además, se redujo el campo de los pactos nudos con la introducción de los contratos innominados. Estos, en el momento de su formación, se parecían a simples pactos nudos, ya que no producían obligaciones civilmente eficaces. Sin embargo, como veremos, cualquiera de las partes podía convertir su derecho en exigible, prestando a favor de la otra parte lo que había prometido.

A pesar de la conversión de pactos nudos en pactos vestidos y de la creación de nuevas categorías de contratos menos formales o informales—contratos reales, contratos consensuales y contratos innominados—, el derecho romano probablemente nunca dio el último paso, declarando que

¹⁰⁵ Véase D. 13. 5. 1. 5.

todos tienen que respetar su propia palabra, independientemente de la forma en que hayan manifestado su voluntad de obligarse. Hasta en la época de Justiniano encontramos pactos simplemente nudos por falta de forma, como, por ejemplo, la mera promesa de intereses.

Gracias al derecho canónico medieval, reforzado por el jusnaturalismo, los *pacta nuda* reciben finalmente la categoría de contratos, originando deberes civiles, y, por último, en 1756, este principio entra —con el Código de Baviera— en el derecho codificado. Desde entonces, tras un desdoblamiento de dos milenios, vale, en forma general, la famosa máxima de que *pacta sunt servanda* (lo pactado debe cumplirse), y el derecho positivo confirma la moral contenida en el Sermón del Monte (Mateo, V. 37): “sea, pues, vuestro modo de hablar *sí, sí; no, no...*”. En otras palabras, el hombre honrado cumple la palabra dada, independientemente de haberse obligado, o no, en forma jurídica, con juramento, por escrito, etcétera.

A pesar de este triunfo del pacto nudo, existen en nuestros códigos algunos contratos que no son válidos, si no se celebran observando ciertas formas, y ya hemos señalado la tendencia legislativa actual a incrementar el formalismo en nuestro sistema de contratación.

186. ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS. Los elementos accidentales del negocio no pugnan con el carácter del contrato, pero tampoco son indispensables para que el contrato corresponda a su típica función económico-social, es decir, son elementos que no están en contradicción con la causa en sentido objetivo, pero tampoco son una consecuencia ineludible de esta causa. Las partes están en libertad de introducir estos elementos accidentales en el contrato, *expressis verbis*,¹⁰⁸ pero si no dicen nada respecto de ellos, no se incorporan automáticamente al contrato, ya que no son *naturalia negotii*, sino *accidentalia negotii* o modalidades.

Como tales modalidades, el derecho romano menciona varias figuras: pena convencional, prenda, fianza, hipoteca, lugar especial de cumplimiento, deudores adicionales, acreedores adicionales, etc., pero tres de estas modalidades alcanzaron tanta fama, debido a su frecuencia y a su problemática especial, que para príncipes de la dogmática moderna, como Planiol o Hémaré, han llegado a ser *las* modalidades. Me refiero al término, a la *condición* y al *modo*, que también se llama *carga*.

El Código Civil de 1928 no ha aceptado esta limitación de Planiol al concepto de modalidad, como se nota por las materias que trata bajo el título de “Modalidades de las Obligaciones”. Nosotros, para fines didácticos, reduciremos, empero, el concepto de modalidad a las tres figuras mencionadas.

¹⁰⁶ Observemos que existen *actus legitimi* que no admiten condiciones, términos o cargas (D. 50. 17. 77). También en el derecho moderno encontramos tales actos jurídicos, por ejemplo, en el art. 1657 del Código Civil.

187. LA CONDICIÓN. La *condición* es un acontecimiento futuro y de realización incierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un acto jurídico. En el primer caso, hablamos de *condición suspensiva*; en el segundo, de *condición resolutoria*.

Las condiciones no fueron bien recibidas en el derecho preclásico, pues iban contra el principio de la sencillez y de la concentración, que allí encontramos. Especialmente, la *condición resolutoria* tuvo grandes dificultades para ser admitida en la dogmática y práctica romanas, e incluso la *condición suspensiva* era sospechosa, cuando menos para los preclásicos. Un negocio que sólo obtuviera eficacia jurídica después de realizarse una *condición suspensiva*, les parecía una monstruosidad, algo como el nacimiento de un niño que sólo comenzara a vivir después de algún tiempo de haber nacido.¹⁰⁷

La *condición suspensiva* encontró, probablemente, ya en la época preclásica, su “punto de irrupción”¹⁰⁸ en la materia testamentaria. Durante el periodo clásico fue generalmente admitida y analizada con gran finura. En cambio, ni los clásicos ni los compiladores justinianos admitieron la *condición resolutoria*, que fue obra de los comentaristas.¹⁰⁹

Sin embargo, ya en la época clásica, la práctica cotidiana exigió algo parecido a la *condición resolutoria* moderna, y la agilidad mental de los jurisconsultos ofreció como solución un negocio puro y simple —es decir, no sujeto a modalidad alguna— en combinación con un pacto anulatorio de este negocio, sujetando este pacto a una *condición suspensiva*, negativa y potestativa; por ejemplo, que el comprador no pagara determinado precio, antes de determinado día. Así, un negocio sujeto a *condición resolutoria* quedaba sustituido por la unión de un negocio puro y simple con un negocio revocatorio del primero, sometido a *condición suspensiva*.¹¹⁰

Reconozcamos, empero, que la desconfianza clásica hacia la *condición resolutoria* era justificada. Esta figura resultaba molesta en la estructura de nuestra dogmática. En esta modalidad, *pendente conditione*, el adquirente de una cosa ya era propietario, podía enajenar, gravar, etc.; pero, en caso de realizarse la *condición resolutoria*, se restablecía retroactivamente, *ex tunc*, la situación original. En tal caso, se presentaba de nuevo el problema de a quién se debía proteger: ¿a la primera mano o a la tercera? Los *iura in re aliena*, concedidos *pendente conditione*, ¿debían anularse en perjuicio de tercero o conservarse en perjuicio del original propietario que había recuperado sus antiguos derechos? Los comentaristas se inclinaban a la protección de la primera mano: *resoluto iure concedentis*,

¹⁰⁷ JHERING, *Espiritu*, III. 174.

¹⁰⁸ Toda figura actual inexistente en el derecho preclásico se anuncia primero tímidamente en relación con alguna institución especial, de alcance limitado —el “punto de irrupción”—, para extenderse paulatinamente desde allí. Véase JHERING, *Espiritu*, II. 2. 338 y siguientes.

¹⁰⁹ Estos se basaron indirectamente en algunos textos del *Digesto*, como D. 18.

2. 2 pr.

¹¹⁰ Cfr. D. 18. 3. 1.

resoluitur ius accipientis, dice la correspondiente máxima:¹¹¹ si se anula el derecho del que concede, se anula el derecho del que recibe.

En aquellos casos en que el derecho clásico o el justiniano admitieron la posibilidad de que, por acontecimientos futuros y de realización incierta, una nueva situación jurídica llegara a cancelarse, como en el caso de la *addictio in diem*,¹¹² encontramos inmediatamente este mismo problema.¹¹³

Por la siguiente división, en materia de condiciones, decimos que éstas pueden ser:

a) *Potestativas*, si su realización depende sólo de la voluntad de la parte interesada en tal realización (“si te comes una rana viva, te doy un peso”).

b) *Casuales*, si su realización resulta independiente de la voluntad de las partes (“si llueve mañana...”).

c) *Mixtas*, si la realización depende de la voluntad de la parte interesada y, además, de la voluntad de un tercero (“si te casas con Lucrecia...”); o de la voluntad de la parte interesada y, además, de una intervención de la naturaleza (“si dentro de un año tienes gemelos...”).

Otra distinción es la de condiciones *negativas* y condiciones *positivas*. Es evidente que no debemos confundir la condición negativa con la resolutoria. La primera es un hecho futuro e incierto de carácter negativo (“si dentro de tres años no hay guerra entre Suiza e Italia...”), que a su vez puede servir como condición suspensiva (“... entonces te daré mi biblioteca”) o como resolutoria (“... entonces me devolverás la biblioteca que te doy ahora”).

Además de las categorías de condiciones resultantes de estas divisiones, encontramos una más, la *conditio iuris*. Esta va automática y tácitamente implícita en determinadas figuras jurídicas. Por ejemplo, si instituyo heredero a Claudio, esta institución se hace, automáticamente, con la condición de que Claudio tenga la *testamenti factio passiva*: no hay ninguna necesidad de añadir algo tan obvio. Estas *conditiones iuris* no son auténticas modalidades, sino, más bien, requisitos fijados por el derecho positivo para que la voluntad de los sujetos surta efectos.

Señalemos ahora algunos problemas relacionados con las condiciones.

1. Uno muy especial se presentaba respecto de las condiciones que no estuvieran sujetas a un plazo determinado. ¿Cuándo podía decirse que no se había cumplido la condición? En caso de condiciones casuales o mixtas, los romanos decidieron que aquella no se había cumplido si, lógicamente, el acontecimiento en cuestión no podía realizarse ya.¹¹⁴ Por tan-

¹¹¹ Tales máximas o “brocárdicos” son breves reglas de derecho en que, especialmente los romanistas medievales, tratan de condensar su pensamiento dogmático jurídico en unas cuantas palabras. De aquellas breves y enérgicas formulaciones, “que sueñan como las trompetas del juicio final” (Siber), conoceremos varios ejemplos: *dies interpellat pro homine, malitiam non est indulgendum*, etc.

¹¹² Véase el párrafo 214.

¹¹³ Cfr. D. 18. 2. 4. 3, con protección para la primera mano.

¹¹⁴ D. 45. 1. 115. 1/2.

to, se trataba de una cuestión que debía estudiarse con sentido común, en cada caso concreto, y en cuya decisión el juez tendría la última palabra. Pero si la condición potestativa era de carácter negativo, no podía adoptarse esta solución; hasta sus últimos momentos puede una persona cambiar su voluntad, de modo que nunca podía decirse con seguridad que una persona viva no realizaría un acto que sólo de ella dependía. Para evitar que en tales casos hubiera de esperarse hasta la muerte de la persona de cuya voluntad dependía la realización, o no realización, de estas condiciones, se recurría a una ficción, combinada con una garantía: la condición potestativa negativa y suspensiva se tenía por cumplida inmediatamente, siempre que el interesado diera una garantía (fianza, prenda o hipoteca). Así se aseguraba la devolución del beneficio, condicionalmente otorgado, en caso de que se realizara el hecho previsto como condición negativa. Obsérvese que lo anterior convierte en resolutoria una condición que originalmente había ostentado carácter suspensivo. En general, la garantía tomaba la forma de una fianza (la ya mencionada *cautio Muciana*).

2. En caso de una condición suspensiva, ¿cuál era la situación jurídica, *pendente conditione*? Entre el momento del establecimiento de la condición y el momento de su cumplimiento (*conditio impleta*), o de la seguridad de que no se cumpliría (*conditio defecta*), el interesado en el cumplimiento de la condición no tenía más que una expectativa, una *spes obligationis*. Pero hemos de preguntarnos hasta qué grado el orden jurídico debía proteger esta expectativa. Resulta que el derecho romano había ido bastante lejos en esta protección al disponer, en muchos casos, que los actos de disposición realizados por titulares de bienes que, en caso de realizarse una condición suspensiva, pasarían a otras manos, eran nulos,¹¹⁵ y al otorgar al acreedor eventual, el derecho de realizar actos necesarios para la conservación de su expectativa, los cuales inclusive llegaban a un grado tan molesto de vigilancia que, muchas veces, “por tedio”, el deudor eventual prefería otorgar una caución.¹¹⁶

En materia de condiciones resolutorias, la *spes obligationis*, durante la fase *pendente conditione*, daba lugar al mismo problema, y probablemente llevaba al mismo tipo de vigilancia preventiva, ya que el romano construyó la condición resolutoria como un contrato puro y simple, combinado con un pacto en sentido contrario, a su vez sujeto a una condición suspensiva, según acabamos de ver.

3. Otro problema se presentaba respecto del cumplimiento de la condición suspensiva. ¿La *spes obligationis* se convertía en un derecho de crédito, pero con efecto retroactivo —*ex tunc*— o con efectos que no se tenían en cuenta sino desde el momento del cumplimiento —*ex nunc*—?

¹¹⁵ D. 40. 9. 29. 1; D. 40. 1. 11; D. 11. 7. 34.

¹¹⁶ Cfr. art. 1942 del Código Civil de 1928.

La cuestión tenía gran importancia. Imaginémosnos que un romano da un terreno en hipoteca para garantizar una deuda condicional que tiene con *A*, y que, luego, da el mismo terreno en hipoteca para garantizar una deuda pura y simple para con *B*. Después, la condición suspensiva de la primera deuda se realiza. ¿Quién tiene ahora la primera hipoteca? Si admitimos que la condición se realiza *ex tunc*, el derecho de hipoteca de *A* debe tener la preferencia.¹¹⁷ Interesante es también el siguiente caso:¹¹⁸ el heredero debe a un legatario un inmueble, bajo condición suspensiva; entre tanto, *pendente conditione*, otorga una servidumbre a cargo de este fundo. La servidumbre vale, pero se extingue si la condición se cumple. Parece que el derecho justiniano ha preferido decir que la condición se cumple *ex tunc*, y como el derecho clásico había decidido esta cuestión, posiblemente en otro sentido, casi todos los lugares que se refieren en forma clara a este problema están visiblemente interpolados.¹¹⁹ Desde el respectivo estudio de Windscheid,¹²⁰ la cuestión ha sido muy discutida. Sin embargo, la solución de este autor, según la cual la condición suspensiva se realiza *ex nunc* y la resolutoria *ex tunc*, contradice varios casos claros del *Digesto*, y es, además, incompatible con el hecho de que, para los antiguos, la condición resolutoria era un caso especial de la condición suspensiva.¹²¹ De todos modos, si la regla general del derecho justiniano era dar efecto retroactivo al cumplimiento de la condición¹²² se trata únicamente de derecho dispositivo, no de *ius cogens*. Por tanto, si la expresa o probable voluntad de las partes apuntaba hacia un cumplimiento con efectos *ex nunc*, la regla general cedía al carácter del caso especial. El derecho mexicano adopta la posición justiniana.¹²³

4. La condición imposible (física o jurídicamente), por regla general, anulaba todo el negocio al que pertenecía, excepto si se trataba de condiciones insertas en negocios *mortis causa*. Estas se tendrían por no puestas en caso de resultar imposibles, con lo cual dicho negocio se volvía puro y simple.¹²⁴

¹¹⁷ D. 20. 4. 11. 1 decide el caso, efectivamente, en este sentido; también D. 18. 6. 8 apunta hacia esta solución.

¹¹⁸ D. 8. 6. 11. 1.

¹¹⁹ KASER, en su monumental obra *Das Römische Privatrecht*, I. 220, Munich, 1955, niega categóricamente que el derecho clásico haya dado efectos retroactivos a la condición. Véase también el libro *El negocio jurídico en el derecho romano*, de URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, Madrid, 1954, pág. 27 y siguientes.

¹²⁰ WINDSCHEID, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Basilea, 1852.

¹²¹ Véase la página 355.

¹²² JHERING, en *Espíritu*, III. 175, sugiere que la respectiva tendencia justiniana era una concesión al principio preclásico de *concentración*, incompatible con la idea de un espacio vacío entre la celebración de un negocio y sus efectos, entre causa y efecto, entre nacimiento y vida. Sin embargo, no es de suponer que Justiniano haya querido volver a la psicología jurídica preclásica, pasando por encima de la tradición clásica que tanto respetaba.

¹²³ Art. 1941 del Código Civil.

¹²⁴ Esta excepción sufría a su vez otra excepción, cuando se trataba de legados en concepto de castigo.

Las condiciones imposibles se equiparaban a las que tenían alguna contradicción interna.¹²⁵

5. En el derecho romano, los hechos pasados o presentes, desconocidos por las partes que celebraban un convenio, no podían servir de condiciones.¹²⁶ Así, las condiciones "si el rey de los Partos vive en este momento..." o "si hay cien pesos en esta bolsa..." no eran válidas. El derecho comparado moderno no ofrece soluciones uniformes a este respecto. El Código de 1884 reconocía hechos pasados, pero desconocidos por las partes, como condiciones admisibles; el Código de 1928 exige de nuevo que la condición sea un acontecimiento futuro (art. 1938; véase, empero, también art. 1498).

6. Debemos mencionar todavía una situación especial respecto a la condición suspensiva, que ilustraremos con el siguiente ejemplo: recibo una herencia, a condición de dar cierta cantidad a la persona que, por vía legítima, hubiera recibido dicha herencia. Esta se niega a recibir el dinero, y como contra su voluntad no se puede hacer a nadie una donación (*invito beneficium non datur*), no puedo cumplir con la condición; por tanto, se pasa de la vía testamentaria a la legítima, y el que se negó a recibir la donación o el legado, recibe ahora, como heredero legítimo, toda la herencia. Este resultado pareció injusto a los clásicos; en las Reglas de Ulpiano¹²⁷ encontramos que el esclavo, liberado por testamento bajo una condición que luego el heredero impedía cumplir, recibía la libertad, aunque la condición no se hubiera realizado.¹²⁸

188. EL TÉRMINO. El término es un acontecimiento futuro, pero de realización cierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un acto jurídico. En el primer caso, el término es suspensivo, y el negocio tiene efectos *ex die* (a partir de determinada fecha); en el segundo, el término es resolutorio y el negocio tiene efectos *in diem* (hasta determinada fecha).

La palabra *fecha* no es necesariamente un día fijo del calendario, establecido de antemano (fecha cierta), sino que puede ser un día que llegará seguramente, aunque no sepamos todavía cuál es. Así, el día de mi muerte es término, aunque todavía de fecha incierta (*dies certus, an incertus quando*). Durante el intervalo entre la celebración del contrato en cuestión y el cumplimiento del término, el adquirente de un derecho sujeto a un término suspensivo tenía una posición más firme que el adquirente de un derecho sujeto a condición suspensiva, ya que, por definición, el término era de realización *cierta*. Desde el momento en que el término comenzaba a correr, o sea, desde el *dies cedens*, el adquirente transmitía a sus herederos, en caso de muerte, la expectativa que había obtenido, y

¹²⁵ Véase un curioso ejemplo en D. 28. 7. 16.

¹²⁶ D. 12. 37.

¹²⁷ II. 5.

¹²⁸ D. 50. 17. 161 confirma esta solución en forma más general, sirviendo de antecedente a los arts. 1942 y 1945 del Código Civil.

cuando el término se cumplía (*dies veniens*) la expectativa, convertida en derecho exigible, podía ser reclamada por los herederos.

Por su realización cierta, los romanos consideraban el término resolutorio todavía más incompatible con muchos negocios que la condición resolutoria, y no nos sorprende que en el sistema clásico la transmisión de la propiedad, la concesión de la libertad, el otorgamiento de una servidumbre, etc., sujetos a un término resolutorio, fueran rigurosamente nulos.¹²⁹

En caso de la institución de heredero bajo término resolutorio, encontramos que la sanción no era tan enérgica como en los casos anteriores, y no se consideraba nula tal institución. En tal caso, por ser la herencia una *causa favorabilis*, se tenía por no puesto el término, y el heredero quedaba instituido pura y simplemente.

En los casos en que el término resolutorio no era contrario al carácter de determinados derechos, los romanos probablemente se sirvieron de una formulación un poco más complicada, que permitía llegar al efecto de un término resolutorio, pero utilizando, en vez de éste, el permitido término suspensivo. En vez de "te presto este libro; ¿prometes que me lo devolverás la semana entrante?", se decía: "te presto este libro y prometo que no te lo reclamaré antes del fin de la semana entrante". En lugar de un término que extinguía este préstamo de uso y que sería resolutorio, ponían un término que suspendía el derecho de reclamar, por lo que su carácter era, lógicamente, suspensivo.¹³⁰

Como, por regla general, cada uno puede renunciar a sus derechos puramente privados, era importante saber a quién favorecía realmente el término, ya que el favorecido podría también renunciar a él o reducirlo. D.50.17.17 soluciona la cuestión del siguiente modo: *in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur*, o sea: se añade el término a las estipulaciones, en beneficio del deudor. Por tanto, el término se añadía para beneficiar al deudor, de modo que éste podía renunciar al beneficio del término, cumpliendo antes del tiempo previsto.

Sin embargo, había excepciones. A veces, el término se establecía precisamente en beneficio del acreedor —como en el caso de un depósito gratuito— y entonces únicamente el acreedor podía acortar el plazo previsto. Otro ejemplo pudiera ser éste: un testador establece un legado a favor de un impúber, bajo un término suspensivo fijado de tal modo que el legado se entregaría únicamente cuando el impúber llegase a la mayoría de edad (medida tomada, por ejemplo, a causa de la dudosa reputación del tutor). En este caso, el heredero es deudor, pero es evidente que el término se había establecido para proteger al legatario-acreedor, de modo que el heredero no podía abreviar el término a su arbitrio.¹³¹

¹²⁹ El derecho vulgar hizo algunas concesiones al respecto y admitió (probablemente por confusión entre propiedad y usufructo) la posibilidad de una *proprietas ad tempus*, como ya hemos visto.

¹³⁰ Cfr. D. 44. 7. 44. 1.

¹³¹ D. 31. 43. 2.

189. MODO O CARGA. A las modalidades *condición* y *término* se suele añadir una tercera: el *modo* o la *carga* (*modus*), que es un gravamen impuesto a actos de liberalidad. Por ejemplo, "te doy una de mis casas, pero quiero que administres gratuitamente las demás", o "te dejo un legado de quince mil sestercios, siempre que me construyas un monumento funerario con un costo de diez mil sestercios".

Antes de Justiniano, el *modo* tenía, sobre todo, una sanción moral; el que aceptaba la liberalidad, pero no cumplía con el gravamen, arriesgaba su reputación de persona honorable, pero generalmente no se le podía obligar a devolver la donación, el legado, etc.

Sólo hubo, al lado de la sanción social, algunas sanciones jurídicas indirectas o extraordinarias: los herederos podían retener el legado gravado con un modo, hasta que el legatario garantizara su cumplimiento —mediante fianza, prenda o hipoteca— y, en determinados casos, podían tomarse medidas administrativas o intentarse una *persecutio* contra un beneficiado bajo modo, que no hubiere cumplido. *Inter vivos*, el modo podía recibir una sanción en caso de formularlo mediante una *stipulatio*.

En tiempos postclásicos se acentúa la tendencia de conceder cierta sanción jurídica al modo (por ser tan frecuentemente utilizado en beneficio de instituciones piadosas) (C.8.53.9; 22.1), y Justiniano autoriza finalmente al juez a utilizar medios de apremio para obtener el cumplimiento con el modo (D.33.1.7, interpolado), permitiendo, como último remedio, la revocación de *donationes sub modo*, si el donatario no cumple (continuando una tendencia ya visible en tiempos de Diocleciano; C.8.54.3). De todos modos, la sanción es más variada y menos automática de lo que podemos observar en caso de una condición resolutoria, que anula, como un ciego mecanismo, el beneficio al que se refiere; en caso del incumplimiento con un modo, el derecho antiguo prefiere constreñir al cumplimiento, más bien que anular el beneficio fundamental.

Un problema delicado surgía en el caso de un *modus* impuesto al heredero único. Como sólo éste representaba al difunto, nadie tenía personalidad para reclamar el cumplimiento. En tal caso, únicamente cabía confiar en la honorabilidad de este heredero.

El Código de 1928 no reglamenta en forma expresa el modo, y el artículo 1361 demuestra que el legislador no quiere conservar la citada diferenciación entre el modo y la condición resolutoria potestativa.

190. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS. La interpretación de los negocios *inter vivos* se complicaba porque las dos voluntades que intervenían en ellos, quizá sólo coincidían en apariencia. Sobre todo, cuando, a partir de la última época clásica y en la postclásica, los jurisconsultos buscaban, no la voluntad típica de las partes, sino la voluntad *individual y concreta*, el intérprete se hallaba con frecuencia ante terribles problemas. Refiriéndonos a lo que ya hemos dicho sobre la interpretación de leyes y testamentos, podemos señalar, en materia de contratos, las siguientes reglas básicas:

1. En contratos de buena fe, debemos buscar la intención de las partes, y no fijarnos demasiado en la forma, quizá torpe, en la que han expre-

sado esta intención (D.50.16.219). Para conocer la intención, los antecedentes expuestos eventualmente por las partes, en el preámbulo del contrato, fuera del conjunto de cláusulas, pueden ser útiles, pero también deben ser tomados en cuenta todos los *pacta nuda in continenti*, o sea, todo lo que las partes hayan expresado acerca del contrato, inmediatamente antes o después de la celebración.

2. En contratos de buena fe, la costumbre debe ser tomada en cuenta, en caso de controversia sobre el contenido concreto de los deberes contenidos.

3. En caso de claridad del texto, no debemos dejarnos seducir por refinados métodos de interpretación que nos llevarían quizás a resultados incompatibles con el significado *prima facie* de un texto claro.

4. Si una palabra tiene varios significados, se debe preferir el que mejor se adapte al espíritu del contrato.¹³² Por ejemplo, si un contrato de arrendamiento habla de "habitante", debemos considerar este término como equivalente a "inquilino" y no pensar que se refiere al derecho real de habitación.¹³³

5. Una cláusula debe interpretarse a la luz de las otras.¹³⁴

6. En caso de duda, debemos interpretar de tal manera que obtengamos la mayor equivalencia entre prestación y contraprestación, o, si se trata de negocios gratuitos, la menor transferencia de beneficios.¹³⁵

7. Si el contrato se relaciona con alguna *causa favorabilis*, se debe interpretar a favor del interés que el derecho ha considerado digno de especial protección (libertad, inocencia, etc.). También, si hay duda sobre el alcance de restricciones a la propiedad, ésta goza de cierta preferencia interpretativa.

8. La falta de claridad en la formulación debe perjudicar, especialmente, a la parte que haya redactado el contrato; por regla general, en la compraventa, el vendedor; en el arrendamiento, el arrendador, etc.¹³⁶

9. "Lo que no es válido no debe invalidar lo válido".¹³⁷ Es decir, si algunas cláusulas no son válidas, las demás pueden conservar su validez, salvo que surgiese por ello una desproporción entre la prestación y la contraprestación originalmente previstas o que la cláusula inválida contuviese una condición imposible.

Aquí tropezamos con un delicado problema de interpretación, como vemos por el siguiente ejemplo: en un préstamo, celebrado sin garantía personal o real, se pactan intereses superiores al máximo permitido. En tal caso, el juez puede reducir el monto ilegal de los réditos al nivel legal;

¹³² D. 50. 17. 67; D. 45. 1. 80.

¹³³ Cfr. art. 1853 del Código Civil.

¹³⁴ CELSO, D. 1. 3., 24; véase también D. 50. 16. 126 y POTHIER, *Pandectas*, 2. 14. 74.

¹³⁵ Principio de derecho moderno —efr. art. 1857 del Código Civil— que perfecciona la idea contenida en D. 50. 17. 9.

¹³⁶ Véase D. 2. 14. 39; este principio también vale para la demanda, en materia procesal: D. 50. 17. 172. 1.

¹³⁷ *Utile per inutile non vitiatur* (D. 45. 1. 1. 5).

pero entonces, el acreedor podrá decir que si no es válido lo convenido respecto a los intereses originales, debe anularse todo el convenio, ya que con intereses tan poco apetecibles no hubiera entrado en el negocio sin exigir, cuando menos, una fianza o una hipoteca. En este caso sería injusto aplicar la regla de D.45.1.1.5. Hay otras excepciones más a dicho principio; recordemos lo que ya dijimos en relación con la condición imposible en negocios *inter vivos*.

10. Otra importante regla de interpretación en materia de contratos es que, en caso de duda, el que trata de evitar una pérdida debe tener preferencia sobre el que busca una ventaja,¹³⁸ principio consagrado por el artículo 20 del Código Civil.

11. Lo más implica lo menos (D.50.16.32). Por ej., si el contrato prevé una sanción por incumplimiento parcial (como llegar tarde al trabajo), *a fortiori* podrá aplicarse tal sanción al incumplimiento total. En materia de competencia judicial por cuantía, este principio no tiene aplicación.

12. En caso de errores de hecho (y a veces de derecho), el contenido del contrato debe a veces corregirse, de acuerdo con las reglas que ya hemos analizado.

13. En caso de vaguedad en cuanto a la determinación del objeto, deberá aplicarse el principio que hemos visto anteriormente (pág. 343).

14. Una norma de excepción no se presta a una interpretación extensiva.

191. LA INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO. El negocio jurídico es como un organismo: puede nacer muerto (inexistencia) o no viable (nulidad). Puede también tener una existencia constantemente amenazada a causa de una constitución enferma (anulabilidad), en cuyo caso es posible que la enfermedad se cure repentinamente (desaparición de la anulabilidad por confirmación, ratificación o revalidación). Afortunadamente, en la gran mayoría de los casos, el negocio nace sano, produce la plenitud de sus efectos típicos y llega a una muerte natural, después de agotar la serie de sus consecuencias normales.¹³⁹

En cuanto a los vicios que afectan la validez del negocio, unos deben alegarse en la primera fase del juicio (*in iure*), para que el juez pueda tenerlos en cuenta durante la segunda; otros son más peligrosos, ya que el juez debe reconocerlos, aunque la parte interesada no los haya mencionado *in iure*. Encontramos aquí un remoto antecedente de la distinción actual entre los argumentos que el juez puede hacer valer de oficio, y otros que las partes deben aportar expresamente; también existe una lejana relación entre lo anterior y la distinción entre la nulidad absoluta, que vale por sí, y la anulabilidad, la cual debe alegar la parte interesada.

Los vicios que acarrear la nulidad o anulabilidad, pueden tener relación con los sujetos (incapacidad), el objeto (imposibilidad física o jurídica, etc.),¹⁴⁰ el consentimiento (error, dolo, intimidación o lesión), la

¹³⁸ D. 50. 17. 41. 1.

¹³⁹ Véase mi estudio *Las nulidades de los negocios jurídicos en el derecho romano*, "Foro de México", núm. 73, abril, 1959.

¹⁴⁰ Véase el párrafo 180.

causa (inmoralidad de motivos) o la forma (violación de requisitos formales). Una regla básica al respecto es que *quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convallescere non potest*,¹⁴¹ principio que ya hemos señalado como típica manifestación de la tendencia preclásica de referir todos los efectos de un negocio a un solo momento —el de su celebración— y que, como hemos visto, encuentra un paralelo en la tendencia de referir todos los efectos de la *actio* al momento de la *litis contestatio*.

Sin embargo, ya hemos dicho que la citada regla tiene sus excepciones. En tal caso, si circunstancias exteriores devuelven su validez a un contrato, originalmente inválido, hablamos de *convalidación*; y, si una de las partes repara un vicio del consentimiento original, de *ratificación*.

También puede ocurrir que un negocio que no es válido para la clase que se desea, vale como otro tipo de acto jurídico —por ejemplo, un testamento no válido como tal, puede valer como codicilo—, en cuyo caso hablamos de *conversión*.

En la dogmática moderna únicamente pueden ratificarse o convalidarse negocios anulables y no los nulos. Sin embargo, el derecho romano era impreciso al respecto. Para citar un famoso ejemplo, donaciones entre cónyuges, completamente nulas, se convalidaban por la muerte del donante.

A esto debemos añadir que, según C.5.16.25, tal convalidación o ratificación tenía efectos *ex tunc*. Por ejemplo, si la esposa recibía del marido una donación no válida, nula, y vendía a un tercero el objeto en cuestión, dicha venta era tan nula como la donación subyacente (teoría causal); pero, si el marido moría antes que la esposa, se convalidaba la donación *ex tunc*, con lo cual la venta adquiriría, en tal caso, la validez que originalmente le faltaba.

192. EL INCUMPLIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS. En el caso —afortunadamente normal— de que el deudor cumpla con sus deberes, la obligación se extingue, por lo cual trataremos del cumplimiento en el capítulo que se refiere a la extinción de las obligaciones. Pero antes debemos mencionar brevemente algunos de los problemas suscitados por el incumplimiento, justificado o injustificado.

En el incumplimiento debemos distinguir dos casos: que haya, o no, posibilidad de cumplir.

En el primero, el acreedor puede reclamar el cumplimiento, más daños y perjuicios, o la rescisión del contrato, más daños y perjuicios. A este respecto, la determinación de los perjuicios —del *lucrum cessans*— es una tarea delicada. El juez debe tener mucho cuidado de no dejarse seducir por optimistas ideas de la parte perjudicada, sobre los fabulosos negocios que eventualmente hubiera podido realizar, si la parte contraria hubiese cumplido.

¹⁴¹ D. 50. 17. 210: "una figura jurídica que nació como inválida, no puede obtener su validez por circunstancias posteriores".

En el segundo caso, el deudor incumplido puede tratar de defenderse con el argumento de Celso: *impossibile nulla obligatio est*,¹⁴² regla que parece ser de una lógica abrumadora. Sin embargo, la imposibilidad del cumplimiento no siempre equivale al "incumplimiento por alguna causa justificada", por lo cual el deudor tendrá que pagar daños y perjuicios en muchos casos en que el cumplimiento sea imposible en forma objetiva. Encontramos esta obligación de pagar daños y perjuicios en los siguientes casos:

a) Cuando, al contratar, el sujeto pasivo sabía, o debía saber, que la prestación era imposible, circunstancia que, según el caso, podría ser calificada de dolo, culpa grave o culpa leve.

b) Si el cumplimiento de un contrato *stricti iuris* se hace imposible por comisión de un acto doloso por parte del deudor.

c) Si el cumplimiento de un deber, derivado de un contrato *bonae fidei*, se hace imposible por *comisión* de un acto doloso o, inclusive, por una *omisión* dolosa por parte del deudor (como en el caso de dejar de alimentar a un esclavo vendido, pero todavía no entregado). Esta responsabilidad por dolo, ya sea por comisión u omisión, es automática en negocios de buena fe, de modo que no se necesita una cláusula especial para ello. Es más; una cláusula que eliminara esta responsabilidad, sería nula,¹⁴³ idea que ha pasado al derecho moderno.¹⁴⁴

d) Si el deudor ha incurrido en *culpa lata*, o sea, un excesivo descuido. Esta culpa se equipara al dolo¹⁴⁵ y D.50.16.213 da al grado extremo de estupidez el mismo tratamiento que recibe la *culpa lata*. "No comprender lo que todo el mundo comprende" es, prácticamente, tan grave como actuar dolosamente. ¡Hay un grado de necedad que es antijurídico!

En caso de culpa grave o dolo, la responsabilidad por las consecuencias indirectas del acto debe ser mayor de lo que sería en el caso de una culpa leve.

El derecho canónico dispuso inclusive: *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*, o sea: "un delincuente responde de todas las consecuencias de su delito". Sin embargo, *omnia* es un poco exagerado. Para los efectos civiles y penales, la cadena causal debe tener un fin. Si lesiono a alguien, y luego la ambulancia que lo transporta choca y mi víctima muere, ¿soy yo entonces realmente responsable de homicidio? Con justa razón el espíritu de D.50.17.138.1 se opone a esta última conclusión.

e) Si el deudor ha incurrido en *culpa leve* y, al mismo tiempo, resulta que se trata de un contrato del cual también él mismo deriva ventajas. Esta *culpa levis* se determinaba, generalmente, comparando la conducta del deudor con la del abstracto "buen padre de familia" (*culpa levis in abstracto*); pero para algunas relaciones jurídicas surgidas de la confianza

¹⁴² D. 50. 17. 185: "nadie está obligado a lo imposible".

¹⁴³ D. 50. 17. 23.

¹⁴⁴ Art. 1822 del Código Civil.

¹⁴⁵ D. 11. 1. 11. 11.

personal, o sea, *intuitu personae*, se determinaba si había culpa, comparando la conducta concreta del deudor con el grado de cuidado que el mismo solía mostrar en sus demás negocios. La medida de comparación no era entonces el abstracto buen *paterfamilias*, sino el concreto deudor de carne y hueso. En este caso, se habla de *culpa levis in concreto*, solución más benigna para el deudor, que sobrevive en artículos como el 1897 del Código Civil.

Excepcionalmente, también una persona que no se aprovecha de un contrato responde de su *culpa levis*, por ejemplo, el mandatario que gratuitamente ejecuta un mandato. Más tarde conoceremos el porqué de esta excepción.¹⁴⁶

f) Si el cumplimiento era imposible por pérdida fortuita del objeto indirecto de la obligación, siempre que el deudor hubiera convenido en aceptar la responsabilidad por fuerza mayor o hubiera incurrido en mora.¹⁴⁷ Fuera de estos dos casos, el deudor no respondía de daños y perjuicios, si el objeto específico se perdía por motivos fortuitos. Si habían ocurrido accidentes imprevisibles, el principio general era que el propietario sufría los daños, y así los comentaristas, apoyándose en D.50.17.23, acuñaron la frase *casum sentit dominus o res perit domino*.

Sin embargo, estas máximas no siempre eran aplicables: si un propietario había vendido un objeto específico y, antes de la *traditio*, se había perdido por causa de fuerza mayor, el vendedor conservaba su derecho a cobrar, pero no tenía ya el deber de entregar la cosa, de modo que no era el propietario-vendedor quien sufría la pérdida, sino, al contrario, el comprador: *periculum est emptoris*.

Observemos, empero, que el vendedor de una cosa genérica no podía librarse de la obligación de entregarla, alegando que la mercancía destinada a esta entrega se había perdido por causa de fuerza mayor. A este argumento el comprador podía contestar que *genera non pereunt*: los géneros no se pierden.

Una vez examinados los casos en que el deudor incurría en responsabilidad por daños y perjuicios, a pesar de que su cumplimiento era objetivamente imposible, debemos decir algo más sobre el concepto de culpa.

193. DIGRESIÓN SOBRE LA CULPA. Las disposiciones legales sobre la culpa son importantes para la vida económica en general y tienden a educar al público para que tenga mayor cuidado en todos aquellos actos que pueden repercutir en el bienestar de otro. El derecho romano, siempre con el ejemplo del *bonus paterfamilias* ante los ojos, era relativamente severo en esto.

En México, en cambio, donde las grandes masas humildes, con frecuencia, no piensan en la posible cadena causal que puede nacer de sus actos, no se podría aplicar el mismo criterio riguroso que encontramos en

¹⁴⁶ Para las ideas básicas respecto de este tema, consúltese también D. 50. 17. 23.

¹⁴⁷ Véase el párrafo 194.

el sistema romano o en los Estados Unidos. En este país, por ejemplo, un Banco es responsable si alguien resbala en un piso encerado, mientras que en México, yo soy responsable del daño causado si, al salir del Banco, tropezó con un vidrio grande creyendo que es una puerta abierta (¡dos casos reales!). La modernización e industrialización de México, empero, imponen la necesidad de adoptar paulatinamente —a través de la labor judicial— una actitud de creciente severidad.

Sin ocuparnos aquí del muy discutido problema de la relación entre los conceptos de culpa, diligencia y custodia, queremos mencionar, en relación con la culpa, cuatro temas importantes:

1. Por regla general, si una persona perdía o estropeaba un objeto ajeno que se encontraba en su poder, había una presunción de que era culpable. A ella le incumbía el *onus probandi*, la carga de la prueba, respecto de su falta de culpabilidad. En cambio, si el acreedor del objeto insistía en que la actitud del deudor había sido dolosa, el acreedor tenía la carga de la prueba, ya que *bona fides praesumitur*.

2. Una actuación culpable y dolosa podía causar daño, pero al mismo tiempo beneficios a otra persona. Esta coincidencia de *lucra y damna*, era, a veces, consecuencia de varios actos separados, nacidos de una misma relación jurídica —por ejemplo, una persona que dolosamente asumía la representación de otra—, pero también, a veces, era consecuencia de un solo acto (por ejemplo, un empleado olvidó transmitir un recado a su patrón, por lo cual perdió la oportunidad de hacer una inversión muy beneficiosa, pero el patrón utilizó el dinero que quedó libre en otro negocio, que le dio un resultado sorprendentemente bueno). En tales casos, ¿podía compensarse el *lucrum* con el *damnum*? Tocamos aquí uno de los problemas más delicados de la dogmática antigua y moderna.¹⁴⁸

3. Podía también haber responsabilidad por culpa ajena. Con frecuencia se llegaba a este resultado con un rodeo, suponiendo que el patrón de empleados poco honorables había incurrido en una *culpa in eligendo* (culpa en relación con la elección); pero a menudo no había necesidad de recurrir a tales remedios: el hotelero, *stabularius* o barquero respondían de los objetos perdidos en su negocio, sin necesidad de comprobar la falta de honradez de sus empleados. Otro caso de responsabilidad por culpa ajena lo encontramos en el *paterfamilias*, que responde de los daños causados por sus hijos y esclavos, aunque tiene la facultad de evitar esta responsabilidad mediante el abandono noxal. Otro ejemplo lo constituye la responsabilidad del habitante principal de una casa, por *effusa vel deiecta*, es decir, líquidos o sólidos que caigan de dicha casa, idea que ha pasado al artículo 1933 del Código Civil.

A veces, el derecho moderno va todavía más lejos y crea incluso una *responsabilidad sin ninguna culpa*, ni propia ni ajena. Esta figura es cono-

¹⁴⁸ Un análisis clásico al respecto es todavía el estudio de OERTMANN, *Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, Berlín, 1901. Véase también el art. 2567 del Código Civil.

cida en el derecho laboral, pero también en el civil, donde a veces hallamos una responsabilidad por daños causados a terceros, provocados por fuerza mayor.¹⁴⁹ He aquí una excepción moderna al principio tradicional de que, en caso fortuito, cada uno de los afectados soporta su propio daño.

4. Otro famoso problema es el de la "causalidad superada" en relación con actos culpables. Pongamos, por vía de ilustración, el siguiente ejemplo: yo rompo el vidrio de un vecino; se llama al vidriero para el día siguiente; pero, la misma noche, un incendio acaba con la casa en cuestión. ¿Respondo ahora del daño que había causado? D.25.1.4, D.9.2.11.3, D.14.2.10.1 y otros lugares dan una contestación negativa.

194. LA MORA. Ofrece las modalidades siguientes:

1. *Mora debitoris*. Puede definirse como el retraso culpable o doloso por parte del deudor, respecto del cumplimiento de su deber. Sus efectos eran los siguientes: dar al acreedor el derecho a recibir los frutos del objeto debido, desde el momento en que el deudor incurrió en mora; dar al acreedor un derecho a daños y perjuicios, que toman la forma de intereses moratorios si el objeto de la obligación consiste en una suma de dinero; y hacer responsable al deudor de los efectos de la fuerza mayor (la llamada *perpetuatio obligationis*), permitiéndose, empero, que el deudor trate de comprobar que el objeto de la obligación también hubiera sufrido por la fuerza mayor en caso de haberse cumplido puntualmente.¹⁵⁰

¿Cómo incurre en mora el deudor? El derecho clásico no exigía al acreedor un acto determinado, fuera del caso de deudas de vencimiento indeterminado (en el cual se necesitaba la iniciativa del acreedor para que el deudor supiera que tenía que cumplir) y del caso de deudas que debían cumplirse en el domicilio del deudor (en donde no se podía hablar de mora en tanto que el acreedor no se presentara en la casa del deudor para reclamar el cumplimiento). Sin embargo, la época del derecho romano-cristiano, con su tendencia a favorecer al deudor (el *favor debitoris*), estableció la costumbre de que, también fuera de los casos anteriores, el deudor no incurría en las consecuencias perjudiciales de la mora, mientras el acreedor no le hubiera recordado sus deberes, mediante una *interpellatio* expresa. Justiniano hizo de este acto del acreedor un requisito indispensable para que la mora surtiera sus efectos. El único deudor que incurría en mora, aun sin interpelación, era el que hubiera obtenido un objeto en forma deshonrosa: *semper moram fur facit*.¹⁵¹

La Edad Media consideró que Justiniano había ido demasiado lejos en su protección al deudor y dispuso que —cuando menos, en deberes de vencimiento fijo— no era necesaria la interpelación, ya que *dies interpellat*

¹⁴⁹ Cfr. art. 1932 del Código Civil.

¹⁵⁰ Por ejemplo, una estatua que hubiera debido entregarse hace dos días se rompe en poder del deudor, a causa de un terremoto. Sin embargo, como en el mismo terremoto se vino abajo la casa donde el acreedor hubiera querido colocar la estatua, el deudor no responde de los efectos del sismo, a pesar de su mora. El Código Civil de 1884 (D. F.), en su art. 2557, seguía esta tradición. El actual se calla al respecto.

¹⁵¹ D. 13. 1. 8. 1: el ladrón se encuentra siempre en estado de mora.

pro homine ("el término mismo hace la interpelación"), lo cual, como atenuante del sistema justinianeo en beneficio del acreedor, ha pasado al derecho moderno.¹⁵²

2. *Mora creditoris*. Si el acreedor no quería aceptar el objeto de la obligación que le ofrecía el deudor, se hacía responsable 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 quedaba libre de toda responsabilidad, salvo por dolo y *culpa lata*. Aun cuando él mismo se hubiera constituido en mora, la *mora creditoris purgat moram debitoris* (la mora del acreedor elimina la mora del deudor), de manera que el acreedor ya no podía exigir daños, perjuicios o responsabilidades por fuerza mayor. Sin embargo, en caso de *mora creditoris*, el deudor no hacía suyos los frutos, y los intereses continuaban corriendo a su cargo,¹⁵³ hasta que depositara el dinero en poder de una autoridad, indicando que quedaba a disposición del acreedor (la *obsignatio solemniter facta* de Diocleciano, precursora de nuestra consignación).

El *Digesto* iba tan lejos en exonerar al deudor de toda responsabilidad (salvo por dolo y *culpa lata*) que inclusive permitía que un vendedor de vino que no fuera recibido a tiempo por el comprador, derramase en la calle el preciado líquido para desocupar los barriles,¹⁵⁴ aunque Ulpiano añade que era merecedor de elogio el vendedor que encontrara, en tal caso, una solución más favorable a los intereses de su cliente moroso (vender el vino por su cuenta, alquilar otros barriles por cuenta del cliente, etc.).

195. LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. Entre las consecuencias del incumplimiento en el derecho romano, que hemos estudiado en los párrafos anteriores, no dijimos que, en un negocio sinalagmático, el incumplimiento de un sujeto liberara al otro. La defensa, que consiste en el argumento de que "yo no cumplo, porque el otro no ha cumplido", no es auténticamente romana; esta *exceptio non adimpleti contractus* ha surgido, más bien, de influencias germánicas posteriores. La *fides* romana exigía que yo cumpliera, aunque la otra parte no hubiera cumplido. Sin embargo, este principio, exageradamente honrado, se atenuó de diversas maneras.

En primer lugar, el vendedor de un objeto al contado no tenía obligación de entregarlo, mientras el comprador no pagara el precio. Este resultado no se obtenía, sin embargo, mediante una *exceptio non adimpleti contractus* concedida al vendedor, sino que, como requisito previo para su acción, se exigía del comprador que consignara el precio. En otras pala-

¹⁵² Cfr. art. 2104-1 y art. 2105 del Código Civil.

¹⁵³ A este respecto existió quizás una diferenciación entre los intereses moratorios (que dejan de correr) y los intereses convencionales (que siguen corriendo): véase D. 26. 7. 28. 1; D. 32. 1. 7, y C. 4. 32. 19 pr.

¹⁵⁴ D. 18. 6. 1. 3/4.

bras, mientras no garantizara su propio cumplimiento, el comprador no recibía del pretor el derecho de ejercer su acción contra el vendedor (*non-dum est ex empto actio*). Además, resulta de D.19.1.13.8 que el vendedor tenía un derecho de retención (*quasi pignus*) mientras el comprador no hubiera pagado un precio, convenido como precio al contado. Con estas medidas el derecho romano llegaba, al menos en casos de compraventa, a un resultado práctico muy parecido al de la *exceptio non adimpleti contractus*, pero sin admitir en forma general que el incumplimiento del uno sirviera de pretexto para el incumplimiento del otro.

196. LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. Hasta fines de la época republicana, el simple cumplimiento no era suficiente para extinguir una obligación. Como la *obligatio* es una especie de "atadura", se necesitaba un "des-atarse", en forma contraria a la utilizada para el establecimiento de la obligación. Esta liberación es el *contrarius actus*. En obligaciones nacidas de la *stipulatio*, se necesitaba la *acceptilatio* (una pregunta seguida de una contestación, como es también la *stipulatio*: "¿Reconoces que has recibido diez mil sestercios?" "¡Lo reconozco!"). Tal *acceptilatio* se llevaba a cabo en presencia de testigos y generalmente se levantaba el acta correspondiente. En caso de obligaciones *litteris* —que se perfeccionaban por inscripción en la contabilidad del acreedor—, se necesitaba una inscripción contraria a la original en los libros del acreedor. Y, en caso de devolución de un préstamo concedido *per aes et libram* —el *nexum*—, la extinción de la obligación debía hacerse igualmente *per aes et libram*.

En tiempos de Cicerón, Aquilio Gallo creó la *actio doli* y la *exceptio doli*, y, desde entonces, si un acreedor trataba de aprovecharse de la falta de un *actus contrarius* para obtener una vez más el cumplimiento de una misma obligación, el deudor podía servirse de estos medios procesales en su defensa. Desde entonces, el *actus contrarius* dejó de ser un requisito para la extinción. Es verdad que la *acceptilatio* sobrevivió hasta Justiniano, pero no como un *actus contrarius* necesario para la extinción de una *stipulatio*, sino como una forma clara y palpable de conceder una remisión de deuda.

Desde la desaparición del *actus contrarius*, podemos dividir las maneras de extinguirse una obligación en dos grandes grupos:

I. En primer lugar, había modos de extinción *ipso iure*. Aunque el demandado no alegara la existencia de estos modos de extinción ante el pretor, por lo cual éste no podía incorporarlos en la "fórmula" que mandaba al *iudex*, el juez debía tenerlos en cuenta.

II. En segundo lugar, había modos de extinción *exceptionis ope*. Si el demandado no hacía insertar estos modos como "excepciones" en la fórmula, no podía alegar ante el *iudex* su existencia.

197. MODOS DE EXTINCIÓN QUE OPERAN *IPSO IURE*. Como tales, señalaremos los siguientes:

1. El pago, o sea, la *solutio*.¹⁵⁵

El pago podía efectuarse por cualquier persona en vez del deudor, siempre que no se tratara de un hecho que el deudor mismo debía prestar por haberse celebrado un contrato en vista de sus peculiares cualidades personales.

Si el tercero que pagaba había recibido instrucciones del deudor en este sentido, podía recuperar lo pagado mediante la *actio mandati contraria*. En caso de no haber recibido tales instrucciones, procedía la *actio negotiorum gestorum*; pero si el deudor había prohibido al tercero pagar al acreedor y, a pesar de esto, el tercero efectuaba el pago, se consideraba éste como una donación que hacía el tercero al deudor. ¿No sería contrario esto a la regla de que "nadie recibe una liberalidad contra su voluntad"? Sí, pero esta excepción se justificaba por el hecho de que otra persona estaba interesada, además del donante y del donatario, a saber, el acreedor.

El pago hecho por un incapaz, sin autorización del tutor, era válido en los siguientes casos:

a) Si aprovechaba al incapaz considerar válido el pago; por ejemplo, si el objeto que el incapaz entregó en concepto de pago se perdía después de la entrega, por fuerza mayor. Entonces, en caso de negarse validez al pago, el objeto se hubiera perdido para su dueño original, es decir, para el incapaz, mientras que la deuda subsistiría. En cambio, en caso de reconocer el pago como válido, el objeto se perdía para el nuevo dueño, o sea, para el ex-acreedor, y la deuda quedaba de todos modos extinguida. Como la posible invalidez del pago, hecho por un incapaz, se estableció en beneficio del mismo, no debía considerarse el pago como inválido en caso de que tal invalidez perjudicara al incapaz.

b) Si el acreedor había consumido de buena fe el objeto pagado. Por otra parte, si el pupilo pagaba sin autorización lo que debía en virtud de una obligación natural, y si el acreedor había consumido de buena fe el pago, el pupilo disponía de una *condictio sine causa* para reclamar la devolución.¹⁵⁶

La persona que recibía la prestación debía ser, por regla general, el acreedor mismo. Si éste era incapaz, la prestación debía ofrecerse al tutor o curador, en caso de *gestio negotiorum*, o a uno de éstos, conjuntamente con el acreedor mismo, en caso de *interpositio auctoritatis*. Recuérdese que, en determinados casos, el incapaz puede recibir la prestación sin que nadie intervenga, siempre que mejore su posición.¹⁵⁷

Si la empeora, el ex-deudor podía, a veces, obtener que se reconociera la extinción de la deuda respectiva. Si el ex-acreedor, o su tutor o curador,

¹⁵⁵ Obsérvese que la palabra "pago" en el derecho civil se refiere a todo cumplimiento, no sólo a la entrega de dinero.

¹⁵⁶ Desde luego, si en tal caso el pupilo cumplía con autorización del tutor, no conseguía la *condictio indebiti* o *condictio sine causa*; en tal supuesto, el ex-acreedor gozaba de la *retentio soluti*.

¹⁵⁷ Véase el párrafo 169.

reclamaban una vez más el pago, el ex-deudor podía oponer a dicha acción una *exceptio doli*, siempre que lograra comprobar que el acreedor incapaz se había enriquecido en virtud del pago (por ejemplo, que el menor de edad, en vez de malgastar el dinero, lo había invertido útilmente). En tal caso, el pago no liberaba *ipso iure*, sino *ope exceptionis*.

Eventualmente, el pago hecho a un apoderado libre causaba la extinción de la obligación. Es el caso del *procurator*, una persona libre que administraba bienes de algún *paterfamilias*.

Por supuesto, también era válido el pago hecho al acreedor correal, añadido a la obligación para comodidad del acreedor primitivo.

El pago hecho a un esclavo del acreedor liberaba siempre al deudor, ya que "el esclavo era la prolongación del bolsillo de su dueño". También liberaba el pago hecho a un falso apoderado, si el acreedor había sido el causante del error, creando, por ejemplo, la falsa creencia de que otro era su *procurator*. Por otra parte, el falso acreedor comete un *furtum* (robo en su sentido romano, concepto más elástico que el robo moderno).

Un pago hecho al acreedor del acreedor, por cuenta de éste, pero sin instrucciones del mismo, normalmente no liberaba al deudor, aunque mediante la combinación de una *actio negotiorum gestorum* y una compensación se podía llegar a un resultado favorable al ex-deudor. Sin embargo, en casos excepcionales, tal pago liberaba directamente; por ejemplo, el subarrendatario que debía una renta al subarrendador, tenía derecho a pagar al arrendador esta cantidad en liquidación de un saldo que el subarrendador debiera al arrendador. La solución era justa, ya que el subarrendatario respondía, con sus muebles, de la renta que debía el subarrendador al arrendador.

Finalmente, el pago hecho por el deudor de una herencia a la persona que se hallaba en posesión de la misma y que públicamente estaba considerada como heredera, la liberaba *ipso iure*, aunque resultara posteriormente que aquel poseedor de la herencia no era el verdadero heredero: *error communis facit ius*.

Además, valía como pago la consignación de la cantidad debida, que ante una autoridad pública hacía el deudor, si el acreedor se negaba a recibir el pago o el deudor dudaba quién era su verdadero acreedor, en cuyo último caso la prudencia aconsejaba evitar, mediante la consignación, el peligro de un doble pago. En tal supuesto, el deudor podía también tratar de arreglarse con el que parecía más ser su acreedor, pagándole a él, en vez de consignar, siempre que otorgara una fianza.

En cuanto al lugar del pago, podía estar fijado en el contrato respectivo. De lo contrario, con frecuencia, la naturaleza de las cosas indicaba dónde debía prestarse. Cuando los dos principios anteriores fallaban, el deudor podía ofrecer el cumplimiento en cualquier lugar que no fuera obviamente "inoportuno"; y si el deudor no hacía este ofrecimiento, el acreedor podía reclamar el cumplimiento en un lugar de su propia elec-

ción, que tampoco fuera excesivamente molesto para el deudor. Esto resulta de D.13.4.2.3.

A veces, el acreedor debía demandar al deudor en un lugar distinto del previsto para el cumplimiento. En tal caso, la condena tenía que cumplirse en el lugar del juicio, pero la *actio de eo quod certo loco* no conducía a una condena únicamente por el nudo valor de la obligación, sino, además, por el perjuicio causado al actor en virtud de la circunstancia de que recibía un pago en el lugar del juicio y no en el lugar previsto para el pago.

En cuanto al tiempo del cumplimiento, generalmente éste constaba en el contrato. Si las partes no habían convenido nada al respecto, el deudor debía cumplir en el momento en que lo reclamare el acreedor, principio suavizado a menudo por la *bona fides*, que exigía conceder al deudor un plazo razonable para cumplir.

A veces, también el tiempo del cumplimiento quedaba tácitamente fijado; por ejemplo, una promesa de dote solamente se debía cumplir en el momento del matrimonio. Hemos visto que la persona a quien favorecía el plazo establecido en un contrato —no siempre era el deudor—, podía renunciar al mismo, salvo pacto en contrario.

Es importante notar que, a falta de pacto especial, el pago debía ser total; el acreedor no estaba obligado a aceptar pagos parciales. A veces, el deudor no indicaba a cuál de varias deudas se debía aplicar un pago. Entonces, el dinero se aplicaba, primero, a los intereses; después, a la deuda más pesada, es decir, del tipo de intereses más pesado, o, en igualdad de tipo de intereses, la mejor provista de garantías. En igualdad de "peso", el pago se aplicaba a la deuda más antigua, y cuando todas las deudas eran, además, de la misma fecha, se dividía el pago proporcionalmente entre ellas, como recomendaba Paulo, *non ineleganter*,¹⁵⁸ una excepción a la regla que prohibía pagos parciales sin autorización expresa del acreedor.

En todos estos casos de *solutio*, el pago mismo es el que extingue la obligación. Por tanto, la simple entrega de un recibo, sin percibirse el pago, no extinguía la obligación, sino que daba al acreedor el derecho —por un mes— de ejercer la *querela non numeratae solutionis*.

→ 2. La dación en pago o *in solutum datio*. Cuando, con consentimiento del acreedor, el deudor daba, en vez de lo convenido, un objeto distinto, estamos en presencia de una dación en pago. Si el nuevo objeto consistía en la entrega de una cosa que posteriormente resultaba pertenecer a un tercero y el acreedor sufría evicción total o parcial, la dación en pago era considerada nula, de manera que la antigua obligación renacía con sus garantías y modalidades especiales.¹⁵⁹ Esta solución la rechazan varios códigos actuales, pero está confirmada en México por el artículo 2096 del Código Civil. En caso de evicción parcial, toda la obligación primitiva

¹⁵⁸ D. 12. 1. 8.

¹⁵⁹ D. 46. 3. 46. (C. 8. 44. 4 señala una solución distinta: no renace la antigua obligación, sino que surge una nueva acción contra el antiguo deudor, inspirada en la acción por evicción. He aquí otra de las contradicciones del *Corpus iuris*.)

renacía, y, por lo que quedaba al acreedor del objeto dado en pago, el deudor tenía una *condictio sine causa*.¹⁶⁰

3. La remisión de deuda. Esta podía tomar la forma de una declaración del acreedor en el sentido de que no reclamaría el cumplimiento del deudor (*pactum de non petendo*, que mencionaremos más adelante), pero también la de un finiquito, un recibo simulado de pago: la *solemne acceptilatio*.¹⁶¹

Ya hemos mencionado que este *actus contrarius* sirvió, desde el comienzo de nuestra era, como una imaginaria *solutio*, una remisión de deuda, pero sólo para deudas nacidas de contratos que se perfeccionan *verbis*.

Mediante la fórmula *Aquiliana*, la *acceptilatio* servía con frecuencia para borrar todas las obligaciones que podían resultar de una complicada situación jurídica, después de haber convertido ésta, por una novación, en contratos *verbis*. Por ejemplo: queremos liquidar una sociedad; las cuentas no están muy claras y para evitar futuras reclamaciones, en el momento de entregar a cada socio la porción que parece equitativa, cada uno pregunta a los demás socios: "¿Prometes pagarme todo lo que pudieras deberme por concepto de esta sociedad?", a lo cual se contesta: "Prometo". Ahora, las obligaciones de cada socio ya no son obligaciones que resulten del contrato consensual de sociedad, sino obligaciones que nacen de contratos *verbis*, de *stipulationes*. Luego, todos pueden hacerse mutuamente la *acceptilatio*.

Una observación al respecto. Esta remisión de deudas podía ser total y parcial; y, en este último caso, podía ser —excepcionalmente— un deber del acreedor concederla.

Si la mayoría de los acreedores de un deudor que se encontraba en dificultades, estaba dispuesta a conceder una remisión parcial, la minoría debía ceder. Esta figura que se anuncia en situaciones excepcionales¹⁶² se ha generalizado en el moderno derecho concursal. Observemos que la figura gemela, o sea, la concesión de una *espera* en las mismas circunstancias, también encuentra su antecedente en el derecho romano.¹⁶³

4. La novación. Por la *novatio*, el contenido de una obligación se traspasaba a otra nueva, con modificación de un solo elemento (que, hasta Justiniano, no podía ser el objeto mismo). Esta figura se parecía algo a la dación en pago; en ambos casos, encontramos un sustituto a la *solutio*; únicamente que en la *datio in solutum* el acreedor recibía una satisfacción definitiva, mientras que, mediante la *novatio*, recibía de nuevo un crédito, el derecho a una futura satisfacción.

¹⁶⁰ En tiempos de crisis económica y tratándose de deudores privilegiados (la Iglesia), el derecho postclásico admite la *datio in solutum*, inclusive sin consentimiento del acreedor.

¹⁶¹ Admitir una remisión tácita es muy arriesgado, desde luego. Véase D. 22. 3. 26. Cfr. el moderno concepto alemán de "Verwirkung".

¹⁶² D. 2. 14. 7. 17 o D. 2. 14. 10.

¹⁶³ C. 7. 71. 8.

Lo que más frecuentemente se modificaba era la persona del deudor, la del acreedor, la garantía, una condición o un término. Para evitar dudas sobre si algún acto jurídico debía considerarse como novación o, más bien, como celebración de un nuevo contrato coexistente con el anterior, Justiniano exigió que las partes expresaran claramente su *animus novandi*, sensato requisito que ha pasado a nuestro derecho vigente.¹⁶⁴ Como por la novación nacía una nueva obligación, las garantías de la antigua (fianza, prenda, hipoteca, correalidad) se extinguían.

Actualmente, la novación ya no tiene la importancia que tenía en el derecho romano. Allí servía para sustituir la cesión moderna (lo que, por el desarrollo de la cesión, ya no es necesario), para formalizar un cambio de causa (tampoco necesario, por nuestro principio de la generalidad de la acción) o para formalizar un cambio de objeto (algo que puede realizarse también con la *datio in solutum*). Además, encontramos en la antigüedad la *novatio* en múltiples casos en que nosotros, simplemente, nos servimos de convenios adicionales; el derecho antiguo prefería entonces que se extinguiera toda la relación anterior y naciera una nueva relación contractual, actitud efectivamente más ordenada y limpia.¹⁶⁵

5. La confusión. Cuando por herencia, *manus, adrogatio*, etc., la función del deudor venía a recaer en la misma persona que tenía la función de acreedor dentro de la misma obligación, ésta se extinguía por confusión. El acreedor que posteriormente resultaba ser el heredero del deudor, perdía así su crédito. Pero no sucedía lo mismo si resultaba ser heredero únicamente del fiador; en tal caso, no perdía más que su derecho de garantía. Por el contrario, si el deudor aceptaba la herencia del fiador, no procedía la confusión, y el acreedor conservaba su derecho a pedir la *separatio bonorum*.¹⁶⁶

Esta causa de extinción parecía muy sencilla. Sin embargo, podía dar lugar a curiosas complicaciones. Por ejemplo: un esclavo cometía una imprudencia en perjuicio de Julio; éste podía exigir la entrega noxal. No utilizó este derecho y, algún tiempo después, compró al esclavo en cuestión, donándolo luego a un tercero. ¿Se extinguió por confusión el derecho de Julio a ejercer la acción noxal? ¿O podía dirigirse a uno de los próximos dueños, exigiendo la entrega noxal del esclavo?¹⁶⁷

6. La sentencia. Así como una sentencia equivocada podía ser fuente de obligaciones, si no se lograba anularla, mediante algún recurso, de la misma manera tal sentencia podía ser causa de extinción de obligaciones

¹⁶⁴ Art. 2215 del Código Civil.

¹⁶⁵ Para la falta de eficacia de los *pacta adiecta ex intervallo*, véase D. 2. 14. 7. 5.

¹⁶⁶ Para una solución distinta en el derecho moderno, véase el artículo 2843 del Código Civil.

¹⁶⁷ Más interesantes son las complicaciones a que se refiere D. 46. 3. 95, donde en vez de extinguirse la obligación, la confusión le daba más eficacia. Es un tema para paladares refinados y será beneficioso al alumno buscar esta cita y tratar de comprenderla.

perfectamente fundadas (o, quizá, convertirlas en obligaciones puramente naturales).¹⁶⁸

También la exageración de la demanda, la *plus-petitio*, podía dar lugar en tiempos clásicos a una sentencia que absolviera a un deudor que realmente debía algo, aunque menos de lo que el actor hubiera reclamado.

7. El concurso de dos causas lucrativas era un curioso modo de extinción que podía dar lugar a interesantes problemas teóricos. El término en sí no era muy claro. Encontramos este modo de extinción cuando una persona recibía derecho a un mismo objeto, por dos actos diversos de liberalidad. En tal caso, el segundo acto se nulificaba.

Por ejemplo, recuérdese que el legado *per damnationem* de una cosa ajena es válido. Habiendo visto que mi prima se interesa mucho en un cuadro que pertenece a mi hermano, le he legado el cuadro en mi testamento. También mi hermano, que se ha dado cuenta de ese interés de mi prima, se lo ha legado. Como yo muero antes, mi heredero cumple con su obligación de comprar el cuadro a mi hermano y regalarlo a mi prima. Sin corregir su testamento, muere luego mi hermano. En este caso, el legado a cargo del heredero de mi hermano no crea la obligación de entregar a mi prima la estimación del cuadro, sino que la respectiva obligación entre el heredero y la legataria se nulifica en virtud de la presente causa de extinción.

8. La pérdida del objeto debido. Como ya hemos visto, si el objeto de la obligación era específico y se perdía sin culpa (y, *a fortiori*, sin dolo) del deudor, la obligación se extinguía *ipso iure*.

9. La muerte o *capitis deminutio* de una parte. En algunos casos (mandato, sociedad), una obligación se extinguía por la muerte de una de las partes. Si la obligación había nacido de delitos y cuasidelitos, la muerte del deudor modificaba frecuentemente el objeto de la obligación, ya que los herederos sólo respondían por el valor de su enriquecimiento.

10. En la delegación se presenta también un modo de extinción de las obligaciones. Si el delegado era deudor del delegante, esta deuda se extingue (hasta por el importe de la nueva deuda, contraída por el delegado respecto del delegatario), y por el hecho de aceptarse la delegación, se extingue también la deuda entre el delegatario y el delegante.

11. El abandono del objeto, base de una *obligatio propter rem*. Ya hemos visto que, en ocasiones, la propiedad de un objeto era fuente de ciertas obligaciones *propter rem*. Por ejemplo, si, con fundamento en una servidumbre urbana, mi vecino tiene el derecho de apoyar sus vigas en mi pared, yo tengo el deber de conservar esta pared en buen estado. En tal caso, podré sustrarme a este deber, abandonando la propiedad de la pared a mi vecino. Tal abandono es entonces una causa de extinción de la obligación respectiva.

¹⁶⁸ Según la sorprendente cita D. 12. 6. 60 pr., afortunadamente compensada por la cita D. 20. 6. 13, de solución contraria.

12. Finalmente debemos mencionar la extinción de una obligación principal como causa de extinción de las obligaciones accesorias correspondientes. Una excepción al respecto es la responsabilidad del fiador de un insolvente, que puede subsistir después de la "quita" (o sea, remisión) concedida al deudor (D.17.1.58.1).

198. MODOS DE EXTINCIÓN QUE OPERAN OPE EXCEPTIONIS. En el segundo grupo de modos de extinción de las obligaciones, o sea, los que operan *exceptionis ope*, debemos señalar:

1. Modalidades extintivas. En caso de haberse cumplido un término resolutorio o una condición resolutoria, el demandado debía hacerse insertar esta circunstancia en la fórmula; si no, el *iudex* no podría tenerla en cuenta.

2. Pacto de *non petendo*. También la existencia de un pacto de remisión debía alegarse *in iure* e insertarse en la fórmula, salvo cuando había tomado la forma tan castizamente romana de la *acceptilatio*, la cual extinguía la obligación *ipso iure*, como acabamos de ver.

3. Compensación. Por ésta entendemos la extinción simultánea de dos deudas, hasta por su diferencia (o sea, la cantidad de la mayor, menos la cantidad de la menor), por el hecho de que el sujeto pasivo de la primera es el activo de la segunda, y *viceversa*. Se trata, pues, de una imputación recíproca de lo que dos personas se deben mutuamente, una *debili et crediti inter se contributio* (Modestino, D. 16.2.1).

De este modo se obtenía, de una manera fácil, exactamente el efecto económico que habría resultado de dos pagos recíprocos.

Para que procediera la compensación, era esencial:

a) Que ambas deudas estuvieran vencidas.¹⁶⁹

b) Que ambas deudas tuvieran el mismo objeto genérico (por lo común, dinero; pero, excepcionalmente, también trigo, etc., de la misma calidad).¹⁷⁰

c) Que ambas deudas fueran "líquidas" (requisito añadido por Justiniano). Esto quería decir que fueran determinadas correctamente en términos monetarios, o, en casos excepcionales, en peso, medida o cantidad física, si el objeto genérico de ambas deudas no era dinero.¹⁷¹ Este sensato requisito tenía por objeto evitar retrasos en el cobro de un crédito, por la simple existencia de algún crédito "en sentido contrario" que había vencido, pero cuyo monto dependía todavía de peritajes, etc., que podían durar mucho tiempo.¹⁷²

d) Que contra el crédito que se ofrecía en compensación no existiera ninguna excepción eficaz.¹⁷³

¹⁶⁹ Cfr. art. 2188 del Código Civil.

¹⁷⁰ Cfr. art. 2187 del Código Civil.

¹⁷¹ También fueron consideradas como líquidas, deudas que fácilmente podrían concretarse en términos monetarios.

¹⁷² Art. 2188 del Código Civil.

¹⁷³ Todo crédito cuyo cobro pudiera ser probablemente obstaculizado por una excepción eficaz, no podía utilizarse para fines de compensación. D. 16. 2. 14.

En cuanto a la historia de la compensación, en el derecho preclásico y en la primera época del clásico, como toda obligación debía extinguirse mediante un *actus contrarius*, el deudor nunca podía alegar en su defensa que tenía una contrarreclamación respecto del acreedor. Pero, ya en tiempos de Gayo, encontramos una actitud más favorable a la compensación, y ésta fue admitida en los siguientes tres casos:

a') En contratos de buena fe, si ambos créditos habían nacido *ex pari causa*. Por tanto, un crédito por arrendamiento no podía compensarse con otro por compraventa.

b') En caso de banqueros (*argentarii*). Estos sólo podían demandar a un cliente por el *saldo* de todas las operaciones llevadas a cabo con él.

c') En caso de créditos contra un quebrado. El acreedor de una quiebra, que recibiría normalmente sólo un cierto porcentaje de su crédito, si era al mismo tiempo deudor del quebrado, tenía el derecho de pedir compensación, lo cual le evitaba, generalmente, grandes pérdidas (como cualquier ejemplo hipotético muestra inmediatamente).

En tiempos de Marco Aurelio, se extendió la compensación al campo de los contratos *stricti iuris* y a créditos mutuos *ex dispari causa*. Esta ampliación del derecho de pedir compensación se inspiraba en la regla de que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*.¹⁷⁴

Justiniano remató este paulatino ascenso de la compensación, trasladando este modo de extinción desde el campo de los modos *exceptionis operis* a los que operaban *ipso iure*. Como también sucede en el derecho vigente, el derecho justinianeo excluía de la compensación determinados créditos, como los fiscales, los referentes a pensiones alimenticias, etc.¹⁷⁵

A partir del momento de la compensación, los réditos de los dos créditos, posiblemente de tipos anuales muy distintos, ya no corrían, excepto los réditos sobre el saldo eventual, al tipo que correspondía entonces al crédito más elevado.¹⁷⁶

Un problema que podía surgir era el siguiente: si yo concedo amablemente una prórroga a mi deudor, y luego, antes del nuevo vencimiento de la deuda, llego a deberle algo, ¿podría yo entonces alegar la compensación de mi deuda vencida, con mi crédito de vencimiento prorrogado? De D.16.2.16.1 podemos derivar, acerca de esto, una contestación negativa.¹⁷⁷

Otro problema sobre el mismo asunto, en caso de cesión: ¿podría el *cessus* alegar compensación respecto del cedente, si el cesionario reclamaba el pago? Sólo con fundamento en lo que el cedente hubiera debido al *cessus* antes de la *denuntiatio*, como ya hemos visto. ¿Pero era necesario que estas deudas del cedente estuvieran vencidas ya el día de la *denuntiatio*? No; bastaba con que lo estuvieran antes del vencimiento del crédito cedido.

¹⁷⁴ "Actúa con dolo el que reclama algo que luego tendrá que devolver inmediatamente por alguna otra causa".

¹⁷⁵ Cfr. art. 2192 del Código Civil.

¹⁷⁶ D. 16. 2. 11.

¹⁷⁷ Invito al lector a que examine si esta solución le satisface.

En caso de negar al *cessus* el recurso a la compensación, los actos celebrados entre el cedente y el cesionario podrían empeorar la situación jurídica del *cessus* sin su intervención, lo que sería contrario a D.50.17.75: no debe depender de *A* el empeoramiento de la situación jurídica de *B*.

Una particularidad —muy justificada, por cierto— de la compensación es que ésta no procede contra reclamaciones basadas en actos violentos cometidos por un acreedor que hubiera tratado de hacerse justicia por su propia mano. Así, por ejemplo, contra el *interdictum de vi* no procedía la compensación: *spoliatus ante omnia restituendus est* ("antes de analizarse los demás aspectos de la controversia, el despojado debe ser restituido en su posición original"). De otra manera, cualquier acreedor podría ocupar por la fuerza algún bien de su deudor, y alegar su crédito en compensación de la reclamación de restitución que le dirigiera el deudor. De admitir tales prácticas, volvería a entrar por la ventana la anarquía que el sistema interdictal acababa de echar por la puerta.

En relación con la compensación debemos mencionar también que D.50.17.173 parece permitir que, en ocasiones, en vez de alegar la excepción de compensación, se recurriera a la *exceptio doli*. La cita dice: "obra con dolo el que pidiere lo que luego tendrá que devolver". Ilustremos el alcance de esta cita con el siguiente ejemplo:

A presta un objeto a *B*. Luego, *A* muere; se abre su testamento y se encuentra que *C* es heredero, y que, a favor de *B*, hay un legado *per damnationem*, que tiene por objeto la cosa que éste recibió en comodato. A primera vista, *C* podía reclamar el objeto mediante una *actio commodati* directa, después de lo cual *B* tendría una *actio ex testamento* para reclamar el mismo objeto, por concepto de legado. Sin embargo, por la regla anterior, *B* podría paralizar la *actio commodati* de *C*, mediante una *exceptio doli*.

Esta solución es sorprendente. Ya hemos visto que la *actio doli* y la *exceptio doli* eran recursos últimos que sólo procedían cuando no quedaba ninguna otra medida procesal. ¿Por qué recomienda aquí el *Digesto* servirse de la *exceptio doli*, si la excepción de compensación daría el mismo resultado?

Algunos autores mencionan, como modo de extinción de las obligaciones, el trascurso del término de treinta años (en algunos casos, de cuarenta) que, desde Teodosio II, era la duración máxima del derecho de acción para procesos civiles. Ellos consideran también, como modo de extinción, el plazo de un año, o menos, dentro del cual debían ejercerse determinadas acciones de creación pretoria o edilicia. Sin embargo, lo que se extinguía en estos casos no era la obligación —que sólo se convierte en natural— sino el correspondiente *derecho de acción*. También la violencia ejercida por el acreedor con el fin de cobrar su crédito transformaba la obligación civil en natural. Nadie debe hacerse justicia por su propia mano.¹⁷⁸

¹⁷⁸ D.48.7.1.7 y 8.

CAPITULO VII
(SEGUNDA PARTE)

LOS CONTRATOS Y OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES

199. LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE CONTRATOS. En el capítulo anterior hemos estudiado la teoría general de las obligaciones. En el presente trataremos de las fuentes de las obligaciones en particular: contratos, delitos (privados), cuasicontratos y cuasidelitos.

Respecto de los contratos señalaremos las siguientes categorías:

a) *Contratos nominados* —reconocidos por el *ius civile* de la última época republicana—, que debemos distinguir de los innominados, añadidos posteriormente.

En el grupo de estos contratos encontramos, según su manera de perfeccionarse, cuatro clases:

1. Contratos *verbis*, que se perfeccionaban pronunciando frases consagradas por la tradición, a veces relacionadas con la religión o la magia. El ejemplo más corriente era la *stipulatio*, que se perfeccionaba mediante el intercambio de una pregunta y una contestación, utilizándose en ambas el mismo verbo.

2. Contratos *litteris*, que se perfeccionaban, en algunos casos determinados, con el uso de la escritura.

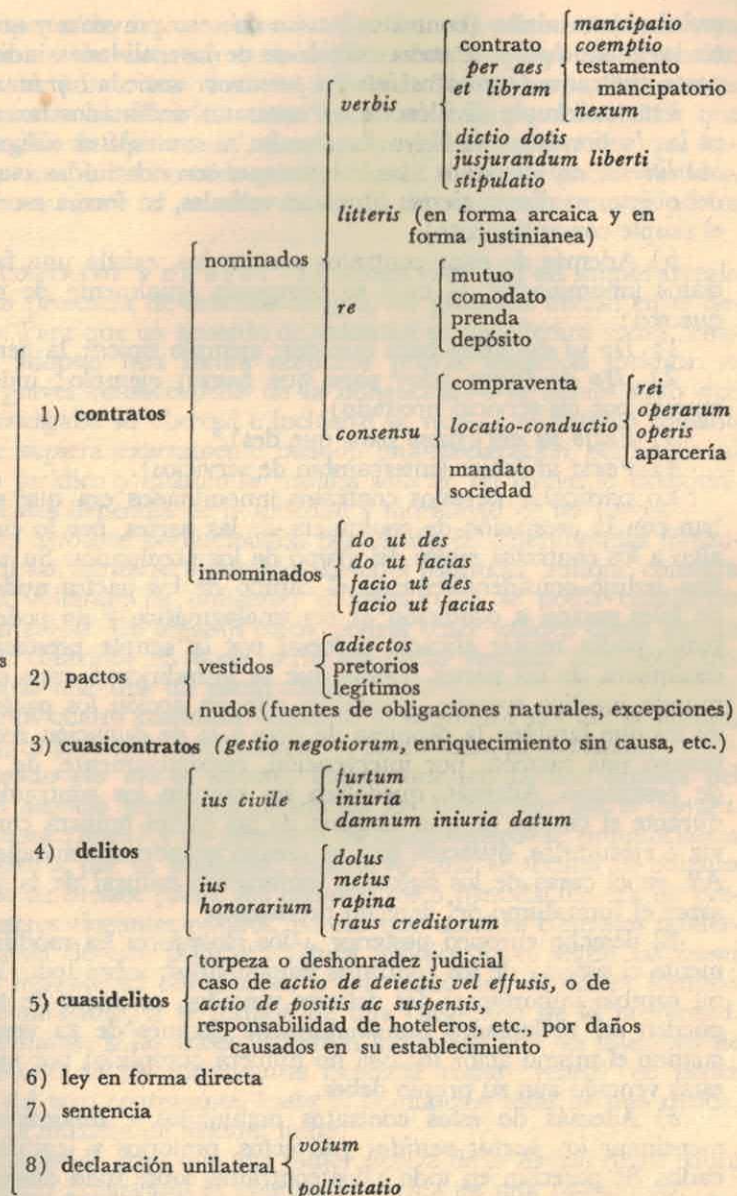
3. Contratos reales, que se perfeccionaban mediante el consentimiento, unido a la entrega de un objeto.¹ Este grupo comprendía un contrato *stricti iuris* (el mutuo, préstamo de consumo) y tres contratos de buena fe (el préstamo de uso o comodato, la prenda —o sea *pignus*—² y el depósito).

4. Contratos consensuales, que fueron una gran victoria en la lucha contra el formalismo del derecho antiguo. Se perfeccionaban por el simple consentimiento de las partes. En dos contratos de este grupo, lo esencial

¹ Excepcionalmente, el derecho clásico permite sustituir la entrega por una orden de entrega, dirigida a un tercero; inclusive permite que por mera voluntad de las partes nazca un contrato real, si el deudor ya tenía el objeto de éste en su poder, en virtud de algún título distinto (por ej., cuando un mandatario tiene fondos en su poder, en virtud del mandato, y por convenio con el mandante estos fondos llegan a constituir el objeto de un mutuo que el mandante concede al mandatario).

² Esta clasificación del *pignus* como contrato real es evidentemente postclásica, ya que para los clásicos el término de *pignus* es utilizado todavía indistintamente para prenda y para hipoteca, y la hipoteca se perfecciona por simple consentimiento, quedando la entrega pospuesta hasta el caso eventual de incumplimiento.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES ³



³ Obsérvese que un esquema de fuentes de las obligaciones es algo totalmente ajeno a la mentalidad de los grandes clásicos. Para fines didácticos, algunos autores clásicos de segunda fila iniciaron esta esquematización, que luego recibió añadiduras por parte de los postclásicos. El presente esquema, aunque apoyado en diversas citas del *Corpus Iuris*, no se encuentra allí en esta forma.

era el objeto mismo (contratos *intuitu rei*: compraventa y arrendamiento); en los otros dos, se trataba más bien de las calidades individuales de la parte contraria (contratos *intuitu personae*: sociedad y mandato).

Esta cuádruple división de los contratos nominados la encontramos ya en las *Instituciones* de Gayo:⁴ *aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis aut litteris, aut consensu* (las obligaciones son contraídas mediante entrega del objeto, mediante ciertas fórmulas verbales, en forma escrita o mediante el simple consentimiento).

b) Además de estos contratos nominados, existía una familia de contratos innominados, la cual se componía igualmente de cuatro grupos, que son:

- 1) *Do ut des* (doy para que des; ejemplo típico: la permuta).
- 2) *Do ut facias* (doy para que hagas; ejemplo: indemnización en especie por un servicio prestado).
- 3) *Facio ut des* (hago para que des).⁵
- 4) *Facio ut facias* (intercambio de servicios).

Lo particular de estos contratos innominados era que se perfeccionaban con la prestación de cualquiera de las partes, por lo cual se parecían algo a los contratos reales del grupo de los nominados. Su creación paulatina redujo considerablemente el campo de los pactos nudos. Cualquiera de tales pactos, a condición de ser sinalagmático y de poder ser comprobado, podía recibir eficacia procesal por la simple prestación hecha por cualquiera de las partes. Desde que se introdujeron estos contratos en el mundo jurídico romano, quedaban sólo sin acción los pactos unilaterales, de los que también la promesa de dote y la de donación recibieron con el tiempo una sanción, por intervención, respectivamente, de Teodosio II y de Justiniano. Además, quedaban sin sanción los contratos innominados durante el tiempo en que ninguna de las partes hubiera comenzado todavía a ejecutarlos, situación que no creaba grandes inconvenientes prácticos. Así, en el curso de los siglos, el sentimiento natural de la justicia triunfó sobre el formalismo del derecho preclásico.

El derecho europeo posterior a los glosadores ha modificado esencialmente el sistema de los contratos innominados; sobre todo, incorporándole un cambio importante: los deberes vencidos, oriundos de tales contratos, pueden ser reclamados inmediatamente después de su vencimiento, aun cuando el mismo actor todavía no hubiera cumplido; por ejemplo, por no estar vencido aún su propio deber.

c) Además de estos contratos nominados e innominados, debemos mencionar los *pactos vestidos* (adyectos, pretorios y legítimos), ya explicados. Se parecían en todo a los contratos, sobre todo desde que la introducción de los contratos consensuales demostró que la forma no era un

⁴ 3. 89.

⁵ Nótese que el contrato *do ut facias* y el *facio ut des* son, en realidad, un mismo contrato, observado desde el ángulo de quien debía prestar el servicio, o desde el ángulo de quien ofrecía la indemnización en especie.

elemento indispensable de los contratos. Gozaban de eficacia procesal, ya por incorporarse a un auténtico contrato de buena fe, ya por intervención pretoria o en virtud de una decisión imperial. Sin embargo, los juristas romanos no querían clasificarlos como "contratos"; no pueden olvidar que siempre se trataba de "parvenus", de pactos originalmente nudos que hacía muy poco tiempo habían sido promovidos al rango de pactos vestidos.

Procederemos ahora al estudio detallado de estos contratos y pactos vestidos.

200. EL CONTRATO *VERBIS*. Ya hemos visto que un simple arreglo verbal, aun en presencia de muchos testigos, no producía acción en el derecho antiguo. Para que un acuerdo de voluntad se considerara como "contrato", debía adoptar una forma aceptada por la tradición jurídica. A causa de las graves consecuencias de la obligación —ya hemos visto que el obligado arriesgaba su libertad e inclusive su vida—, el antiguo romano quería que se supiera exactamente cuándo una declaración pertenecía al severo campo jurídico y cuándo se trataba sólo de un convenio extrajurídico, cuya eficacia dependía de la seriedad y moralidad de las partes.

El contrato *verbis* se perfeccionaba por el uso de determinadas fórmulas verbales. Si las partes se apartaban de tales fórmulas, aunque constara elaradamente su voluntad de obligarse, el negocio no se podía considerar como contrato *verbis*. En algunos casos, podría tener validez como alguna otra forma de contrato; en otros, sería un pacto vestido; pero, con frecuencia, no sería más que un pacto nudo.

Encontramos cuatro contratos verbales: el *negotium per aes et libram*, la *dictio dotis*, la *promissio iurata liberti* y, sobre todo, la *stipulatio*.

a) El negocio *per aes et libram*. Parece que, en la fase arcaica del derecho, todo negocio jurídico se celebraba en Roma *per aes et libram*. Ante una balanza (*libra*) y en presencia de cinco testigos se pronunciaban fórmulas prescritas por la tradición, tras de lo cual se tocaba la balanza con un pedazo de bronce (*aes*). Así como el toco pterodáctilo era un precursor de nuestros elegantes pájaros, parece que muchos contratos modernos se originaron de esta primitiva figura jurídica, que, según las frases pronunciadas durante su celebración, podía tomar las siguientes formas:

1. Una *mancipatio*, si se trataba de una transmisión de la propiedad.
2. Un préstamo, si las frases utilizadas indicaban que un miembro de la familia de uno de los contratantes quedaba como "rehén" en poder de la familia del otro contratante, hasta la liquidación total de una deuda. En este caso, se hablaba de *nexum*, nudo.⁶
3. Acto celebrado para que una mujer pasara de la *domus* de su padre a la de su marido (*conventio in manum* en forma de una *co-emptio*).
4. Disposiciones de última voluntad (el testamento *mancipatorio*).
5. Además, gracias a la *interpretatio* hecha por los sacerdotes, el negocio *per aes et libram* podía servir para formalizar contratos de prenda,

⁶ Cfr. la explicación de *ob-ligatio* en el sentido de "atadura".

depósito, comodato, etc. (antes de que estos contratos fueran reconocidos como contratos reales), de manera que podemos considerar el negocio *per aes et libram* como un germen del cual surgió casi todo el sistema de los negocios jurídicos romanos.

Estos diversos aspectos del negocio *per aes et libram* han tenido suertes muy distintas. La *Lex Poetelia Papiria* (326 a. de J. C.) suprimió el *nexum*; la *coemptio* desapareció con la *manus*; el testamento mancipatorio desapareció a causa de la creciente popularidad del testamento *tripartito*; y también el desarrollo de contratos reales o consensuales limitó gradualmente el campo de esta figura antigua. Sin embargo, la *mancipatio* era todavía popular en tiempos de Justiniano, quizá debido a la seguridad que ofrecía automáticamente en la *actio auctoritatis* (por dos veces el precio, en caso de evicción), y aunque Justiniano suprimió oficialmente esta última forma del negocio *per aes et libram*, todavía varios siglos después la encontramos en la práctica jurídica de la Italia dominada por los bárbaros.

b) Para dar origen a facultades procesalmente reclamables, la promesa de dote debía hacerse mediante determinadas palabras solemnes (*dictio dotis*). Este contrato *verbis* perdió toda importancia, cuando Teodosio II convirtió la respectiva promesa informal en un pacto legítimo.

c) También la *promissio iurata liberti* debía hacerse mediante el uso de ciertas fórmulas. Por esta *promissio*, el esclavo por manumitir se obligaba de antemano a prestar ciertos servicios, después de su *manumissio*. El tema presenta algunos curiosos problemas; pero, como no ha tenido repercusión en el derecho actual, los pasaremos por alto.

Junto a estos tres contratos verbales, de escasa importancia, encontramos un cuarto contrato verbal muy interesante: la *stipulatio*.

201. LA STIPULATIO. Consistía ésta en el intercambio de una pregunta y una respuesta sobre una futura prestación. En ambas frases se utilizaba el mismo verbo (*spondere, promittere*, etc.).

En el derecho arcaico existía probablemente la costumbre de repetir toda la pregunta en la contestación,⁷ buena costumbre en beneficio de la seguridad, ya que disminuía el peligro de malentendidos. Aquí encontramos otra manifestación de la claridad formalista del derecho antiguo, que se exterioriza —*inter alia*— en diversas “congruencias”, como son: la que debía existir entre la demanda y la sentencia, entre la *legis actio* y el texto literal de la ley, entre la forma del nacimiento y la de la terminación de una situación jurídica, etc.⁸

La *stipulatio* era un contrato unilateral y, por tanto, *stricti iuris*.⁹ Su

⁷ JHERING, *Espíritu*, II. 2. 557.

⁸ Véase JHERING, *Espíritu*, II. 2. 625 y siguientes.

⁹ En tiempos clásicos, consideraciones derivadas de la *bona fides* comienzan a infiltrarse en la *stipulatio*. Así, si el deber de entregar un precio está formulado mediante una *stipulatio*, pero la mercancía no ha sido entregada, el pretor permite oponer a la

sanción consistía en la *condictio certae pecuniae*, si el objeto era una determinada cantidad de dinero; en la *condictio triticaria*, si el objeto era otra cosa genérica; y en la *actio ex stipulatu*, si el objeto era un *facere, non facere, praestare* o *pati* (tolerar).

Esta *stipulatio* podía utilizarse en una amplia gama de negocios: era sólo una forma, que podía llenarse con cualquier contenido. Sus únicos inconvenientes consistían en que las partes debían estar físicamente presentes en el momento de la *stipulatio* (no podía celebrarse por correspondencia) y que sus consecuencias eran *stricti iuris*, lo cual resultaba peligroso en caso de mala fe de una de las partes. Esta última característica tenía por consecuencia que no podían incorporarse pactos adyectos en negocios jurídicos formalizados con la *stipulatio*.

En los próximos párrafos estudiaremos unas aplicaciones frecuentes de la *stipulatio*.

202. EL PRÉSTAMO ESTIPULATORIO. El acreedor preguntaba, por ejemplo: “¿Prometes que me pagarás mil sestercios, el día de los idus del mes entrante?”, y el deudor contestaba: “Prometo”. Este contrato se celebraba, desde luego, en presencia de testigos y, habitualmente, se levantaba un acta. Este último documento, la *cautio*, era únicamente un medio probatorio y no debía considerarse como el contrato mismo.

Como los usureros estipulaban de sus deudores mayores cantidades de las que verdaderamente entregaban, considerando la diferencia como intereses, Caracalla concedía a los deudores demandados mediante la *condictio certae pecuniae*, la *exceptio pecuniae non numeratae*, la cual creaba al acreedor-actor la necesidad de comprobar, no sólo la existencia de la *stipulatio*, sino también el hecho de la entrega de la suma que figuraba como objeto de aquélla. Esta intervención imperial redujo mucho, por supuesto, la eficacia de este contrato verbal en materia de préstamos. ¡Si de todos modos el acreedor debía comprobar la entrega del dinero prestado, era más sencillo dar al préstamo el carácter de “mutuo”!

Observemos, además, que no era necesario que el deudor esperara la demanda del acreedor; podía anticipar ésta, atacando mediante la *querela pecuniae non numeratae* y obligando así al acreedor a comprobar la entrega del dinero a que se refería la *stipulatio* entre él y el deudor. Después veremos cómo Justiniano utilizó estas instituciones procesales para llenar una laguna en el esquema general de los contratos, cuando el contrato *litteris* había caído en desuso (esta laguna no agradó mucho al emperador aficionado a esquemas simétricos y basados en el número cuatro).

203. LA FIANZA ESTIPULATORIA. La *fianza* es un contrato por el cual una persona (fiador) se obliga a cumplir en el caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza, no cumpla.

condictio certae pecuniae, que corresponde a la *stipulatio*, una *exceptio mercis non traditae* (D. 19. 1. 25).

Se trata de un contrato accesorio, que necesita una obligación válida principal en que apoyarse.¹⁰ Esta obligación principal podía ser futura, exactamente como en el derecho moderno,¹¹ e inclusive natural.

La fianza podía ser por menos del valor del objeto del contrato principal, pero no por más: *non plus in accessione esse potest quam in principali re*¹² (o sea: lo accesorio no puede contener más que lo principal). A este respecto, el derecho romano era más riguroso que el moderno: por su carácter *stricti iuris*, la fianza romana *in duriores causas* (con efecto más pesado) era totalmente nula,¹³ mientras que la fianza moderna, en tales circunstancias, se reduce al importe de la obligación principal.¹⁴

No todas las excepciones que tuviera el deudor principal, aprovechaban igualmente al fiador. En primer lugar, no podía oponer las excepciones y defensas *personalísimas* que el fiado hubiera tenido —como la posibilidad para el deudor principal, menor de veinticinco años, de pedir la *in integrum restitutio*—, principio adoptado también por el derecho moderno.¹⁵ Pero también, aparte de este supuesto, encontramos casos en que el fiador no gozaba de determinadas ventajas procesales que hubiera tenido el deudor principal.

Ejemplo: *A* debe dinero a *B*, siendo *C* su fiador. Como *A* debe dinero a muchas personas más y es insolvente, la mayoría de los acreedores ordena una quita parcial, obligatoria aun respecto de la minoría de los acreedores disidentes.¹⁶ Si *B* se dirige ahora al deudor principal con su reclamación total, se encontrará con una *exceptio* derivada de esta quita; pero esta misma *exceptio* no aprovechará al fiador; de otra manera, ¿de qué le hubiera servido a *B* su precaución de pedir una fianza?

Una vez que había cumplido, el fiador tenía la posibilidad de dirigirse al deudor principal, mediante la acción de mandato, en caso de haber recibido instrucciones del deudor de pagar la deuda, o de la *actio negotiorum gestorum*, en caso de no haber recibido tal encargo. El fiador podía garantizarse previamente la eficacia de esta reclamación contra el deudor principal, pidiendo, antes de obligarse, que éste le diera a su vez fiadores para responder de la devolución.

No deben confundirse, desde luego, tales “contrafiadores” con los “fiadores del fiador” (*fideiussores fideiussoris*), que deben garantizar al acreedor en forma subsidiaria la solvencia del fiador.

Si alguien se había ofrecido como fiador contra la voluntad del deudor, y luego hubiese tenido que pagar la deuda de éste, no tenía recurso contra el deudor, y su cumplimiento se consideraba como una donación; esta solución romana ha sido rechazada por el derecho mexicano que dispone

¹⁰ Cfr. art. 2797 del Código Civil.

¹¹ Art. 2798 del Código Civil.

¹² Cfr. art. 2799 del Código Civil.

¹³ D. 46. l. 8. 7.

¹⁴ Art. 2799 del Código Civil.

¹⁵ Cfr. art. 2812 del Código Civil.

¹⁶ Véase el párrafo 88.

que, en tal caso, el deudor responde hasta donde el pago del fiador le ha sido útil.¹⁷

La fianza romana no se formaba necesariamente mediante una *stipulatio*; también podía tomar la forma de un mandato especial, el *mandatum pecuniae credendae*, como veremos todavía, o de un *constitutum debiti alieni* o de la correalidad pasiva (la cual, aunque jurídicamente era distinta, tenía la función económica de una fianza).

Sin embargo, la típica fianza romana nació de la *stipulatio*, que, según el verbo utilizado en la pregunta y en la contestación, podía ser una *sponsio*, una *fideipromissio* o una *fideiussio*.

La *sponsio* exigía el empleo del verbo *spondere*. Este correspondía a una promesa de matices religiosos, por lo cual no podía ser celebrada sino por personas que participaran en la religión romana, algo imposible para los extranjeros. Pronto cedió su lugar a la *fideipromissio*, en la cual también los peregrinos podían participar.

El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos y “clientes”. Para no castigar con demasiada severidad la observancia de las buenas tradiciones, los juristas romanos introdujeron poco a poco varias medidas para suavizar la suerte de los fiadores. Sin embargo, por desgracia, animado de las mejores intenciones, el legislador intervino tantas veces para proteger al fiador que finalmente la *fideipromissio* resultó una institución contraproducente, inaceptable para el acreedor.

Estas intervenciones tuvieron los siguientes resultados: primero la *Lex Apuleya* permitió al fiador exigir que el acreedor repartiera la responsabilidad entre los cofiadores *solventes*, medida lógica y justa que corresponde al artículo 2837 del Código Civil; un grave error, en cambio, se cometió con la *Lex Furia*, que permitía la repartición de responsabilidades entre todos los cofiadores, *solventes o no* (limitando, además, el plazo para exigir responsabilidad a los fiadores a un máximo de dos años). Las leyes anteriores recibieron más eficacia por la *Lex Cicereia*, que obligaba al acreedor a comunicar a cada fiador quiénes eran sus cofiadores. A esta tríada de leyes, a fines de la república, se añade la *Lex Cornelia*, que limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor, a un máximo anual de veinte mil sestercios. Estas medidas obligaron a acudir, finalmente, a otra figura jurídica que tenía el mismo objeto, la *fideiussio*, también un contrato *verbis*, pero basado en otro verbo (*fidei iubere*). Bajo Adriano se extendió a esta institución el *beneficium divisionis*, pero no en la forma tan poco acertada de la *Ley Furia*, sino dividiéndose la responsabilidad sólo entre los cofiadores *solventes*.

La fianza no se extendió de una manera automática a las obligaciones adicionales del deudor fiado, como son la pena convencional, los réditos

¹⁷ Art. 2828 del Código Civil. El *beneficium cedendarum actionum* que ya hemos descrito en relación con la correalidad, fue extendido a la fianza, por Justiniano, y ofrecía una solución para el fiador, en este caso.

moratorios, etc. Para la incorporación de estas obligaciones accesorias a la fianza se necesitaba una cláusula especial en el contrato con el fiador.¹⁸

Justiniano introdujo finalmente otro beneficio a favor de los fiadores: el *beneficium excussionis*, por el cual el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él. Sólo en caso de ser evidente, de antemano, que la ejecución en el patrimonio del deudor principal no daría ningún resultado, el juez podía negar este beneficio al fiador, ya que, en este caso, lo más probable era que lo hubiese solicitado únicamente para ganar tiempo.

Este nuevo beneficio, concedido al fiador, añadió al carácter accesorio de la fianza un carácter subsidiario. Toda fianza se convirtió por él en una *fideiussio indemnitalis* (o sea, fianza por el saldo del daño); primero, el acreedor trata de cobrar al deudor mismo, judicialmente, si es necesario; y, luego, el fiador le indemniza por el faltante eventual. El derecho moderno ha aceptado esta figura.¹⁹

Otorgar una fianza es peligroso. Como no implica una inmediata salida de fondos, sino un desembolso eventual, es fácil que personas que no otorgarían un préstamo, por prudencia, si dieran su firma como fiadores. Para proteger a la mujer contra su falta de experiencia en los negocios y contra la bondad del corazón, propia de su sexo, un SC. Velejano (quizá de 46 d. de J. C.) —continuando el espíritu de medidas ya tomadas por Augusto y Claudio— declara inválidas las fianzas otorgadas por las mujeres (D.16.1.2.1.). Originalmente el Código Civil Distrital de 1928/32 se limitaba a exigir una autorización judicial para fianzas otorgadas por la mujer en relación con deudas del marido, salvo cuando se trataba de obtener su libertad (art. 175 C.C.), pero el movimiento feminista de los setentas obtuvo al respecto una estricta simetría entre los sexos.

204. LA PENA CONVENCIONAL EN FORMA ESTIPULATORIA. La *stipulatio poenae* era una indemnización convencional que prometía un sujeto pasivo al sujeto activo de la misma obligación, en caso de incumplimiento. Servía para evitar de antemano eventuales futuras discusiones sobre los daños y perjuicios causados por incumplimiento.²⁰

Se trataba, en realidad, de una obligación accesorial (la cual necesitaba otra principal en que apoyarse), sujeta a una condición suspensiva (en este caso, el incumplimiento). Podía servir para fijar previamente la pena convencional que el deudor debería al acreedor por *retraso* en el cumplimiento, pero también para determinar la indemnización que el deudor debería por *inejecución absoluta*. El derecho romano permitió que se reclamara del deudor, además, la cantidad en que los verdaderos daños y perjuicios hubieran excedido de esta pena convencional,²¹ una consecuen-

¹⁸ Que ésta haya sido la solución del derecho justiniano no es indiscutible, empero. Véase DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System*, II. 713.

¹⁹ Cfr. art. 2814 del Código Civil.

²⁰ Cfr. art. 2117 del Código Civil.

²¹ D. 17. 2. 41, 42 y 71.

cia del incumplimiento que ha rechazado el derecho moderno, menos duro con el deudor incumplido.²²

205. LA ESTIPULACIÓN DE INTERESES. Como veremos, paralelamente a la *stipulatio* (contrato *verbis*), el *mutuum* (contrato *re*) era una forma corriente que podían tomar los contratos de préstamo. Como ambos eran contratos *stricti iuris*, los pactos adyectos que se referían a intereses no tenían validez. De ahí que se necesitasen estipulaciones especiales para fijar los réditos debidos por un mutuario.

A los contratos *bonae fidei* podían añadirse pactos informales de réditos, con plena eficacia. Además, en algunos casos el deber de pagar réditos se sobreentendía, como cuando, en caso de una compraventa, el objeto fue entregado antes del precio, o cuando un tutor empleaba en provecho propio una cantidad de dinero, perteneciente al pupilo.

En cuanto al nivel de éstos, en tiempos de las XII Tablas, el rédito máximo era, probablemente, del diez por ciento anual.²³ En 342 a. de J. C., una ley prohibió los intereses, pero quedó como letra muerta; un pretor que quiso aplicar la ley, fue asesinado en la calle. Cuando un fenómeno poco grato resulta inevitable es siempre mejor reglamentarlo que prohibirlo, y así, desde 51 a. de J. C., se optó por la solución, más sensata, de fijar niveles máximos a los intereses, diferenciándolos según la actividad y el rango social del acreedor (personas ricas o nobles no podían exigir porcentajes tan altos como los prestamistas o los comerciantes). El máximo era del doce por ciento anual, excepto en caso del *faenus nauticum*, un préstamo por el cual el deudor únicamente se obligaba a reembolsar el dinero, si el barco o la mercancía en que lo había invertido regresaba, indemne, de algún viaje. Para esos préstamos, tan peligrosos, el rédito podía exceder del citado máximo.

La época romanocristiana nos muestra una enérgica lucha contra la usura. El legislador habla inclusive en términos demagógicos sobre la *vorticitas creditorum* y emprende la defensa de los deudores en forma tan clara que se habla del principio del *favor debitoris*. Teodosio II castigaba al acreedor que estipulara intereses excesivos mediante multas, e inclusive mediante la pérdida de su crédito; ya conocemos la *Lex Anastasiana*; encontramos una prohibición del "anatocismo";²⁴ los réditos atrasados y acumulados no debían exceder del importe del capital²⁵ (principio que Justiniano amplía de la manera más absurda, comprendiendo en el cálculo del *duplum* los réditos ya pagados, de manera que, en créditos de larga duración, se podía llegar a un momento en que los intereses no tenían que pagarse ya). Además, Justiniano redujo drásticamente el máximo de los intereses, dife-

²² Art. 1840 del Código Civil.

²³ Varios autores interpretan el término *fenus unciarum*, que encontramos en Tabla VIII, 18, en el sentido de intereses del 100% al año.

²⁴ C. 4. 32. 28 (*anatocismo* es la práctica de calcular intereses sobre intereses).

²⁵ D. 12. 6. 26. 1: *supra duplum usurae nec exigi possunt*.

renciando según la calidad social del acreedor (senadores, particulares y comerciantes: C.4.32.26.2; *Nov.* 106; *Nov.* 136.4). Lo pagado en exceso de lo previsto en estas medidas protectoras del deudor, se aplicaba, primero, al capital; y si resultaba que los réditos pagados en exceso, importaban inclusive más que el monto de la deuda, la diferencia debía devolverse al deudor como "pago de lo indebido".

El derecho moderno mexicano conserva la diferenciación justiniana entre particulares y comerciantes, en materia de intereses (aunque con signo inverso, bajando el rédito legal entre comerciantes); sin embargo, las tasas respectivas ya no son tasas máximas, sino tasas que valen en caso de silencio de las partes. La generalización del concepto de lesión, ya apuntada, puede utilizarse como punto de partida de la lucha contra los intereses excesivos.

En ocasiones, el fenómeno de los réditos coloca al jurista ante el problema de calcular el valor actual de un cumplimiento previsto para una fecha futura. ¿Cuánto valen hoy diez mil pesos que deberán pagarse en diez años? La diferencia entre el valor nominal de la deuda —en este caso diez mil pesos— y el valor *actual* de esta cantidad *futura* se llama el *inter-usurium*. Para calcular éste, debemos preguntarnos cuánto dinero, colocado a réditos legales, produciría dentro de diez años un capital de diez mil pesos, cálculo que, desde luego, dará un resultado distinto, según la aceptación o el rechazo del anatocismo. D.35.2.88.3 sugiere otro método, más rápido, pero más rudo: simplemente —para seguir con nuestro ejemplo— recomienda descontar de los diez mil pesos diez veces el rédito legal anual. Este método romano da resultados inaceptables, sobre todo en operaciones a largo plazo, como el lector podrá comprobar inmediatamente con cualquier ejemplo hipotético.

206. EL CONTRATO LITTERIS. Hemos visto que el contrato *verbis* no revestía *cualquier* forma verbal. De la misma manera, el contrato *litteris* no era un contrato que se perfeccionaba por *cualquier* pacto escrito, como veremos.

En realidad, debemos distinguir dos contratos *litteris*: el del derecho antiguo y el del derecho justiniano.

En su origen, el contrato *litteris* se perfeccionaba por la inscripción de una deuda en la contabilidad doméstica de algún *paterfamilias*. Tales contabilidades tenían un carácter sagrado: periódicamente, en un acto relacionado con el culto doméstico, el *paterfamilias* pasaba los asientos del borrador (*adversaria*, libro diario) al *codex*, y por su solemnidad, quizás estas inscripciones en el *codex* producían acción contra el deudor, aunque éste no hubiera colaborado en el acto.

Si la deuda era resultado de una venta a crédito, la inscripción tomaba la forma de una transcripción *a re in personam* (sale del patrimonio una cosa y entra un crédito personal). También podía tratarse de una modificación de la persona del deudor, en cuyo caso se trataba de una transcrip-

ción *a persona in personam* (sale del patrimonio un crédito personal y entra otro; Gayo, 3. 130).

Por tratarse de un contrato unilateral, era *stricti iuris*; por ser un acto relacionado con conceptos religiosos romanos, era válido únicamente entre ciudadanos romanos; y, por su relación íntima con una contabilidad, el objeto de tales contratos *litteris* sólo podía consistir en sumas de dinero.

La acción que daba eficacia al contrato en cuestión, era la *condictio certae pecuniae*, que ya hemos encontrado en el caso de la *stipulatio* sobre cierta cantidad de dinero.

Poco sabemos de este contrato. Cicerón nos da algunos indicios y Gayo lo menciona en su *Instituta*, pero en una forma tan breve que deja muchos problemas sin resolver.

El punto más discutible de este contrato es el siguiente: en los pocos textos de que disponemos parece que el contrato se perfeccionaba por un acto unilateral del acreedor. Para este hecho enigmático hay dos posibles explicaciones: el carácter sagrado protegía a los deudores contra la mala fe del acreedor, o bien, quizás el contrato servía únicamente entre un *paterfamilias* y sus clientes. Teófilo pretende, en su *Paráfrasis*, que el deudor debía firmar el asiento en cuestión, pero como en su época este antiguo contrato *litteris* ya no existía, y como sus afirmaciones contradicen datos proporcionados por autores más antiguos, hay que sospechar que Teófilo escogió el camino fácil para resolver este curioso problema con fundamento en su propia fantasía y en la lógica jurídica de su época, sin tomar en serio los textos antiguos incompatibles con su hipótesis.

El análisis de las tablillas de Herculano sugiere que, aunque el contrato se perfeccionaba mediante la mencionada inscripción en la contabilidad del acreedor, paralelamente con esto las partes solían preparar un *documento probatorio*, en el cual constara el consentimiento del deudor.

Con frecuencia debió haber sido un acto que daba una base más firme a una situación jurídica ya existente. Sin embargo, a causa de la mayor claridad y severidad que adquiría la obligación mediante su inscripción en la contabilidad del *paterfamilias*, es preferible presentar la situación como una *novación*, antes que decir que se trataba sólo de la mera añadidura de claridad a una obligación existente.

Cuando la religión doméstica, y estas contabilidades relacionadas con ella, cayeron en desuso, al comienzo de la época imperial, desapareció esta forma de contrato, y cuando Justiniano sistematizó de nuevo el derecho no encontró en la categoría de los contratos nominados más que tres grupos: *verbis*, *re* y *consensu*. Para no romper con la tradicional división de los contratos nominados en cuatro grupos, dio una nueva interpretación al contrato *litteris*: pretendió que las *chirographae* y *syngraphae* (documentos probatorios), una vez que el deudor ya no podía servirse de la excepción *pecuniae non numeratae* y de la correspondiente *querela* —es decir, si éstas habían prescrito por el transcurso de un lapso de dos años—, se habían convertido, en realidad, en contratos *litteris*. Es, desde luego,

inadmisible esta interpretación del carácter de dichos documentos, ya que sólo eran instrumentos probatorios de la existencia de contratos que se habían perfeccionado *verbis* (préstamo formalizado por *stipulatio*) o *re* (préstamo en forma de mutuo).

Únicamente en el caso de que el pseudoacreedor no hubiese entregado el importe del préstamo a su pretendido deudor, y de que, a pesar de esta circunstancia, este último no hubiera intentado a tiempo la *querela pecuniae non numeratae*, podía decirse que la obligación nacía de los mencionados documentos. Fuera de este supuesto excepcional, si hubiera existido un verdadero préstamo, la obligación habría nacido de la entrega del dinero respectivo (mutuo) o de la *stipulatio* respecto del reembolso, y no por un contrato *litteris*.²⁶

Así vemos cómo el contrato *litteris* tiene dos formas: hasta el comienzo de la época imperial, era una figura relacionada con la contabilidad doméstica; cayó en desuso y renació en tiempos de Justiniano, mediante una fraudulenta interpretación del significado que tienen determinados documentos probatorios, relacionados con préstamos, después de transcurrido el plazo para la *exceptio* o la *querela pecuniae non numeratae*.

207. MUTUO Y COMODATO. Estas dos figuras pertenecen al grupo de los cuatro contratos reales que se perfeccionaban por la mera entrega de su objeto, aunque este requisito debía siempre combinarse con un consentimiento sin vicios. La oposición entre contratos reales y consensuales no debe hacernos pensar que en los primeros el consentimiento fuera superfluo.

I. El *mutuo* es el único contrato unilateral y, por tanto, *stricti iuris* que encontramos entre los contratos reales. Los demás son *eventualmente bilaterales* y, en consecuencia, *bonae fidei*.

Este mutuo era un préstamo gratuito de consumo y puede definirse como el contrato por el cual una persona, el mutuante, trasmite a otra, el mutuario, la propiedad de bienes genéricos, obligándose éste a devolver más tarde a aquél una cantidad igual de bienes del mismo género y de la misma calidad.

¡Fíjense en el requisito de "la misma calidad"! En caso de una devaluación, ¿habría que reajustar el importe nominal de la deuda? D.46.3.9.1 y D.18.1.1 pr. parecen rechazar esta conclusión, inclinándose al nominalismo monetario (la ficción práctica, pero a veces injusta, de que "un peso es un peso").

Desde luego, podía haber precontrato, como acto preliminar del contrato real de mutuo. Tal contrato preliminar sería una promesa de prestar dinero, mediante un futuro mutuo (*pactum de mutuo dando*). No era, por tanto, un contrato real, sino, por ejemplo, un contrato verbal que adoptaría la forma de una *stipulatio*. La relación jurídica nacida de este

²⁶ Véase EGON WEISS, *Institutionen des röm. Privatrechts*, Stuttgart, 1949, página 357.

precontrato se extinguía, entre otras causas, por el hecho de que el futuro mutuario llegara a ser insolvente antes de celebrarse el contrato de mutuo previsto en este *pactum de mutuo dando*²⁷ (uno de los múltiples modos de extinción, dispersos y excepcionales, que no hemos mencionado expresamente en el párrafo 196).

En un principio, préstamos importantes se formalizaban mediante el mencionado *nexum*. Pero, posteriormente, a fines de la era republicana, los juristas reconocían la existencia de un contrato, que había surgido para préstamos cotidianos, informales, de pequeñas cantidades, el *mutuo*, que se perfeccionaba por la simple entrega, en concepto de préstamo, de una cantidad de bienes genéricos y que derivaba su eficacia de una *condictio certae pecuniae*, cuando se trataba de un *mutuo* de dinero, o de una *condictio triticaria*, si se trataba de otros bienes genéricos. Estas dos acciones se designaban también con el término general de *condictio ex mutuo*. Eran de derecho estricto, ya que se relacionaban con un contrato unilateral.²⁸ El objeto del mutuo, por tratarse de un contrato que obligaba al deudor a reembolsar una misma cantidad de bienes de la misma calidad que tenían los bienes recibidos por él, consistía necesariamente en bienes genéricos, que se individualizaban "pesando, contando o midiendo".

Por ser un préstamo de consumo, el mutuario debía tener el *ius abutendi*, que recibía mediante transmisión de la propiedad;²⁹ consecuentemente, el mutuante debía ser propietario del objeto del mutuo. Notemos también que se trataba de un contrato gratuito si se quería pactar intereses, había que hacerlo mediante una *stipulatio*, ya que los pactos adyectos, combinados con contratos *stricti iuris*, sólo producían obligaciones naturales. Como propietario, el mutuario, evidentemente, responde si el objeto del mutuo se pierde por caso fortuito.

Si el mutuario era incapaz, el mutuo no valía y el mutuante podía reclamar inmediatamente al incapaz el dinero, hasta por la cantidad del enriquecimiento final, obtenido por el incapaz (*in quantum locupletior factus est*).³⁰ Su acción no sería, en tal caso, la *condictio ex mutuo*, ya que no había mutuo, sino una *condictio sine causa*, puesto que el incapaz había obtenido un enriquecimiento sin causa legítima.

De la misma manera, si el mutuante era incapaz, sus representantes podían reivindicar el objeto del mutuo, siempre que estuviera todavía en poder del mutuario y no se hubiera mezclado con objetos del mismo género. De lo contrario, debían ejercer la *condictio sine causa*, alegando enriquecimiento ilegítimo (un aumento del patrimonio del seudomutuario,

²⁷ D. 46. 3. 38.

²⁸ ¿Se trataba de un contrato realmente unilateral, y no eventualmente bilateral? Si el mutuante entregaba trigo enfermo que contagiaba todo el almacén de trigo del mutuario, o daba monedas falsas, causando molestias y daños al mutuario, ¿no debería tener éste una acción contra el mutuante? Sin embargo, en el sistema romano no existió una *actio ex mutuo contraria*.

²⁹ Seudo-etimología clásica: *mutuum* viene de *meum-tuum*: lo mío se vuelve tuyo (CAYO, III. 90).

³⁰ D. 26. 8. 5. 1.

en perjuicio del seudomutuante, sin que haya habido un verdadero contrato de mutuo). También, en este caso, la *condictio ex mutuo* no daría resultado por la razón que acabamos de señalar.³¹ ¡Cuando se alega que un contrato no existe, no debe utilizarse una acción derivada de ese mismo contrato!

Después del caso sonado de Macedo, un "niño bien" que, agobiado por deudas, había matado a su padre con el fin de obtener la herencia un poco más pronto, se promulgó en tiempos de Vespasiano el SC. Macedoniano, que reducía las deudas de los *filiifamilias* al nivel de obligaciones naturales.

Casos especiales del mutuo eran:

a) El ya mencionado *faenus nauticum*.³²

b) El *contractus mohatrae*.³³ Aquí el mutuario recibía una cosa específica con derecho a venderla y utilizar el producto de esa venta como préstamo de consumo. Si la cosa específica se perdía por causa de fuerza mayor, después de su entrega al mutuario, pero antes de la venta por éste, la pérdida perjudicaba al mutuario (lo que era una desviación, no injusta, de la regla de que *res perit domino*). Invito al lector a que compruebe, mediante un ejemplo hipotético, que la combinación de un mandato con un precontrato de un mutuo, daba un resultado distinto del *contractus mohatrae*.

c) El contrato de mutuo, en el cual se traspasaba al mutuario la propiedad de una cosa específica, valuada por las partes en un importe *x* que sería luego el objeto del mutuo.³⁴ Es evidente que esta práctica permitía disfrazar la usura de un generoso mutuo sin réditos, con el solo requisito de un avalúo convencional por un valor muy superior al valor comercial del objeto en cuestión.

d) Un mutuo sin entrega real, como cuando alguien daba en mutuo el dinero que ya otro tenía en su poder en calidad de depositario o mandatario. Es una figura que recuerda la *brevi manu traditio*.³⁵ Una simple operación imaginativa venía a compensar la devolución del dinero con la segunda entrega del mismo, por un nuevo concepto.

II. El *comodato* era un préstamo de uso, un contrato por el cual una persona, el comodante, entregaba a otra persona, el comodatario, un bien específico que éste podía utilizar y que tendría que devolver a aquél, después de un plazo convenido.³⁶ Normalmente, tenía por objeto un bien específico, aunque a veces podían —aparentemente— figurar bienes genéricos como objetos del comodato, como cuando se pide al vecino que preste

³¹ *Inst.* II. 8. 2.

³² Véase el párrafo 205.

³³ Término medieval para designar una figura descrita en D. 12. 1. 4, 11 y 12. 1.

³⁴ C. 4. 2. 8.

³⁵ Véase el párrafo 139.

³⁶ Esta última característica distingue el *commodatum* del *precarium*, en el cual el acreedor podía exigir en cualquier momento, aun el más inoportuno, la devolución del objeto.

una bolsa con monedas de oro *ad pompam vel ostentationem*; sin embargo, en este caso, las monedas de oro no se prestan como bienes genéricos, sino como un conjunto específico.³⁷

En el derecho preclásico, el comodato podía tomar la forma de una enajenación "por un centavo", combinada con la cláusula de que el comprador volvería a vender, en una fecha determinada, el objeto al vendedor, también por un centavo. Pero, a fines de la época republicana, esta complicación ya no se consideraba necesaria, y la simple entrega del objeto con la declaración, hecha ante testigos, de que se lo devolvería en una fecha determinada, era suficiente para que los derechos del comodante estuvieran garantizados.

El comodatario no tenía el *ius abutendi*. Por tanto, no necesitaba recibir la propiedad del objeto; y en consecuencia, el comodante no tenía que ser, forzosamente, el propietario de este objeto.

El comodatario tenía la obligación de utilizar el objeto como un buen padre de familia, y de restituirlo en la fecha convenida. Como se trataba de un contrato esencialmente gratuito —si no, sería considerado como un arrendamiento— en el que el comodatario tenía todo el beneficio, éste era responsable de la *culpa levis in abstracto*, es decir, de lo que se consideraría como una culpa leve en la conducta de un buen padre de familia. Además, no debía utilizar el objeto para un fin distinto del convenido.³⁸

Respondía de una debida "custodia", un concepto que en tiempos de Gayo implica la responsabilidad por robo (Gayo, III. 206), pero no por otras formas de fuerza mayor. Más tarde el derecho romano excluye toda responsabilidad que no fuera por dolo y culpa grave o leve, haciéndose también al comodatario responsable por fuerza mayor en caso de haber incurrido en mora (y aun en este supuesto, el comodatario podía liberarse, comprobando que la fuerza mayor también hubiera alcanzado el objeto en poder del comodante). Además, el comodatario siempre podía aceptar por pacto especial la responsabilidad por fuerza mayor, y "si se dio la cosa valuada, el comodatario se hacía responsable de todo el riesgo",³⁹ ya que tal avalúo se consideraba un pacto tácito en este sentido, disposición que ha reproducido el derecho actual.⁴⁰

Podían surgir también para el comodante deberes de este contrato; era obligación suya indemnizar al comodatario por los gastos extraordinarios, pero indispensables, para la conservación del objeto, como por ej., los honorarios del veterinario en caso de una enfermedad fortuita de un animal prestado.⁴¹ En cambio, los gastos ordinarios eran por cuenta del comodatario.⁴²

³⁷ Cfr. art. 2498 del Código Civil.

³⁸ D. 13. 6. 5. 7.

³⁹ D. 13. 6. 5. 3.

⁴⁰ Art. 2506 del Código Civil.

⁴¹ Cfr. art. 2513 del Código Civil.

⁴² D. 13. 6. 18. 2; cfr. art. 2508 del Código Civil.

El comodante respondía de su dolo y de su *culpa lata*; no de su *culpa levis*, ya que no recibía ninguna ventaja. Sin embargo, quien prestaba, por ejemplo, madera para un fin temporal (andamios, decoraciones de teatro, etc.), sin haber fijado el término del comodato, y la retiraba, contra la voluntad del comodatario, en un momento inoportuno, era responsable de los daños y perjuicios. De la misma manera, respondía el comodante si había ocultado defectos del objeto comodado, por los cuales el comodatario hubiera sufrido perjuicios; por ejemplo, si se prestaba a un competidor un barril que goteaba.⁴³

A causa de estos eventuales deberes del comodante, se trataba de un contrato "eventualmente bilateral", y, por tanto, de buena fe, quedando amparado por dos acciones: la *actio commodati directa*, del comodante contra el comodatario, y la *actio commodati contraria*, del comodatario contra el comodante, en el caso excepcional de que el comodante tuviera que responder de gastos necesarios o de daños y perjuicios causados por su dolo.

Como ya hemos visto, en contratos de buena fe, como éste, ambas partes respondían automáticamente de su dolo, y no podían siquiera excluir por convenio esta responsabilidad.

Sin embargo, escasean en el *Corpus iuris* casos de la *actio doli* en relación con el comodato, ya que dicha acción era subsidiaria. Como las dificultades respecto del comodato podían tramitarse mediante las dos acciones propias del comodato, se debía evitar la *actio doli* en caso de dolo cometido por el comodante o el comodatario.

COMPARACIÓN SINÓPTICA ENTRE MUTUO Y COMODATO

MUTUO	COMODATO
1. Unilateral.	1. Eventualmente bilateral. ⁴⁴
2. <i>Stricti iuris</i> .	2. <i>Bonae fidei</i> .
3. Objeto genérico. ⁴⁵	3. Objeto específico. ⁴⁶
4. Se transmite la propiedad. ⁴⁷	4. Se otorga una simple <i>detentio</i> .
5. El mutuario puede hacer lo que quiera con el objeto.	5. El comodatario debe utilizar el objeto de acuerdo con las intenciones del comodante y es responsable de su <i>culpa levis</i> . ⁴⁸
6. El mutuante debe ser el propietario del objeto.	6. El comodante no es necesariamente el propietario.
7. La pérdida por fuerza mayor perjudica al mutuario.	7. La pérdida por fuerza mayor perjudica al comodante, salvo pacto en contrario, mora o avalúo.

⁴³ Cfr. art. 2514 del Código Civil; D. 13. 6. 18. 3; D. 13. 6. 18. 22.

⁴⁴ Cfr. arts. 2513, 2514, 2508 del Código Civil.

⁴⁵ Art. 2384 del Código Civil.

⁴⁶ Art. 2497 del Código Civil.

⁴⁷ Art. 2384 del Código Civil.

⁴⁸ D. 13. 6. 5. 7; arts. 2502, 2505 del Código Civil.

8. Pueden pactarse intereses en un contrato adicional.⁴⁹

8. Esencialmente gratuito.⁵⁰

9. Se reembolsan bienes de la misma calidad, en igual cantidad.⁵¹

9. Se restituye el mismo objeto.⁵²

208. DEPÓSITO Y PRENDA. También ofrecen cierta semejanza estos dos últimos contratos del grupo de los reales.

I. El depósito podría definirse como el contrato por el cual una persona —depositante— entrega a otra —depositario— algún objeto mueble,⁵³ para su custodia.

También, en este caso, un precontrato en forma de *stipulatio* podía preceder al contrato real de depósito.

El depositante respondía de los gastos hechos, eventualmente, por el depositario para la conservación del objeto, y de los daños y perjuicios que los vicios del objeto depositado causaran al que lo aceptase en depósito, por ejemplo, en el caso de un caballo enfermo. En consecuencia, era un contrato eventualmente bilateral y, por tanto, de buena fe; es decir, los deberes de las partes debían fijarse teniendo en cuenta las circunstancias especiales que acompañaban al contrato, las probables intenciones de las partes y la equidad. Este carácter *bonae fidei* implicaba también que el depósito admitía pactos adyectos y que sus partes respondían, *ipso iure*, de su conducta dolosa, inclusive en la forma de omisión, responsabilidad ésta de la cual, ni siquiera por pacto especial, podían eximirse.⁵⁴

Además era un contrato esencialmente gratuito, ya que, de otra manera, hubiera sido un contrato de prestación de servicios remunerados, al cual el derecho romano incorporaba con algunas figuras más en el "contrato de arrendamiento", si la remuneración se hacía en dinero, o consideraba como un contrato innominado (*facio ut facias* o *facio ut des*), si la remuneración tomaba otra forma.

En esto, el derecho moderno se aparta del romano y dispone que, salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a ser remunerado.⁵⁵

Las obligaciones del depositario consistían en la custodia de la cosa⁵⁶ y su devolución en el momento en que el depositante la reclamara,⁵⁷ con la restricción de que se debía dejar al depositario el tiempo necesario para

⁴⁹ Art. 2393 del Código Civil.

⁵⁰ Art. 2497 del Código Civil.

⁵¹ Art. 2384 del Código Civil.

⁵² Art. 2497 del Código Civil.

⁵³ Obsérvese que, en el derecho romano, el depósito no podía tener por objeto un bien inmueble, como indica ya la etimología de la palabra. En cambio, el derecho moderno admite el depósito, indistintamente para bienes muebles o inmuebles. (Art. 2516 del Código Civil.) Como tantas veces, la terminología es confusa. Se utiliza el término "depósito" en tres sentidos: el contrato, el acto del depósito y el objeto depositado.

⁵⁴ D. 16. 3. 1. 7.

⁵⁵ Art. 2517 del Código Civil.

⁵⁶ Si el depositario debía aceptar deberes especiales de cuidado —como cuando se le entrega para custodia una perra de raza fina con instrucciones de cruzarla con otro perro determinado—, salimos gradualmente del contrato de depósito y nos acercamos al mandato.

⁵⁷ D. 16. 3. 1. 22.

buscar el objeto en el lugar donde lo conservara. Tratándose de un contrato de buena fe, los deberes de las partes debían reclamarse con un razonable margen de tolerancia.⁵⁸

El depositario debía devolver el objeto depositado al depositante mismo, aunque resultara que el propietario de este objeto era otra persona. De lo contrario, el depositario se exponía al riesgo de tener que pagar al depositante otro tanto del valor del objeto depositado. Se presentaba una excepción al respecto, en el caso de que una autoridad judicial ordenara al depositario retener el objeto, provisionalmente, en su poder o entregarlo a una persona distinta del depositante.

Si, ejerciendo la *reivindicatio*, un tercero demandaba al depositario, éste, como simple detentador, podía indicar de qué persona derivaba su *detentio*, y así se sustraía a todas las molestias y responsabilidades procesales.

Aun cuando el depositante hubiera hecho el depósito por un plazo determinado o bajo una condición resolutoria, de todos modos podía reclamar la devolución antes del cumplimiento de este término o de esta condición.⁵⁹ Una constitución de Justiniano⁶⁰ decía claramente que el depositario, requerido por el depositante para que devolviera el objeto depositado, no podía negarse a devolverlo, alegando un derecho personal o real que tuviera contra el depositante.⁶¹

Como el depositario tenía sólo molestias y no sacaba ninguna ventaja de este contrato —ni siquiera podía servirse del objeto, pues sería un “robo de uso”, un *furtum usus*—, se le obligaba únicamente a responder de la culpa grave, y no de la culpa leve, salvo pacto especial.

Como ya hemos visto en el caso del comodato, también en este contrato, por ser eventualmente sinalagmático, encontramos dos figuras procesales: la *actio depositi directa* (para sancionar los deberes que siempre nacen) y la *actio depositi contraria* (para sancionar los que eventualmente pueden nacer). La primera puede ejercerse, en consecuencia, por el depositante; la segunda, por el depositario.

Como casos especiales del depósito, debemos mencionar los siguientes:

1. El secuestro, un depósito de un bien cuya propiedad es incierta y que, provisionalmente, se entrega a un tercero, mientras se resuelva quién tiene mejor derecho. Este secuestro puede ser ordenado por un juez (secuestro judicial)⁶² o libremente convenido entre las partes (secuestro convencional).⁶³ Aun hoy día, es una importante institución jurídica.

⁵⁸ Véase la observación de Marcelo, en la cita anterior.

⁵⁹ Así resulta de D. 3. 1. 45/46 y lo confirma el derecho moderno en el artículo 2522 del Código Civil. Estamos en presencia de términos o condiciones establecidos en favor del acreedor —algo que raras veces sucede— y, salvo excepciones —como en el derecho mexicano del trabajo—, cada quien puede renunciar a sus derechos.

⁶⁰ C. 4. 34. 11.

⁶¹ Este principio encuentra eco en los artículos 2533 y 2534 del Código Civil, que niegan al depositario el derecho de retener la cosa o de considerarla como prenda en garantía de algún crédito que tuviera contra el depositante.

⁶² D. 24. 3. 22. 8. Art. 2540 del Código Civil.

⁶³ Art. 2540 del Código Civil.

2. El depósito irregular, contrato que da al depositario el derecho de servirse de bienes genéricos depositados e, inclusive, el derecho de consumirlos o de venderlos, aunque en tal caso deberá devolver su equivalente.

Se nota enseguida que este contrato tiene gran parecido con el mutuo, pero hay una importante diferencia: mientras el mutuo es *stricti iuris*, el depósito irregular, por ser una ramificación del depósito en general, es *bonae fidei*.

Además, hay otra diferencia entre el mutuo y el depósito irregular, que se refiere más bien a la causa en sentido subjetivo. En el mutuo, el negocio jurídico se ponía en marcha por el interés del mutuuario en recibir dinero. En cambio, en el *depositum irregulare*,⁶⁴ se trataba originalmente —y, con frecuencia, aún en la actualidad— del interés del depositante, que quería librarse del riesgo de tener dinero en su poder. La criada que suplica que, cada mes, se le descuenta parte de su sueldo para disfrutar estos ahorros durante su semana de vacaciones, no celebra con su patrón un contrato de mutuo, sino más bien un *depositum irregulare*.

3. El *depositum miserabile* o depósito necesario, hecho con ocasión de *tumultus, incendia, ruinae vel naufragia*. Con el fin de castigar al que trataba de aprovecharse, cínicamente, de la desgracia ajena, causada por fuerza mayor, se concedía una *actio in duplum*, acción por lo doble, contra el depositario que se negara a devolver el objeto depositado en tales circunstancias.^{64a}

II. En el contrato de prenda, una persona —el propietario de la prenda— entregaba un objeto a otra —el acreedor prendario— para que lo guardase en garantía de un derecho que tuviera ésta contra el dueño de la prenda o contra algún tercero.

Tampoco, en este caso, el que tenía la custodia podía servirse del objeto —salvo pacto anticrético—, so pena de cometer un *furtum usus*, “robo de uso”, pero, exactamente como el depositario, podía reclamar, al dueño de la prenda, los gastos necesarios hechos para su conservación o una indemnización por los daños y perjuicios causados por los vicios del objeto del contrato de prenda. También en este caso se trata, por tanto, de un contrato eventualmente bilateral, provisto de dos acciones: la *actio pignoratitia directa* (a la disposición del dueño de la prenda) y la *actio pignoratitia contraria* (que puede ejercitarse por el acreedor prendario).

Hay una gran diferencia entre el depósito y el contrato de prenda. Mientras que el depositario debía entregar el objeto depositado cuando lo reclamara el depositante, y no tenía siquiera un derecho de retención por los gastos de conservación que hubiera tenido que hacer, el que recibía una prenda sólo tenía que devolverla después de haberse cumplido con el deber determinado que garantizaba la prenda en cuestión.⁶⁵ Como el

⁶⁴ Este término es ajeno al *Corpus iuris*.

^{64a} Este *duplum* es una multa privada, de modo que, en caso de defunción del depositario culpable, el heredero inocente sólo responde del valor de lo depositado.

⁶⁵ Obsérvese que el sujeto pasivo, cuyo cumplimiento quedó garantizado por la prenda, no era necesariamente la persona que había entregado esta prenda: yo puedo entregar un bien mío para garantizar una deuda de un amigo.

acreedor prendario se aprovechaba también del contrato, recibiendo una mayor seguridad, respondía no sólo de la culpa grave y del dolo, como en el caso del depósito, sino también de la culpa leve.

Anteriormente ya hemos tratado de la prenda, pero no como contrato, sino como un *ius in re aliena*. Recuérdese que en el derecho postclásico no se podía pactar previamente que el acreedor se convertiría en propietario de la prenda en caso de incumplimiento del deudor;⁶⁶ en todo caso, el acreedor tenía que devolver el *superfluum* (demasia) obtenido en la venta de la prenda.⁶⁷

Como titular de un derecho real, el acreedor prendario podía reclamar la devolución de la prenda a cualquier tercero.⁶⁸

Observemos, además, que el contrato de prenda era un contrato accesorio cuya validez dependía de la existencia de una obligación válida por garantizar. La extinción parcial de esta obligación principal no extinguía también parcialmente el derecho real de la prenda, ya que *pignoris causa est indivisa*.⁶⁹

En caso de extinción total de la obligación principal, el acreedor prendario romano podía, sin embargo, retener la prenda en garantía de otras obligaciones, contraídas, entre tanto, por el mismo deudor respecto del mismo acreedor, como dispuso el emperador Gordiano en 239 d. de C.,⁷⁰ figura que el derecho moderno mexicano ya no menciona, pero que sobrevive, por ejemplo, en el derecho francés (el *pignus Gordianum*).

Una forma especial de la prenda era la *anticresis*. Mediante el pacto anticrético, el acreedor prendario recibía el derecho de utilizar el objeto dado en prenda, a cambio de renunciar a los intereses.

COMPARACION SINOPTICA ENTRE DEPOSITO Y PRENDA

DEPÓSITO	PRENDA
Contrato eventualmente bilateral.	Idem.
Contrato principal.	Contrato accesorio.
De buena fe.	Idem.
El depositario recibe la <i>detentio</i> .	El acreedor prendario recibe la <i>possessio sine animo</i> y adquiere un <i>ius in re aliena</i> .
El depositario responde de dolo y culpa grave.	El acreedor prendario responde, inclusive, de culpa leve.
El depositario debe devolver el objeto a la primera petición.	El acreedor prendario está obligado únicamente a devolver después de extinguirse la obligación principal.

⁶⁶ Prohibición del "pacto comisorio" desde Constantino: C. 8. 34. 3, cfr. art. 2887 del Código Civil.

⁶⁷ Cfr. art. 2886 del Código Civil.

⁶⁸ Cfr. art. 2873-II del Código Civil.

⁶⁹ D. 21. 2. 65. Es un principio que el art. 2890 del Código Civil confirma, aunque en forma menos categórica.

⁷⁰ El *pignus Gordianum* de C. 8. 26. 1. 2.

El depositario no puede utilizar el objeto, salvo en caso de *depositum irregulare*.

El acreedor prendario no puede utilizar el objeto, salvo en caso de *anticresis*.

CASOS ESPECIALES

Depositum irregulare.
Depositum miserabile.
Sequestrum.

CASOS ESPECIALES

Anticresis.
Pignus Gordianum.

209. CONTRATOS CONSENSUALES. En estos contratos, el elemento objetivo de la "forma" ha cedido completamente su lugar al elemento subjetivo del "consentimiento".⁷¹ El *consensus* entre las partes era lo que producía el perfeccionamiento de estos contratos consensuales. Podía manifestarse de cualquier forma: por correspondencia —por lo cual estos contratos podían celebrarse también *inter absentes*—, por intercambio de manifestaciones verbales entre las partes e, inclusive, en forma tácita.

La celebración de estos contratos *inter absentes* daba lugar a algunos problemas. ¿En qué momento se formaba el contrato? O, en otras palabras, ¿hasta qué momento le era posible al que proponía el negocio retractarse sin incurrir en responsabilidades? Los pandectistas del siglo pasado han elaborado, con fundamento en el derecho romano, varias teorías a este respecto. Según la teoría de la manifestación, el proponente no podía retractarse a partir del momento en que hiciera la oferta. Pero según otras teorías, podía retractarse hasta el momento de tener conocimiento de que su proposición había sido aceptada, hasta que contestara la otra parte o hasta el momento en que la proposición llegara al domicilio de ésta. A pesar de que las distintas argumentaciones citaban al *Corpus iuris*, estas teorías no fueron elaboradas por juristas romanos, sino que —como ya dijimos— se trataba de un producto de la escuela pandectista del siglo XIX.⁷²

Observemos también que todos los contratos consensuales eran bilaterales, y, por tanto, de buena fe. Producían a las partes el deber de *dare, facere vel praestare ex fide bona*.

210. LA COMPRAVENTA.⁷³ La compraventa (*emptio-venditio*) es un contrato bilateral y, por tanto, de buena fe. Además, es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Se podría definir como el contrato por el cual una persona, vendedor, se

⁷¹ En este desarrollo, los contratos reales, que acabamos de estudiar, representan una figura de transición entre los contratos *verbis* y los contratos *consensu*.

⁷² Para más detalles, *Windscheid Pandekten*, II, par. 306 y 307; y art. 1801-1811 del Código Civil.

⁷³ Muy aconsejable, para el estudio de este contrato, es el libro de ZULUETA, *The roman law of sale*, con los principales textos romanos, un comentario y un panorama de derecho comparado moderno. Clásico al respecto, es el de E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I. 1936.

obliga a transferir a otra, comprador, el poder que tiene sobre determinado objeto, contra el pago de cierta cantidad de dinero

Antes de ser reconocido como contrato consensual, este contrato debía servirse, en casos importantes, del rito de la *mancipatio* (con la desventaja de que ésta no permitía una venta a crédito). Por estipulaciones especiales podían añadirse cláusulas especiales a tal *mancipatio*. Por el contrato *litteris (a re, in personam)* podía formalizarse eventualmente una venta a crédito. Para la compraventa de objetos menos importantes (*res nec mancipi*) la práctica se sirvió de una simple entrega a cambio de dinero (o de una entrega del objeto en combinación con una *stipulatio* para establecer el deber del comprador, de pagar el precio en alguna fecha futura).

Como antecedente de la clásica compraventa romana, encontramos también estipulaciones recíprocas; unas, para fijar los principales deberes del comprador, y otras, para fijar los deberes esenciales del vendedor. Esta práctica corresponde al típico espíritu del derecho primitivo, con su señalada tendencia a construir una relación bilateral con dos relaciones unilaterales. De este modo, un contrato más tarde esencialmente bilateral y, por tanto, en la época clásica, *bonae fidei*, podía recibir en tiempos preclásicos un carácter *stricti iuris*.

La clásica compraventa romana tenía las siguientes características:

1. No era un contrato traslativo de dominio: el vendedor sólo *se obligaba* a transmitir, y la transmisión misma tenía que tomar, después de la celebración del contrato, la forma de una *mancipatio, in iure cessio* o *traditio*. En vez de ser un contrato traslativo de dominio, la compraventa romana dio lugar a una obligación de entregar.⁷⁴ Así es también en los derechos modernos alemán y austriaco; en cambio, los derechos francés e italiano disponen que el consentimiento respecto del objeto y del precio trasladan, de una vez, el dominio. El derecho mexicano parece colocarse del lado romano y alemán.⁷⁵

2. Otra diferencia respecto del derecho mexicano moderno estriba en el hecho de que el derecho romano sólo obligaba al vendedor a trasladar la posesión y no necesariamente la propiedad del objeto del contrato.⁷⁶ Por tanto, el derecho romano admitía la posibilidad de una venta de cosas ajenas, remediando los inconvenientes de esta actitud mediante el desarrollo de la figura de la evicción y del saneamiento.

En cambio, el derecho mexicano dispone⁷⁷ que "nadie puede vender sino lo que es de su propiedad", posición que no armoniza del todo con la

⁷⁴ Según resulta de C. 2. 3. 20: *non pactis, sed traditionibus dominia transferuntur*, o sea: no por convenio, sino por la entrega se traslada el dominio.

⁷⁵ Es verdad que el art. 2248 del Código Civil dice: "... se obliga a transferir". Sin embargo, la interpretación aceptada generalmente, atendiendo al origen argentino de este artículo, presenta un resultado opuesto a esta apariencia, de manera que encontramos aquí una importante diferencia entre la compraventa romana y la mexicana.

⁷⁶ Según resulta de D. 19. 1. 30. 1: *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non ut eius faciat*: el vendedor queda obligado a procurar que el comprador pueda tener la cosa en su poder, pero no necesariamente que sea el propietario.

⁷⁷ Art. 2269 del Código Civil.

obligación del vendedor de garantizar el saneamiento en caso de evicción,⁷⁸ ya que el principio de la nulidad de la venta de una cosa ajena⁷⁹ es difícilmente compatible con la institución del saneamiento por evicción.⁸⁰

De las dos disposiciones hay que elegir una: o la venta de una cosa ajena es nula, y el comprador puede reclamar la devolución del precio pagado indebidamente, o la venta es válida, en cuyo caso el comprador puede reclamar una indemnización (el saneamiento).

Resulta peligroso aceptar algunas soluciones del derecho romano, rechazando al mismo tiempo otras soluciones íntimamente ligadas a aquéllas.

Por tanto, en el derecho romano, la compraventa de un bien que no era propiedad del vendedor, no dejaba de ser un contrato válido, pero, en caso de evicción, el vendedor respondía del saneamiento. Este consistía en el doble precio del objeto, si la transmisión se había llevado a efecto por una *mancipatio*;⁸¹ en este caso, el comprador reclamaba el saneamiento mediante la *actio auctoritatis*. Si la transmisión, en cambio, se había hecho sin observar el rito de la *mancipatio*, el comprador podía reclamar, mediante la *actio empti*, una indemnización equivalente al valor del objeto en el momento de la evicción. En la práctica, se solía reforzar la responsabilidad del vendedor, en este último caso, con una *stipulatio duplae*, por la cual el vendedor asumía la responsabilidad por el doble del precio.

Observemos que, para que el vendedor respondiera del saneamiento, era necesario que el comprador, en caso de ser demandado por el verdadero propietario del objeto comprado, denunciara el pleito al vendedor.⁸²

Supongamos que alguien compra una vaca que resulta ser, no del vendedor, sino de otra persona. Antes de poder ésta hacer la reclamación, muere, y, cuando se abre su testamento, resulta que el heredero universal es el comprador. Si se ha celebrado una *stipulatio duplae*, ¿procede contra el vendedor la *actio ex stipulatio duplae*? No; ya que esta acción es *stricti iuris*, y, estrictamente hablando, no hubo evicción. En cambio, la *actio empti* sí podría dar buen resultado al comprador, ya que, a la luz del sentido común, ha sufrido un perjuicio por circunstancias análogas a la evicción.

Observemos, finalmente, que la responsabilidad del vendedor por el saneamiento en caso de evicción era un *naturale negotii*, y no un *essentiale negotii* o un *accidentale negotii*.⁸³

⁷⁸ Art. 2283-III del Código Civil.

⁷⁹ Art. 2269 del Código Civil.

⁸⁰ Art. 2119-2141 del Código Civil.

⁸¹ En tal caso, se trata de una *mancipatio* por precio ficticio, o sea, *mancipatio nummo uno*, que cumple con la función de una entrega, dentro de un contrato consensual de compraventa.

⁸² Sensato requisito que el art. 2124 del Código Civil ha tomado de D. 21. 2. 53. 1. De este modo se evita que el vendedor oponga más tarde al comprador evicto el argumento de "si me hubieras avisado, te habría proporcionado los elementos necesarios para triunfar en este juicio".

⁸³ Lo confirman también los arts. 2120 y 2121 del Código Civil.

3. Una tercera característica de la compraventa romana era que el precio debía pagarse en dinero. Si se pagaba en bienes o servicios, ya no era una compraventa, sino un contrato *innominado*.⁸⁴

El precio debía reunir los siguientes requisitos:

a) Consistir en dinero, como acabamos de ver.

b) Ser fijo, es decir, determinado o fácilmente determinable. Con esto se presentaba el siguiente problema: ¿era válida la compraventa en la que se había convenido que el precio fuera fijado por un tercero? Tras varios siglos de discusión, Justiniano decidió que tal compraventa era válida, pero bajo condición suspensiva; si el tercero se negaba a fijar el precio, el contrato no llegaba a tener vida jurídica.⁸⁵

Otros casos dudosos serían: "el precio por el cual tú compraste este objeto", o "la cantidad que en este momento tengo en mi caja". D. 18. 1. 7. 1 considera válidos estos métodos para fijar precio.

c) Ser verdadero. La venta de un objeto valioso por un solo sestercio era una donación, por lo cual caía bajo la *Lex Cincia* y —más tarde— quedó sometida al régimen de la *insinuatio*.⁸⁶ De acuerdo con el principio postclásico, el acto simulado (la compraventa) se anulaba, y el acto disimulado (la donación) recibía el trato que le confiere su propio carácter jurídico.

d) Ser justo. C.4.44.2 y 8, atribuidos a Diocleciano, pero indudablemente interpolados, otorgaban al vendedor, en caso de la *laesio enormis*, una acción rescisiva, siempre que el comprador no prefiriera completar el precio.⁸⁷ El criterio de esta *laesio enormis* era que la venta se hiciera por menos de la mitad del precio justo.

El derecho bizantino únicamente protegía, en este caso, al vendedor. La protección del comprador contra un precio injusto se debió al pensamiento de los glosadores medievales y de la teoría canónica del *pretium iustum*. El derecho moderno concede a ambas partes la protección general, derivada del concepto de lesión del artículo 17 del Código Civil, y, además, el artículo 2256 del mismo código ofrece una protección especial al comprador de frutos y cereales que no sea comerciante.

⁸⁴ Opinión proculeyana contraria a la sabiniana, que alegaba que, históricamente, la permuta y la compraventa eran lo mismo. Esto era verdad, pero, por otra parte, sería poco jurídico equiparar la permuta y la compraventa, pues —como veremos— las obligaciones del comprador eran distintas de las del vendedor, y ¿cómo distinguiríamos estas dos funciones en caso de una permuta? La solución que proponían los sabinianos, según la cual, quien tomara la iniciativa para la operación debiera ser considerado el vendedor, no tuvo éxito. Inclusive el sabiniano Gayo, quien nos relata esta controversia (III. 141), se coloca, en este caso, del lado de la escuela opuesta, por ser el criterio sabiniano algo vago y de difícil aplicación práctica. Por la victoria de los proculeyanos, la compraventa y la permuta se separaron y fueron a dar a lugares muy distintos del esquema general de los contratos, respectivamente, entre los contratos consensuales y los contratos innominados.

⁸⁵ C. 4. 38. 15, decisión confirmada por el art. 2253 del Código Civil.

⁸⁶ Véase el párrafo 223.

⁸⁷ Un recomendable estudio, escrito en estilo vivo, es *La lesión enorme* de R. DEKKERS, París, 1937.

211. LOS DEBERES DEL COMPRADOR Y DEL VENDEDOR. Los deberes del comprador eran los siguientes:

a) Pagar el precio convenido. Pero ¿debía pagarse este precio, aun cuando hubiera surgido, entre tanto, una amenaza de evicción? Para tal supuesto el derecho romano creó una *exceptio evictionis* contra la *actio venditi*; otorgando una fianza, el vendedor podía entonces paralizar esta *exceptio*.

Si el comprador hubiera recibido ya la mercancía, el retraso en el pago del precio causaba intereses moratorios legales.

b) Recibir la cosa comprada. En caso contrario, incurría en *mora creditoris*.

La sanción de estos deberes se encontraba en la *actio venditi*. Recuerdese, además, a qué se exponía el comprador que no recibiera a tiempo la mercancía.⁸⁸

Los deberes del vendedor eran los siguientes:

a) Guardar la cosa en su poder desde el momento de la compraventa hasta el de la entrega, respondiendo de la culpa leve y, *a fortiori*, de la grave y del dolo.

b) Transmitir al comprador, en el momento previsto en el contrato, la posesión del objeto vendido. La entrega de una cosa específica debía hacerse en el lugar donde se encontraba en el momento de celebrarse el contrato, salvo pacto en contrario.

Como contrapeso del *periculum emptoris* —responsabilidad del comprador por pérdidas o daños causados por caso fortuito—, encontramos en el vendedor el deber de entregar el objeto con todos sus incrementos y frutos, obtenidos desde el momento de la compraventa (rentas, cosechas, la mitad o totalidad —según el caso— del tesoro encontrado, el aluvión, etcétera).

c) Responder de la evicción y de los vicios ocultos del objeto (pero no de los visibles).⁸⁹

Estos deberes del vendedor encontraban su sanción en la *actio empti*. Además, en caso de evicción, podía proceder, según el caso, la *actio auctoritatis* o la *actio ex stipulatu duplae*, como ya hemos visto, y para la indemnización o la rescisión por vicios ocultos, encontramos dos acciones edilicias que mencionaremos enseguida.

En el contrato consensual de compraventa, típico contrato bilateral y *bonae fidei*, el comprador tenía derecho al saneamiento, no sólo en caso de haber sufrido evicción, sino también por otros daños y perjuicios que hubiera sufrido por el hecho de no ser propietario el vendedor; por ejemplo, en caso de que el comprador llegara a ser heredero del verdadero propietario. En casos como este último, el objeto del saneamiento era el *precio* con sus intereses, mientras que en el saneamiento por evicción

⁸⁸ ¡El caso del vino derramado!

⁸⁹ El comprador debía descubrir los vicios visibles, pues la ley no debe proteger a los descuidados: *ius civile vigilantibus scriptum est*. D. 42. 8. 24.

el comprador defraudado podía pedir el *valor* del objeto en el momento de la evicción.

Si una cosa era vendida por Tito a Claudio, y luego por Claudio a Sulpicio, y éste último sufría evicción por causas anteriores a la primera venta, Sulpicio debía reclamar el saneamiento a Claudio, y luego éste a Tito, de modo que surgiría una cadena de reclamaciones. Esta, empero, no da saltos, contrariamente a lo que sucede ahora, por ejemplo, con la acción de regreso entre endosatarios de una letra de cambio. Por tanto, Sulpicio no podría proceder directamente contra Tito.

Igualmente encontramos el saneamiento por evicción, *fuera* de la compraventa, como en el caso de la transacción, permuta o división de una cosa común. Por consideraciones muy justificadas, se excluyó el saneamiento en caso de donación.⁹⁰

Después de exponer así algunos de los problemas relacionados con la evicción y el saneamiento, trataremos de las consecuencias de los vicios no jurídicos, ocultos, del objeto de una compraventa, descubiertos después de celebrarse ésta.

El derecho preclásico sancionaba sólo la venta de un terreno con una superficie menor de lo que el vendedor había afirmado (mediante la *actio de modo agri*), y además la venta basada en falsas afirmaciones positivas por parte del vendedor (*dicta in mancipio*).⁹¹ Poco a poco se extiende la *actio empti* a los casos en los que el vendedor hubiera callado, maliciosamente, la existencia de ciertos vicios invisibles, y Juliano sanciona estos vicios inclusive en el caso en que el vendedor no supiera nada de ellos (D.18.1.45).

Paralelamente, y en un ritmo más rápido, se desarrolla la responsabilidad del vendedor de esclavos (y, más tarde, de animales), en el derecho edilicio; así, en tiempos republicanos aún, se establecía una lista de vicios corrientes de esclavos (ciertas enfermedades, la tendencia a escaparse o suicidarse, pereza, responsabilidad noxal pendiente), de los que el vendedor respondía automáticamente; y, en caso de descubrirlos, el comprador disponía de una *actio redhibitoria* para hacer anular la compraventa, acción que prescribía a los seis meses de efectuada la misma.

Hasta donde era posible, se borraban los efectos de la compraventa. El comprador debía devolver el objeto, con sus frutos, indemnizando el deterioro por el uso que hubiere hecho del mismo. En cambio, el vendedor debía devolver lo pagado con sus réditos, indemnizando los gastos útiles y necesarios que el comprador hubiere efectuado en el objeto en

⁹⁰ ¿Qué deberíamos decir, empero, del caso de evicción de un objeto donado *sub modo*, después que el donatario había cumplido con éste? A este respecto, un argumento a favor del donante podía derivarse, por analogía, de D. 39. 5. 18. 3, que libera a éste de toda responsabilidad, inclusive por *sumptus magnus* (grandes gastos), que el donatario hubiera hecho antes de la evicción.

⁹¹ Tales afirmaciones podían ser sancionadas mediante una *stipulatio duplae*. En caso de no corresponder a la realidad, el vendedor debía admitir la rescisión del contrato y devolver dos veces el precio.

cuestión. Los gastos comunes y corrientes se consideraban compensados con el uso que el comprador hubiere hecho del objeto. Si éste se perdía por causa de fuerza mayor, antes de que el comprador ejerciera la *actio redhibitoria*, existía el problema, ya tratado, de la causalidad superada.⁹² En cambio, si se perdía durante el proceso respectivo, sin culpa del comprador, éste recibía lo pagado con los réditos correspondientes y una indemnización por los gastos útiles y necesarios; sólo tenía que entregar al vendedor los frutos y lo que, eventualmente, quedara del objeto mismo.

El comprador podía optar también por una medida menos grave, en caso de descubrir vicios ocultos: intentar una *actio quanti* (o mejor *quanto*) *minoris*, para obtener la reducción del precio. Esta acción prescribía a los doce meses, pero podía ejercerse, dentro de este lapso, cuantas veces el comprador descubriera un nuevo vicio.⁹³

Finalmente, Justiniano extendió estas dos acciones edilicias a todo el campo de la compraventa, fusionando el derecho edilicio de la compraventa con el derecho común.

Para no gravar excesivamente la condición jurídica del vendedor, éste, en caso de ser *honrado*, no respondía de los daños y perjuicios causados por un vicio, originalmente oculto, del objeto comprado⁹⁴ (la infección de todo un establo por un animal comprado), pero en caso de dolo por parte del vendedor, una *actio legis Aquiliae utilis* daba al comprador perjudicado un resultado muy satisfactorio como veremos en su oportunidad.

Desde el derecho justinianeo, las mencionadas dos acciones edilicias pasaron del *Corpus iuris*, a través de las recepciones, a todo el sector romanístico del mundo. También el derecho mexicano moderno reconoce que el vendedor no responde de vicios visibles⁹⁵ y se da al comprador⁹⁶ la opción a hacer rescindir el contrato de compraventa (*actio redhibitoria*) o a rebajar el precio (*actio quanti minoris*), en caso de descubrir vicios ocultos de cierta importancia, añadiendo que el comprador puede además reclamar al vendedor los gastos hechos *emptionis causa*, como lo dispone también el D.21.1.27. Sin embargo, en interés de la seguridad jurídica, el artículo 2149 del Código Civil reduce a seis meses el plazo en el cual debe ejercerse la *actio quanti minoris*, plazo que se concede igualmente para el ejercicio de la *actio redhibitoria*. Y el derecho mercantil moderno, siempre más exigente que el derecho civil, cuando se trata de figuras que afectan la seguridad jurídica, reduce este término a treinta días.⁹⁷

En caso de que el comprador se encontrara con un *ius in re aliena*, a

⁹² Véase el párrafo 193.

⁹³ El primer título del libro XXI del *Digesto* nos presenta un interesante ensayo de equilibrar el interés del comprador y el del vendedor a este respecto, en rica casuística.

⁹⁴ D. 19. 1. 13.

⁹⁵ Art. 2143 del Código Civil.

⁹⁶ Art. 2144 del Código Civil.

⁹⁷ Art. 383 del Código de Comercio. El derecho moderno cuenta estos términos *ex die traditionis*, desde la fecha de la entrega (art. 2149 C. C.), mientras que Ulpiano los cuenta *ex die venditionis*, desde la fecha de la venta (D. 21. 1. 19. 6).

cargo del objeto comprado, y el vendedor no le hubiera dicho nada al respecto, ¿se podría decir que había un “vicio oculto”, fundamento para la *actio redhibitoria* o la *quantum minoris*? No; considerando el *ius in re aliena* como un desmembramiento de la propiedad, era más correcto hablar, en este caso, de una evicción parcial, de modo que el comprador podía reclamar entonces el saneamiento.⁹⁸

Sin embargo, la reclamación anterior no procedía por restricciones basadas en medidas municipales o costumbres locales. *Caveat emptor!*

Un último problema sobre el particular: si alguien compraba varios objetos y algunos tenían vicios ocultos, ¿podía ejercer entonces la *actio redhibitoria* por todo el lote? La cuestión depende de si hubo una sola compraventa o varias. A este respecto, la *unitas pretii* es un argumento, pero no siempre el definitivo; hay que tener en consideración todas las circunstancias del caso.

212. EL RIESGO DE LA COSA, EN LA COMPRAVENTA. En cuanto al riesgo que corre la cosa, desde el momento de la compraventa al de la entrega, sería quizá lógico suponer que correspondería al vendedor, ya que él es propietario —o aparente propietario— del objeto hasta el momento de la entrega, y la “cosa se pierde para su propietario”. Sin embargo, el derecho romano optó por la solución contraria, considerando que el comprador que tendría el beneficio del aumento del valor del objeto, ocurrido entre la compraventa y la entrega, debía también soportar la desventaja de una disminución de su valor o la de su pérdida, durante el mismo periodo: *cuius commodum, eius etiam periculum* (el que tenga las ventajas, deberá soportar también los riesgos). Sin embargo, si la compraventa tenía por objeto bienes genéricos, el riesgo era por cuenta del vendedor, ya que *genera non pereunt*.

Esta teoría general del *periculum emptoris* fue ampliamente confirmada por la *Instituta*⁹⁹ y muchos lugares del *Digesto*, aunque resulta que, sin duda, estos lugares fueron con frecuencia interpolados. Probablemente el sistema clásico resultó más variado y complicado que el bizantino, de manera que los colaboradores de Justiniano unificaron y simplificaron esta materia.

Una excepción al sistema bizantino parece resultar de D.19.2.33, que indica, contrariamente a D.21.2.11 pr., que el riesgo por expropiación entre el momento de una compraventa y su correspondiente entrega, era por cuenta del vendedor.¹⁰⁰ Probablemente se trataba de un resto del anterior sistema, más complicado, que los compiladores olvidaron corregir mediante una interpolación. Precisamente tales descuidos de los compiladores nos permiten conocer el antiguo sistema clásico, anterior al sistema bizantino.

⁹⁸ D. 18. 1. 66.

⁹⁹ I. 3. 23. 3.

¹⁰⁰ En cambio, la pérdida del objeto comprado, a causa de una expropiación decretada antes de la compraventa, sí daba derecho al comprador a reclamar el saneamiento.

213. UNOS CASOS ESPECIALES DE COMPRAVENTA. Debemos mencionar todavía unos casos especiales de la compraventa: la doble venta y la compra de una cosa propia.

En cuanto a la doble venta, si un vendedor vendía sucesivamente la misma cosa a dos compradores distintos, prometiendo la entrega dentro de algún tiempo, ambas ventas eran válidas, ya que —en el sistema romano— la venta no trasladaba todavía la propiedad, de modo que aún en el momento de la segunda venta, el vendedor continuaba siendo propietario. Ahora bien, si el objeto se perdía por causa de fuerza mayor, antes de la fecha prevista para la primera entrega, ¿podría el vendedor reclamar el precio a cada uno de los compradores, alegando el principio del *periculum emptoris*?¹⁰¹ D.50.17.57, con el principio de que *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (la buena fe no permite que alguien reclame dos veces lo mismo), nos ayuda a evitar, en este caso, una conclusión contraria al más elemental sentido de justicia.

La compra de una cosa propia era nula, ya que “lo que es de alguien, no puede llegar a pertenecerle más todavía”.¹⁰² Este principio resulta tan evidente, que sorprende, a primera vista, encontrar una excepción en D.18.1.62, que permite comprar una cosa propia, celebrando, en este caso, una compra condicional, ante el peligro de perder el objeto en cuestión, a consecuencia de un proceso pendiente, por ejemplo. Recuérdese, acerca de esto, la terrible complicación que el principio de *Inst. IV.6.14.* causó en relación con el propietario de una prenda vendida por el acreedor.¹⁰³

Casos especiales de la compraventa fueron la *emptio rei speratae*, que únicamente obtenía eficacia cuando la cosa esperada llegaba a existir verdaderamente, y la *emptio spei*, que era eficaz aun cuando el objeto nunca llegara a cobrar existencia, de modo que se trataba de un negocio aleatorio, o sea, la “compra de una esperanza”, mencionada en el artículo 2309 del Código Civil (compra de un billete de lotería, por ejemplo).

214. PACTOS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA COMPRAVENTA. Figuras especiales que se pueden incorporar a la compraventa, eran las siguientes:

1. Las *arrae*, cantidad de dinero que un contratante entregaba a otro para demostrarle verdadero interés.¹⁰⁴

Al lado de las arras confirmatorias —signo exterior de la celebración del contrato—, que podían consistir en objetos de un valor puramente simbólico, encontramos las arras *poenitenciales*, pena convencional por retractarse de un contrato. C.4.21.17.2 establece, en relación con las *arrae poenitenciales*, una diferenciación en perjuicio del vendedor: si éste se retractaba, debía devolver el doble de las arras recibidas; en cambio,

¹⁰¹ Véase GIRARD, *Manuel*, 8ª ed., 582, núm. 2.

¹⁰² *Inst. IV. 6. 14.*

¹⁰³ Véase el párrafo 155.

¹⁰⁴ Esta institución, de origen semítico, llegó al derecho romano a través del derecho griego.

el comprador que se retractaba perdía únicamente el valor de las arras entregadas.

2. La *addictio in diem*, pacto por el cual se estipulaba que el vendedor podía rescindir el negocio si, antes de cierta fecha, encontraba un comprador que le ofreciera mejores condiciones.¹⁰⁵

3. El *pactum displicentiae*, por el cual el comprador se reservaba el derecho de rescindir la compraventa dentro de cierto plazo, si el objeto no le satisfacía.¹⁰⁶

La compra a prueba se parecía a una compra con *pactum displicentiae*, con la diferencia de que en aquélla la conformidad del comprador era una condición suspensiva, mientras que en ésta la inconformidad era una condición resolutoria.¹⁰⁷

Además, en la compra a prueba se podía someter a peritos la cuestión de saber si el comprador tenía razón para mostrarse inconforme, mientras que en el *pactum displicentiae*, la soberana —y quizá caprichosa— voluntad del comprador tenía la última palabra, en caso de inconformidad.

4. El *pactum de retroemendo*, que permitía al vendedor reservarse el derecho de volver a comprar el objeto dentro de cierto plazo o en caso de realizarse determinada condición,¹⁰⁸ y el *pactum de retrovendendo*, que otorga al comprador la facultad de volver a vender el objeto al vendedor, un pacto expresamente prohibido por el artículo 2302 del Código Civil.

5. La *protimesis* (C.4.38.14), o sea, el derecho de preferencia que encontramos en los artículos 2303/2308 del C. C. En caso de pactarse, tiene sólo efectos "inter partes", pero también existía la protimesis ordenada por la ley (como en el caso de enfiteusis), que tenía efectos contra terceros.

6. Pacto comisorio,¹⁰⁹ el cual contenía la condición resolutoria de que la compraventa quedaría sin efecto en caso de no liquidarse el precio de acuerdo con lo pactado. En caso de formularse el pacto comisorio en forma de una condición suspensiva, estaríamos en presencia de la reserva de dominio del art. 2312 del Código Civil. Sin embargo, parece que la práctica clásica utilizaba este pacto más bien en forma resolutoria.¹¹⁰

215. LOCATIO-CONDUCTIO. La *locatio-conductio* romana no tiene un equivalente exacto en el derecho moderno. Es una figura que dentro del derecho actual comprende varios contratos distintos, como son los siguientes:

a) En primer lugar, el arrendamiento (*locatio-conductio rerum*), contrato por el cual el *locator* se obliga a proporcionar a otra persona, el

conductor, el goce temporal de una cosa no consumible, a cambio de una remuneración periódica en dinero.

b) En segundo lugar, el contrato de *aparcería*, por el cual el *locator* se obligaba a proporcionar a otra persona, el *colonus partiarius*, el goce temporal de un terreno agrícola, prometiéndosele, en cambio, cierto porcentaje de los frutos que se tuvieran en ese terreno.

c) En tercer lugar, el contrato de trabajo, *locatio-conductio operarum*, por el cual el *locator* se obligaba a proporcionar a un patrón, el *conductor*, sus servicios personales durante algún tiempo, a cambio de cierta remuneración periódica en dinero.

d) En cuarto lugar, el contrato de obra, *locatio-conductio operis*, por el cual el *conductor* se obligaba a realizar cierta obra para el *locator*, mediante el pago de un precio determinado.

El denominador común de estos contratos era proporcionar, *temporalmente* y mediante *remuneración*, objetos o energía humana.

La unión entre el arrendamiento y el contrato de trabajo quizá no encuentra sus raíces en la consideración de que el obrero "da en arrendamiento" su fuerza física, sino en la posición del *cliens*, persona libre pero subordinada a alguna gran familia, que trabaja para ésta y recibe, como parte de la compensación respectiva, el derecho de vivir en una casa perteneciente a la familia en cuestión. La curiosa inversión terminológica que señalaremos en relación con la *locatio-conductio operis* demuestra que los clásicos ya habían comenzado a aceptar la dispersión de este contrato, antes unitario, sobre las mencionadas cuatro ramas. En el transcurso de los próximos casi dos milenios, del mismo modo que los hermanos nacidos en un mismo hogar pueden seguir carreras distintas y perderse finalmente de vista, unos a otros, estas cuatro manifestaciones del contrato de *locatio-conductio* se han separado completamente.

Esta desintegración ya comenzó en plena época clásica. Dentro del contrato general de la *locatio-conductio*, comenzaban ya a dibujarse las cuatro ramas especiales que acabamos de mencionar, con sus propias reglas particulares. En la actualidad, la independencia de estos contratos es absoluta: la *aparcería* rural¹¹¹ se ha incorporado al título de asociaciones y sociedades; las normas para el contrato de obra a precio alzado¹¹² no se refieren para nada a la reglamentación del arrendamiento;¹¹³ y el contrato de trabajo no corresponde ya al Código Civil, sino que reclama para sí solo la extensa Ley Federal del Trabajo.

Expondremos rápidamente las grandes líneas de estas cuatro ramificaciones de la *locatio-conductio* romana, pero señalando previamente que se trata de contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, y que, además, son bilaterales y, por tanto, *bonae fidei*.

¹¹¹ Art. 2739-2763 del Código Civil.

¹¹² Art. 2616-2645 del Código Civil.

¹¹³ Art. 2398-2496 del Código Civil.

¹⁰⁵ Véase D. 18. 2. 1, y *Los cautivos* de Plauto, I. 2. 76/78.

¹⁰⁶ D. 18. 5. 6.

¹⁰⁷ Formúlense varios ejemplos concretos, para darse cuenta de la importancia práctica de esta interesante diferencia.

¹⁰⁸ D. 19. 5. 12, C. 4. 54. 2. Los términos pacto de *retroemendo* y de *retrovendendo* vienen del derecho medieval.

¹⁰⁹ D. 18. 3. 2.

¹¹⁰ Véase ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1957, pág. 57.

216. *LOCATIO-CONDUCTIO RERUM*. Este contrato, que desde hace dos mil años se encuentra en el centro de las controversias sociales, ya era muy frecuente en tiempos imperiales (en el siglo I de nuestra era, Roma contaba con unas 50 000 vecindades, objeto de arrendamiento, y sólo 2 000 casas aisladas. Sin embargo, la protección del arrendatario se muestra por primera vez a fines de la época clásica, y sólo en materia de arrendamiento agrícola, con la *remissio mercedis* (véase abajo). La *locatio-conductio rerum* no podía tener por objeto sino bienes no consumibles. Aquéllos cuyo destino normal fuera el ser consumidos no podían constituir, lógicamente, objeto material de un contrato que no permitía más que un goce temporal. Otro requisito era que el objeto se hallara en el comercio. Por ejemplo, el hombre libre no podía darse en *locatio-conductio*; lo que sí podía dar en arrendamiento era su energía, según acabamos de ver.

El precio del arrendamiento debía consistir en dinero.¹¹⁴ Debía además estar determinado y ser razonable y serio:¹¹⁵ una renta de un sestercio por mes para una casa normal, convertiría el arrendamiento, por su "falta de seriedad", en una donación.¹¹⁶

Un rasgo social se manifestaba en la disposición por la cual, en caso de mala cosecha, el *locator* debía conceder al *conductor* una *remissio mercedis*¹¹⁷ (o sea, un perdón parcial de la renta). Ello es el antecedente del artículo 2455 del Código Civil.¹¹⁸

Los deberes del *locator*, reclamables mediante la *actio conducti*, eran:

- a) Entregar al arrendatario la cosa arrendada.
- b) Responder de daños y perjuicios, en caso de evicción o de vicios ocultos del objeto.
- c) Responder de daños y perjuicios que él mismo causara al arrendatario por su propia conducta o por la conducta de personas sobre quienes tuviere influencia. Así, por ejemplo, el arrendador que vendía una casa arrendada, transmitía al comprador un derecho real, más poderoso que el derecho puramente personal del arrendatario. Por tanto —en el derecho romano, no en el moderno—, el nuevo dueño podía, salvo acuerdo en contrario, lanzar al arrendatario. Esta conclusión es dogmáticamente correcta. Para el comprador, el contrato celebrado entre el vendedor y el arrendatario era una *res inter alios acta*. Sin embargo, en caso de tener que desocupar la casa en las circunstancias descritas, el arrendatario podía reclamar al arrendador daños y perjuicios, de modo que el vendedor debía arreglarse con el comprador para que éste no molestara al inquilino durante la vigencia del contrato de arrendamiento en cuestión. D.19.2.25.1

¹¹⁴ El derecho moderno es más flexible a este respecto. Art. 2399 del Código Civil.

¹¹⁵ También en el derecho moderno. Art. 2399 del Código Civil.

¹¹⁶ D. 19. 2. 46.

¹¹⁷ D. 19. 2. 15. 3/4.

¹¹⁸ El sabor socialista de esta y otras medidas en relación con la *locatio-conductio* es menos marcado de lo que a primera vista parece, ya que no se trataba de *ius cogens*.

es una importante cita al respecto (además, nos interesa por el hecho de permitir, excepcionalmente, un contrato a favor de un tercero).¹¹⁹

El derecho moderno, más realista, más social y menos dogmático, ha decidido que, en el caso al que acabamos de referirnos, el comprador debe reconocer el contrato de arrendamiento;¹²⁰ el antiguo principio de que *vente passe louage* ha sido sustituido en casi todos los países de derecho romano por el moderno adagio "la compraventa no invalida el arrendamiento".

d) Pagar las reparaciones necesarias, de cierta importancia, mientras que el arrendatario respondía de las pequeñas reparaciones que el uso diario hacía necesarias,¹²¹ principio que ha pasado al derecho moderno.¹²²

Los deberes del *conductor*, sancionados por la *actio locati*, eran los siguientes:

a) Pagar la renta. Salvo acuerdo en contrario, ésta se pagaba por períodos vencidos, *postnumerando*. Según la dogmática romana, en caso de una promesa de prestación de servicio o de la entrega de un objeto a cambio de una remuneración en dinero, dicha prestación o dicha entrega debían preceder a la del dinero, si las partes no habían convenido lo contrario. En otras palabras, al que debía el objeto o los servicios le correspondía el primer paso en la ejecución del contrato, como se deduce de D. 19.2.24.2.

b) Servirse del objeto, de acuerdo con su destino normal, y cuidarlo como un buen padre de familia, haciendo por propia cuenta las reparaciones pequeñas.

Si el objeto de la *locatio-conductio* era un predio rural, este deber implicaba que el arrendatario debía cultivar el terreno aplicando una sana técnica agrícola, y no debía agotar la tierra.¹²³

La responsabilidad del arrendatario por este deber era bastante grave: era responsable de dolo, culpa grave, pero también de culpa leve, ya que ambas partes se aprovechaban de este contrato.¹²⁴ Así encontramos que el arrendatario respondía, inclusive si un vecino que tuviese un pleito con él cortaba sus árboles.¹²⁵

c) Devolver el objeto, cuando terminara el arrendamiento.

En garantía de estos deberes del *conductor*, el *locator* tenía una hipoteca legal y tácita sobre los *invecta et illata*, es decir: ganado, esclavos, instrumentos, mobiliario, etc., que el inquilino hubiera introducido en un inmueble rentado.

Una figura especial era la *relocatio tacita* (o sea, reconducción tácita).

¹¹⁹ G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pág. 41 y siguientes.

¹²⁰ Art. 2409 del Código Civil.

¹²¹ *Sentencias* de PAULO, II. 18. 2.

¹²² Art. 2416 y 2444 del Código Civil.

¹²³ D. 19. 2. 25. 3.

¹²⁴ Es el principio expuesto en D. 13. 6. 5. 2, que muchas veces hemos encontrado en el curso de este libro.

¹²⁵ D. 19. 2. 25. 4.

Cuando terminaba el plazo previsto en el contrato, y las partes continuaban comportándose como si el contrato estuviera todavía en vigor, éste se tenía por prorrogado en las mismas condiciones, pero sin plazo determinado hasta que una de las partes manifestase su deseo de terminar la relación de arrendamiento. Sin embargo, si se trataba de un predio rural, esta *relocatio tacita* se hacía siempre año por año, a causa del ciclo anual que caracteriza las labores agrícolas.¹²⁶

El subarrendamiento estaba permitido, salvo acuerdo en contrario, lo que implica una solución inversa a la moderna.

El riesgo por casos fortuitos pesaba principalmente sobre el *locator*. No sólo para el *conductor* terminaba la obligación de pagar la renta el mismo día en que el objeto se perdiera, sino que, además, en caso de una mala cosecha, el *locator* estaba obligado, según hemos visto, a una *remissio mercedis*.

En cuanto a la terminación de este contrato, debemos señalar las siguientes causas:

1. Voluntad de ambas partes (o voluntad de una parte, en caso de no haberse fijado un plazo, o en el supuesto de la reconducción tácita).
2. Cumplimiento del término previsto (salvo el caso de reconducción tácita).¹²⁷
3. Pérdida del objeto.
4. Incumplimiento en relación con el pago de la renta, durante dos años.
5. Deterioro del objeto arrendado, por culpa del arrendatario.
6. La necesidad que tuviera el mismo propietario de usar el objeto en cuestión.¹²⁸

217. *APARCERÍA*. Ya hemos dicho que este contrato era para el romano una forma de *locatio-conductio*, mientras el jurista mexicano moderno, a juzgar por el lugar del Código donde figura este contrato, lo considera más bien como una especie de sociedad.

El derecho romano no prohibía obtener los principales efectos prácticos de la *colonia partiaria*, mediante un contrato de sociedad.¹²⁹ Sin embargo, los efectos secundarios eran diferentes en estas dos soluciones: la *aparcería-sociedad* se extinguía por la muerte de los contratantes, ya que la sociedad era un contrato *intuitu personae*, según veremos; en cambio, la *aparcería-arrendamiento* se transmitía a los herederos de las partes, de conformidad con los principios del arrendamiento.

Observemos también que, en la *aparcería*, el perjuicio resultante de una mala cosecha lo sufrían ambas partes, por lo que no había necesidad

¹²⁶ Cfr. D. 19. 2. 13. 11. El derecho moderno sigue esta tradición en los arts. 2486 y 2487 del Código Civil.

¹²⁷ En cuanto al término, el derecho romano no conoció las limitaciones actuales, permitiendo inclusive la *locatio perpetua* (figura intermedia entre el arrendamiento y la enfiteusis o el derecho de superficie).

¹²⁸ C. 4. 65. 3.

¹²⁹ D. 17. 2. 52. 2.

de instituciones como la *remissio mercedis*; el efecto que se obtenía, en el arrendamiento rural, mediante dicha *remissio*, era una consecuencia tácita y automática, tratándose de la *aparcería*.

218. *LOCATIO-CONDUCTIO OPERARUM*. Esta figura correspondía al moderno contrato de trabajo. A causa del fenómeno de la esclavitud, este contrato de trabajo no era muy frecuente en la antigua Roma, por lo cual el *Digesto* nos presenta pocos problemas en relación con él. Esto se debe también a la circunstancia de que la línea divisoria trazada por los romanos entre los contratos de trabajo y de obra no era siempre muy clara, con lo cual muchas relaciones que hoy consideramos como contratos de trabajo, eran para el jurista romano contratos de obra.

Los papiros egipcios nos presentan unos cuantos contratos de trabajo, especialmente respecto de la nodriza y el aprendiz. A este último caso se refiere también la célebre causa de D.19.2.13.4, del maestro que dio a su perezoso aprendiz un golpe tan fuerte en la cabeza "que le saltó un ojo". En la controversia acerca de la cuestión de saber si al padre le competía la *actio locati* o la *actio iniuriarum* (por lesiones), Juliano decidió lo primero, "ya que el maestro dio el golpe al muchacho por enseñarlo, no por lastimarlo" (*sic!*).

Observemos que los romanos excluían del contrato de trabajo los servicios liberales, es decir, servicios altamente calificados de carácter científico o artístico. También en el derecho moderno solemos hacer esto, ya que faltan los elementos de dependencia económica y sujeción a la dirección técnica de un patrón, que caracterizan el típico contrato de trabajo. Según veremos, el derecho romano incluía la prestación de tales servicios en el contrato de mandato, creando para ellos dentro de éste la categoría ligeramente anómala del *mandato remunerado*. Todavía en el derecho moderno encontramos con frecuencia que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el mandato no es siempre muy clara e inclusive, ante la Suprema Corte se ha alegado en diversas ocasiones que, por ejemplo, los gerentes de sociedades anónimas no deben recibir la protección del derecho obrero, ya que no son más que mandatarios del Consejo de Administración. De este modo, el contrato de trabajo cuenta, desde la época romana, con zonas de transición a los contratos de mandato y de obra.

En cuanto al salario, exactamente como la renta, se pagaba *postnumerando*, salvo acuerdo en contrario.

Si el trabajo no podía llevarse a cabo por dolo, culpa grave o, inclusive, culpa leve del *conductor* (patrón), éste o sus herederos debían pagar el salario por todo el tiempo convenido o por un plazo fijado de buena fe, restándose, empero, el salario que el obrero había ganado durante este tiempo en otro lugar.¹³⁰ D.19.2.38, con su *si per eum non stetit quominus operas praestet* ("si no era culpa del obrero que no prestara sus servi-

¹³⁰ D. 19. 2. 19. 9 y 10.

cios”), sugiere que el patrón o sus herederos incurrían en la misma responsabilidad, si el obrero se vio impedido de trabajar por fuerza mayor, presentándose una excepción, socialmente justificada, a la regla de que, en caso fortuito, cada uno sufre su propio daño o perjuicio.

Por esta incorporación del contrato de trabajo en la *locatio-conductio*, el Código de Napoleón y los diversos códigos inspirados en él, reglamentaron el trabajo asalariado, junto con el contrato de obra, bajo el título de “arrendamiento”. En México, la legislación del primer Código Civil (1870) reconoció, en la exposición de motivos, que “parece un atentado a la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales”. Por tanto, desde 1870, se separaron en México el contrato de trabajo y el de arrendamiento. Sin embargo, los contratos de trabajo y de obra quedaron todavía juntos. A consecuencia de la Revolución Mexicana, el concepto de trabajo salió, finalmente, del Código Civil. De este modo se separaron en el derecho mexicano, en dos etapas, tres contratos que, durante dos milenios, habían sido compañeros de viaje.

219. *LOCATIO-CONDUCTIO OPERIS*. El contrato de obra se diferenciaba del contrato de trabajo por el hecho de que el objeto de éste era la prestación de servicio; y el de aquél, el resultado de un trabajo.

En la *locatio-conductio operis*, el *locator* era el que encargaba (colocaba) la obra y el *conductor* el que la ejecutaba, de modo que en esta rama de la *locatio-conductio* era precisamente el conductor quien recibía la *merx*, y no el *locator*, como en las otras formas de este contrato que hemos estudiado.

El *conductor* respondía de los actos de las personas que ocupaba en la obra,¹³¹ de su dolo y de su culpa, grave o leve. El *locator* respondía de los vicios del material que hubiera entregado.¹³²

En casos de fuerza mayor respondía el *locator*, si había incurrido en *mora creditoris*; y el *conductor*, en caso de *mora debitoris*. Acerca de esto, debe recordarse la regla que *mora creditoris purgat moram debitoris*. Pero ¿quién respondía, en casos de fuerza mayor, antes del momento previsto en el contrato para la entrega?

Aunque sobre esto hay algunas contradicciones en el *Digesto* y lugares torpemente interpolados, parece que hubo, entre la primera y la segunda generación de la escuela sabiniana, un cambio de acento desde el *periculum conductoris* hacia el *periculum locatoris*¹³³ (o sea, desde el principio de que el empresario responde del caso fortuito, hacia el principio de que el dueño responde en tal caso), mientras que el moderno derecho mexi-

cano tiende de nuevo hacia el *periculum conductoris* (art. 2617 C. C., mitigado por los arts. 2638 y 2639; el art. 2665 ofrece una solución intermedia en materia de transportes).

220. *MANDATO*. En los contratos consensuales anteriores, contratos *intuitu rei*, las partes se interesaban, sobre todo, por el objeto material del mismo, mientras que la personalidad del otro contratante era relativamente indiferente; por tanto, en caso de muerte, las partes eran sustituidas por sus herederos. Vamos a estudiar ahora otros dos contratos consensuales en los que las partes se obligaban esencialmente, en vista de las calidades personales y morales de la parte contraria. Son el *mandato* y la *societas*: contratos *intuitu personae*.

El mandato era un contrato por el cual una persona, el mandante, encargaba a otra, el mandatario, que realizara determinado acto, por cuenta y en interés de aquélla.¹³⁴

Era un contrato consensual, y el consentimiento podía manifestarse en forma expresa o tácita. El mandante aceptaba tácitamente, si se daba cuenta de que alguien realizaba actos en su interés y por cuenta de él, y no se oponía ya que *qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur* (el que se calla, aunque pudiera y debiera hablar, parece dar su consentimiento). El mandatario aceptaba tácitamente, si comenzaba a ejecutar el mandato.¹³⁵

En caso de aceptación tácita, por tanto, el mandatario tenía a su disposición, para la recuperación de sus gastos, la *actio mandati contraria* y no la *actio negotiorum gestorum* (que procedía en caso de gestión de negocios ajenos, sin que hubiere habido forma alguna de consentimiento).

Se trataba de un contrato bilateral imperfecto —o sea, eventualmente bilateral—, ya que el mandante tenía que indemnizar los eventuales gastos necesarios erogados por el mandatario; pero éste no podía reclamar una remuneración por su intervención, ya que el mandato romano era esencialmente gratuito.¹³⁶ Para el jurista romano, si un mandato no era gratuito, era en realidad una *locatio-conductio*.

A pesar de esto, se introdujo la costumbre de considerar la relación entre médicos o abogados¹³⁷ con sus clientes como una relación de mandato, por no querer ser tratados estos profesionistas como *locatores* sobre la misma base que los simples obreros. De este modo surgió la anomalía del mandato remunerado, cuyos litigios fueron tramitados por el pretor mediante un procedimiento *extra ordinem*.

El mandatario tenía el deber de realizar el acto que le hubiera encomendado el mandante, apegándose estrictamente a las instrucciones recibi-

¹³¹ D. 19. 2. 25. 7; art. 2642 del Código Civil.

¹³² Era un requisito de la *locatio-conductio operis* que el *locator* pusiera, cuando menos, la parte principal del material. De otro modo, sería una compraventa de la obra (véase I. 3. 24. 4). El derecho moderno, a fin de separar más fácilmente el contrato de obra del de trabajo, exige precisamente que el *conductor* ponga los materiales (art. 2616 del Código Civil).

¹³³ D. 19. 2. 33; D. 19. 2. 59.

¹³⁴ El derecho moderno limita el mandato a actos *jurídicos* (art. 2546 del Código Civil); el derecho romano, no (I. 3. 36. 13).

¹³⁵ Cfr. art. 2547 del Código Civil, *in fine*.

¹³⁶ D. 17. 1. 1. 4; contrariamente al mandato moderno (art. 2549 del Código Civil).

¹³⁷ La remuneración del mandatario-abogado no podía consistir en un porcentaje del resultado obtenido: D. 17. 1. 7.

das. En caso de exceso (por ejemplo, comprando en quince mil sestercios lo que un mandante quería comprar por diez mil) los sabinianos opinaban que no había habido ejecución del mandato, por lo cual la compra se había hecho por cuenta del mandatario. Los proculeyanos, empero, reconociendo el carácter *bonae fidei* de este contrato, siguieron la sentencia *benignior*, por la que, en tal caso, sólo la cantidad que excedía del precio corría por cuenta del mandatario. Justiniano aceptó esta solución.¹³⁸

En la ejecución del mandato, el mandatario respondía de la culpa leve.¹³⁹ Esto parece injusto, ya que no se aprovechaba el mandatario del contrato; pero, por otra parte, como con frecuencia se trataba de encargos delicados, se consideraba que el mandatario no debía aceptar si no estaba dispuesto a realizar con sumo cuidado el acto en cuestión.

Parecería lógico suponer que el mandatario, si bien respondía de la culpa leve, por lo menos quedaba libre de responsabilidad en casos de fuerza mayor. Efectivamente, Juliano, en D.47.2.62, hizo la observación de que *nemini officium suum damnosum esse debet*.¹⁴⁰ Sin embargo, en D. 17. 1. 26. 6, Paulo opinaba que el mandatario respondía de la pérdida por robo, naufragio y otras desgracias, opinión rigurosamente correspondiente al principio de que *res perit domino*, pero que, desde los glosadores, ha sido muy criticada. Más justa es la cita D.17.1.26.7, en que Neracio reconoce que el mandante era responsable del daño causado por un esclavo, comprado por instrucciones del mandante, el cual roba algún objeto al mandatario.

Además de este deber de responder de dolo, culpa grave y culpa leve, encontramos que el mandatario debía rendir cuentas e incorporar al patrimonio del mandante los resultados positivos de la ejecución del mandato. Este último punto parece extraño, pero se explica inmediatamente si se sabe que el mandato romano no se combina, sino en casos excepcionales, con una representación jurídica directa. Para terceros, el mandatario era considerado como alguien que obraba por cuenta propia. El acto en cuestión tuvo sus consecuencias, en primer término, en el patrimonio del mandatario.

En la actualidad, por el contrario, estamos tan acostumbrados a unir el mandato y la representación directa, que todo lo referente a poderes generales o especiales se trata en el Código de 1928 como parte del título de mandato. Sin embargo, mandato y representación son dos conceptos distintos, que no van necesariamente juntos, como demuestra el mandato romano.

Sólo mediante *actiones adjectivae qualitatis* —como la *exercitoria*, si un capitán obraba como mandatario del armador; la *institoria*, si un ge-

¹³⁸ I. 3. 26. 8, que corresponde al art. 2568 del Código Civil.

¹³⁹ D. 50. 17. 23. No se le permitía la *compensatio lucri cum damno* (o sea, la compensación de beneficios extraordinarios con el daño sufrido); cfr. art. 2578 del Código Civil.

¹⁴⁰ *Officium* significa aquí *amabilidad*; nadie debe salir perjudicado por su propia amabilidad.

rente obraba como mandatario del propietario de un negocio, y la *quasi institoria*, en casos análogos —el derecho justinianeo reconocía una relación jurídica entre el mandante, por una parte, y los terceros que hubieran contratado con el mandatario, por otra. El derecho romano nunca dio el último paso, o sea, reconocer, en forma general, que los actos realizados por el mandatario, en ejecución del mandato, puedan tener sus consecuencias, directamente, en el patrimonio del mandante.

Si no estaba expresamente prohibido o era evidentemente contrario a la intención del mandante, el mandatario podía hacerse sustituir, bajo su responsabilidad. En casos urgentes, un mandatario imposibilitado de actuar tenía, inclusive, el deber de hacerse sustituir por una persona adecuada.

Las obligaciones del mandatario se sancionaban mediante la *actio mandati directa*, de carácter infamante; pero además existía una *actio mandati contraria*, ya que también el mandante podía incurrir en responsabilidades a consecuencia del mandato. En primer lugar, el mandante debía indemnizar —con intereses— los gastos, daños y perjuicios que la ejecución del mandato hubiera causado al mandatario. En segundo lugar, debía aceptar en su patrimonio los eventuales resultados negativos del acto encargado, los cuales ya se habían realizado en el patrimonio del mandatario, como hemos visto. (Este segundo deber desaparece en el derecho moderno, ya que, por el íntimo nexo entre mandato y representación, los resultados recaen actualmente, en forma automática y directa, sobre el patrimonio del mandante.) Estos deberes del mandante no nacen necesariamente de todo mandato, y como son deberes eventuales, encuentran su sanción en la *actio mandati contraria*.

La relación jurídica que nacía del contrato en cuestión terminaba por las siguientes causas:

1. Por cumplimiento total.
2. Por imposibilidad de cumplimiento.
3. Por mutuo consentimiento (*dissensus*).
4. Por revocación o renuncia, siempre que no se hicieran en un momento inoportuno o de mala fe.¹⁴¹
5. Por muerte del mandante o del mandatario.¹⁴² Como se trataba de un contrato *intuitu personae*, la otra parte no tenía obligación de continuar la relación jurídica en cuestión con los herederos del difunto. Esta causa de extinción era inoperante en el *mandatum post mortem*.

Al caso de la muerte natural debemos equiparar, desde luego, el de la *capitis deminutio*.¹⁴³

6. Por el vencimiento del término previsto o por el cumplimiento de una condición resolutoria.

¹⁴¹ Cfr. art. 2595, I y II, y 2596 del Código Civil, *in fine*.

¹⁴² Cfr. art. 2595-III del Código Civil.

¹⁴³ Cfr. art. 2595-IV del Código Civil (interdicción).

Casos especiales de mandato eran:

1. El mandato remunerado, que ya mencionamos.
2. El mandato en interés del mandatario (*mandatum tua gratia*), que no es más que un buen consejo, entre amigos, sin consecuencias jurídicas, salvo en casos de mala fe por parte del mandante.

De ahí que D.50.17.47 dispone que *consilii non fraudulentum nulla obligatio est* (un consejo, dado sin intención dolosa, no produce obligaciones). Sin embargo, en caso de un consejo fraudulento, no procedía la *actio mandati*, sino la *actio doli*, ya que, técnicamente, el *mandatum tua gratia* no era un mandato, a pesar de su nombre, por carecer del rasgo esencial de ejecutarse en interés y por cuenta del mandante.

La regla anterior parece tener una excepción, en relación con los consejos que los profesionales daban a sus clientes. Aunque se hubieran dado de buena fe, producían responsabilidad para el profesional, si no correspondían a las normas técnicas establecidas o aceptadas generalmente por el gremio en cuestión, y siempre que le resultara un daño o un perjuicio al cliente que hubiera seguido el consejo. Sin embargo, esta excepción es sólo aparente, ya que la relación entre el cliente y el profesional era un mandato remunerado; en este caso, quien daba el consejo era el mandatario, y no el mandante, como en el caso del *mandatum tua gratia*. A causa de este mandato remunerado, el mal consejo dado por el profesional quedaba sancionado por una *actio mandati*.

Todo consejo para cometer un delito se consideraba doloso y exponía al que lo daba a las mismas penas en que incurría el que ejecutara el consejo.¹⁴⁴

3. El *mandatum pecuniae credendae* o *mandatum qualificatum*. En este caso, el mandante encargaba al mandatario que prestase una suma determinada a un tercero. En caso de incumplimiento por parte del tercero, el mandatario tenía contra el mandante la *actio mandati contraria*, de modo que este mandato surtía los efectos prácticos de una fianza. Sin embargo, en comparación con la *sponsio*, *fideipromissio* o *fideiussio*, tenía la ventaja de que el fiador no debía estar necesariamente presente, y que el contrato era de buena fe, y no *stricti iuris*, como las citadas fianzas en forma estipulatoria (*sponsio*, *fideipromissio*, *fideiussio*).

4. El *mandatum post mortem*, que cobraba eficacia después de la muerte del mandante. Todavía Gayo negaba validez a este mandato,¹⁴⁵ y con cierta razón. En primer lugar, violaba la regla según la cual el mandato se extinguía automáticamente por la muerte del mandante, y, en segundo lugar, todo mandato debía ejecutarse en interés del mandante, mientras que en este caso se ejecutaba en interés del heredero (excepto, si se trataba de hacer un monumento funerario para el difunto, por ejemplo). Sin embargo, en tiempos de Justiniano, se reconocía expresamente la

¹⁴⁴ D. 47. 10. 11. 6.

¹⁴⁵ III. 158.

validez de este mandato.¹⁴⁶ En el Código de 1928 no hallamos esta figura que encuentra evidentes obstáculos en el capítulo VI del título de mandato.

221. SOCIEDAD. La sociedad es el último de los contratos consensuales y el segundo de los contratos *intuitu personae*.

Era el contrato por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objetos y energías, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartirse los resultados.

Se trataba de un contrato bilateral —o multilateral— perfecto y, por tanto, de buena fe. Además, las relaciones entre las partes estaban impregnadas de una atmósfera de *fraternitas*, que suavizaba el resultado de la intervención judicial, mediante la introducción del *beneficium competentiae*, y reducía la responsabilidad por culpa leve al nivel de la culpa leve *in concreto*.

Las partes se obligaban a hacer la aportación convenida y a cuidar los intereses de la sociedad. Pero como los socios debían conocerse íntimamente, ninguno podía reclamar al otro más de lo que, en vista de sus cualidades especiales, podía esperarse de él. De ahí que cada socio respondiese sólo de la *culpa levis in concreto*, como acabamos de mencionar; cada uno se asociaba no con un abstracto "buen padre de familia", sino con un concreto amigo suyo, cuyos defectos conocía.

Este rasgo de la sociedad romana concuerda con la teoría de que el origen de esta institución es un último reflejo de la herencia indivisa, la cual formaba entre los hermanos una *societas erecto non cito*,¹⁴⁷ que duraba hasta que uno de los hermanos ejerciera la *actio familiae herciscundae* (una de las tres acciones divisorias que pronto conoceremos).¹⁴⁸ A causa de la natural intimidad entre hermanos —y más entre los que tenían entre sí bastante confianza como para dejar indivisa la herencia—, era natural que la responsabilidad de los socios se basase en la *culpa in concreto*.

Además, cada socio que obtuviera una ganancia para la sociedad, estaba obligado a entregar a los demás una porción de la misma, según la clave convenida para distribuir los resultados. Por otra parte, cada socio tenía la obligación de contribuir a las pérdidas sufridas por los demás en los negocios celebrados para la sociedad. La sociedad romana, salvo raras excepciones, no era una persona jurídica, un centro de imputación de derechos y deberes; tenía una eficacia interna, no externa. Los terceros únicamente tenían que ver con el socio que celebraba un negocio con ellos, y los efectos benéficos o perjudiciales de cada negocio realizado repercutían, en primer término, en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo. De ahí el deber de éste de distribuir las ganancias, y su derecho a recuperar una parte proporcional de las pérdidas.

¹⁴⁶ C. 4. 11. 1.

¹⁴⁷ Es decir, una sociedad con cuotas hereditarias "no puestas en movimiento", del antiguo verbo *ciere*, empujar.

¹⁴⁸ Véase el fragmento III. 154-a, de GAYO, encontrado en 1933.

Como la sociedad antigua no tenía personalidad jurídica, las aportaciones de bienes hechas por los socios no eran transmisiones a la sociedad, sino que solían convertirse en copropiedad de los socios, o eran objeto de un comodato o de un mutuo, según lo que convenían los interesados.

El reparto de pérdidas y ganancias se hacía por partes iguales, salvo acuerdo en contrario, y si se había previsto una clave especial para el reparto de las ganancias, las pérdidas se distribuían en la misma proporción, si no había acuerdo en contrario.¹⁴⁹ También podía pactarse que algunos socios nunca participarían en las pérdidas,¹⁵⁰ pero el pacto que excluía a algún socio de las ganancias quitaba a la sociedad su carácter original para convertirla en una donación.¹⁵¹ El derecho moderno adopta una posición algo distinta frente a tales "sociedades leoninas" (que deben su nombre a una conocida fábula de Esopo) y las declara nulas.¹⁵²

En cuanto a la sociedad formada con un fin ilícito, el derecho romano declaraba que *delictorum nulla est societas* (una sociedad con objeto delictuoso es nula), de modo que la aportación hecha por cada socio era un pago sin causa, que podría recuperarse por una *condictio indebiti* o una *condictio sine causa*.

Por regla general, todos los socios tenían igual derecho a administrar la sociedad; pero, en la práctica, se solía nombrar —en el mismo contrato de sociedad o por mandato posterior— unos administradores, o bien se establecían diversos sectores de administración, encargando de cada sector a uno o más socios.

El socio podía ceder su parte social a un tercero, pero para los demás socios tal cesión era una *res inter alios acta*, que no estaban obligados a reconocer. Lo mismo podía decirse de una subsociedad que formara un socio con un tercero respecto a su parte en la sociedad: *socii mei socius, socius meus non est*.¹⁵³

Por ejemplo, en caso de necesidad de hacer aportaciones adicionales, podía suceder que un socio careciese de fondos, por lo que tendría que asociarse con un tercero para poder hacer la nueva aportación. Sin embargo, el tercero que se hacía socio de la nueva sociedad, no lo era de la primera. La solución contraria hubiera sido incompatible con la circunstancia de que el contrato de la sociedad era un contrato *intuitu personae*, en el cual a nadie podía obligársele a entrar en relaciones contractuales con personas de cuyo carácter no sabía bastante.

Calcado en la fórmula anterior, encontramos en el derecho romano medieval el principio de que "el vasallo de mi vasallo no es mi vasallo" y "el deudor de mi deudor no es mi deudor", pero esta última regla encuentra una restricción en la acción oblicua, que permitía al acreedor proceder

¹⁴⁹ GAYO, III, 149/150.

¹⁵⁰ I. 3. 25. 2.

¹⁵¹ D. 17. 2. 29 pr. y 1 (ejemplo de "conversión").

¹⁵² Art. 2696 del Código Civil.

¹⁵³ El socio de mi socio no es mi socio (D. 17. 2. 19/20).

contra el deudor de su deudor, si este último descuidaba sus intereses en perjuicio del acreedor.

Podemos distinguir dos sociedades universales y dos particulares.

Las universales eran:

a) La sociedad de todos los bienes que tuvieran los socios; por ejemplo, la formada entre los *filiifamilias* que no querían dividir la herencia de su padre.

b) La *societas quaestus*, que comprendía todas las adquisiciones obtenidas por el esfuerzo propio de los socios; por tanto, no comprendía herencias, legados o donaciones. Esta sociedad era frecuente entre cónyuges que no se habían casado *cum manu*.

Las particulares eran:

a) La sociedad que tenía por objeto determinada clase de negocios; por ejemplo, la que se dedicaba a comprar pieles en la Galia y venderlas en Roma.

b) La sociedad para la explotación de una cosa determinada; por ejemplo, la formada para la explotación de un molino.

Los deberes de los socios se reclamaban mediante la *actio pro socio*, de carácter infamante, que implicaba automáticamente la disolución de la sociedad. Una colaboración tan íntima y basada en confianza mutua, no debería continuar con el estigma de una acción judicial que uno de los socios hubiera intentado contra otro. Notemos aquí que, desde luego, no tiene objeto distinguir entre una *actio directa* y otra *contraria*, ya que las partes se encontraban, desde el punto de vista jurídico, en un nivel de absoluta igualdad: todos tenían los mismos deberes.

A veces, la sociedad iba combinada con la copropiedad de determinados bienes; en tal caso, debía utilizarse, para liquidarla, una *actio communi dividundo*, otra de las acciones divisorias, destinada siempre a terminar una situación de copropiedad.

En vez de repartirse los bienes, créditos y deudas, los socios solían liquidar la sociedad, reduciendo todo a términos monetarios, para lo cual se vendían los bienes, se pagaban las deudas y se cobraban los créditos. Lo que, finalmente, quedaba entonces en caja, se repartía en la forma siguiente: cada socio tenía derecho a la devolución de lo aportado o del equivalente monetario de su aportación, si ésta se había hecho en especie. Después, el excedente se repartía según el procedimiento usado en el reparto de los beneficios, y si había faltante, éste se repartía según el procedimiento correspondiente a las pérdidas.

En las sentencias provocadas por estas acciones, el juez debía respetar el *beneficium competentiae* del demandado, como ya hemos visto.

La sociedad se extinguía por las siguientes causas:

1. *Re*: por pérdida de su objeto material o por imposibilidad de realizar su fin.

2. *Persona*: por muerte, *capitis deminutio* o concurso de un socio.

Repetimos: por tratarse de un contrato *intuitu personae*, a nadie podía obligársele a continuar una sociedad con los herederos del socio difunto.

La cláusula por la cual una sociedad continuaría con los herederos de algún socio difunto era, inclusive, nula.¹⁵⁴

En el derecho romano, si los socios querían continuar la sociedad con el heredero del socio difunto, debían disolver la antigua sociedad y formar otra nueva.¹⁵⁵

3. *Voluntate*: si todos los socios estaban de acuerdo en disolver la sociedad, estamos en presencia del caso común y corriente del *dissensus* que anulaba el *consensus* original. Pero, en materia de sociedades, se permitía inclusive que ésta fuera liquidada por la voluntad de algunos socios y hasta de uno solo. Se presentaba así el caso excepcional de una *renunciatio*, que anulaba, por acción unilateral, lo que había nacido de un acuerdo bilateral o multilateral, con lo que se derogaba el principio de D.50.17.35: *nihil tam naturale est, quam eo genero quicquid dissolvere quo colligatum est*, o sea, que en el mundo del derecho, por regla general, las situaciones jurídicas se deshacen de un modo semejante a como fueron constituidas: una ley debe ser modificada por otra ley; una disposición constitucional, por otra disposición constitucional; una sentencia, por otra que declare que la anterior no es válida; y un contrato bilateral, únicamente por la voluntad de ambas partes.

No sólo en materia de sociedades encontramos una excepción a este principio, sino también tratándose del mandato, según hemos visto.

En caso de *renunciatio* unilateral, la rescisión no debía pedirse en un momento evidentemente inoportuno o de mala fe. En tal caso, el socio que había solicitado la disolución de la sociedad, liberaba a los demás del deber de hacerle partícipe de las ganancias ulteriores, pero no quedaba liberado de su propio deber de compartir las pérdidas que surgieran después.¹⁵⁶

4. *Actione*: por el ejercicio de la acción de división, pero también como subproducto de la *actio pro socio*. A causa del esencial ambiente de *fraternitas* dentro de la sociedad, no se quería que continuara una sociedad con el trauma de una *actio pro socio*, como ya hemos dicho.

222. CONTRATOS INNOMINADOS. Estos contratos se desarrollaron, durante la época clásica, en un momento en que el esquema de los demás contratos, con sus cuatro grupos, ya se había establecido en forma definitiva. Por su respeto a la tradición, el jurista romano prefería no modificar este esquema y dejaba flotar las nuevas formas contractuales fuera de todo sistema, hasta que los comentaristas crearon para ellas una categoría especial: la de los *contratos innominados*.

¹⁵⁴ Un extremo rechazado, en casos análogos, por el derecho moderno. Véase, por ejemplo, el art. 32 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

¹⁵⁵ D. 17. 2. 35.

¹⁵⁶ D. 17. 2. 6. 3.

Se trataba de figuras que, por una parte, se parecían a los contratos reales, ya que recibían eficacia procesal por la simple prestación de una de las partes; pero, por otra, se separaban de dichos contratos por sus distintas consecuencias procesales, en las cuales el derecho romano abandonaba su principio de la "especialidad de la acción".

Habitualmente, se distinguían los cuatro casos siguientes de contratos innominados; aunque, en realidad, según veremos, no había más que tres.

1. *Do ut des*. El caso típico de este contrato era la permuta.

Los sabinianos consideraban la permuta como un caso especial de compraventa, alegando que aquélla era, en realidad, un antecedente histórico de ésta; pero los proculeyanos alegaban que varias diferencias jurídicas separaban a la permuta de la compraventa, de modo que era preferible considerarla contrato innominado. Sus argumentos eran fuertes, como veremos a continuación.

a) Las obligaciones del *venditor* eran distintas de las del *emptor*; por ejemplo, éste último debía transmitir la *propiedad* del precio, mientras que el *venditor* no tenía que transmitir necesariamente la propiedad del objeto vendido, según hemos visto. Ahora bien, ¿cómo se iba a distinguir al comprador del vendedor, en el caso de una permuta?¹⁵⁷

b) Según la práctica romana, la compraventa se perfeccionaba por el simple consentimiento, mientras que el acuerdo de voluntades en relación con la permuta no producía acción antes de la prestación de una de las partes.

c) El primero que cumplía, en caso de permuta, no sólo tenía acción para reclamar la prestación prometida por la parte contraria, como sucede en caso de la compraventa, sino que podía reclamar también la devolución de su propia prestación, si así lo prefería.

Por estas razones, los proculeyanos separaron de un modo rígido la permuta de la compraventa, y Justiniano les dio la razón.

2. *Facio ut des*. En este grupo de contratos encontramos que una persona se declaraba dispuesta a prestar ciertos servicios, a cambio de que otra le prometiera algún objeto, que no era dinero (ya que en caso de una contraprestación monetaria tendríamos el arrendamiento romano en su forma de *locatio-conductio operis* o *locatio-conductio operarum*).

Por la prestación de los servicios o la entrega del objeto —no antes—, este acuerdo de voluntades se convertía en contrato y producía acción.

3. *Do ut facias*. Este grupo de contratos era, en realidad, igual que el del caso anterior, únicamente que la situación jurídica se observaba ahora desde el punto de vista de la parte que prometía algún objeto.

4. *Facio ut facias*. El convenio respectivo de intercambio de servicios no producía acción por el simple acuerdo de voluntades, sino únicamente cuando una de las partes cumplía con lo pactado.

De estos contratos innominados nacían las siguientes acciones:

¹⁵⁷ Véase el párrafo 210.

En primer lugar, la *condictio causa data causa non secuta*,¹⁵⁸ para recuperar lo que se había entregado, en caso de no haberse obtenido la contraprestación esperada. Pero, a veces, lo que le interesaba al actor no era recuperar lo entregado, sino que el demandado cumpliera; en tales ocasiones, se concedió primero para algunos contratos especiales, y después, en forma general, la *actio praescriptis verbis*. Al abandonar parcialmente el sistema de la especialidad de la acción, el derecho romano ligó todos los contratos innominados con estas dos acciones (haciéndose la salvedad de que la acción de recuperación —*causa data causa non secuta*— no tenía objeto, desde luego, si el actor derivaba su derecho de acción de servicios prestados; en tal caso, no tenía más remedio que servirse de la *actio praescriptis verbis*).

Los casos más frecuentes de contratos innominados eran los siguientes:

1. La permuta, ya mencionada anteriormente.
2. El *aestimatum*, contrato por el cual un comerciante aceptaba mercancías, con la obligación de devolverlas, después de algún tiempo, en caso de no haberlas vendido, o entregar un precio, previamente convenido, si había podido venderlas. Se trataba de un contrato algo parecido a la compraventa, al mandato, al depósito irregular, etc., pero sin poder clasificarse claramente. En tales casos, los contratos innominados ofrecían un cómodo refugio.

¿Quién sufría entonces el riesgo del caso fortuito? D.19.3.1 contradice en esto a D.19.5.17.1. *Res perit domino* da a entender que al consignante le correspondía este riesgo; *cuius commodum, eius etiam incommodum*, presenta solución opuesta. Por tanto, no sólo las citas del *Digesto*, sino también los principios básicos de la dogmática se encuentran en desacuerdo. En los tiempos en que el *Corpus iuris* se aplicaba como derecho positivo, probablemente se daría la preferencia a la solución de D.19.3.1 (riesgo para el consignatario), por encontrarse esta cita en las *sedes materiae*, o sea, en el título dedicado especialmente a la *actio aestimatoria*.

3. El *precarium* era un préstamo de uso, concedido a petición especial (*preces*) del beneficiado, y cuyo objeto debía restituirse al propietario en cuanto lo reclamara. Nació, sobre todo, de las relaciones entre patronos y *clientes*, y, de hecho, daba gran poder a los primeros. Un solo acto de los segundos que no conviniera a los patronos, y el precario quedaba revocado.

El objeto de este contrato podía consistir en bienes corporales; pero también en derechos reales, como las servidumbres.

El rasgo esencial del precario era el poder absoluto, por parte del propietario, de reclamar el objeto al *precario accipiens*, aun en el momento más inoportuno. Ni siquiera la fijación de un término, concedido por el *precario dans*, limitaba esta facultad.

¹⁵⁸ O sea, una acción personal (*condictio*), basada en el hecho de que una prestación ha sido entregada (*causa data*), sin que la contraprestación haya seguido a esta prestación (*causa non secuta*).

Para dar eficacia a sus reclamaciones, el *precario dans* no sólo disponía de la *actio praescriptis verbis*, sino también del *interdictum de precario*. Recuérdese aquí también que el *precario accipiens* gozaba, frente a terceros, de la protección posesoria, ya que el hecho de poseer la cosa en cuestión era una de las formas de la excepcional *possessio sine animo*.

4. *Transactio* era un contrato por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, evitaban un futuro litigio o terminaban un litigio pendiente.

Este contrato recibió gran impulso, gracias a la acción conciliadora de las *episcopales audientiae* (recuérdese que los cristianos preferían, la mayor parte de las veces, someter sus controversias a los obispos, antes que recurrir a las autoridades civiles).

Era esencial a la transacción que existiera un derecho incierto;¹⁵⁹ de otro modo, se trataría de una donación o de una ratificación. También era esencial que hubiera concesiones recíprocas, ya que también sería una donación, una concesión unilateral, sin contraprestación. Los juristas romanos querían que la *transactio* fuera definitiva y ponían dificultades para su anulación; inclusive, en caso de que surgieran nuevos documentos sobre el asunto, no admitían que sirvieran de base para que fuera revocada la transacción.¹⁶⁰ Esta actitud ha sido adoptada también por el derecho moderno.¹⁶¹ En cambio, si resultaba que ya se había pronunciado sobre la controversia una sentencia anterior a la transacción, aunque ignorada por las partes, se admitía la anulación de la transacción. Esto resulta de D.12.6.23.1, y lo confirma el artículo 2958 del Código Civil.

Otro problema sobre el alcance que se debía dar a una transacción queda expuesto en el siguiente ejemplo: como había dudas sobre la posible "dignidad" de un heredero, para evitar un proceso, los interesados determinaron finalmente que la sucesión se repartiera mediante una transacción. Después resultó que todo el testamento no era válido a causa de un defecto formal o por falsificación. Si los herederos legítimos son idénticos a los testamentarios que intervinieron en la *transactio*, ¿se debía conservar ésta? D.2.15.5 contesta en sentido negativo, pues la transacción cubre únicamente situaciones controvertidas que las partes hubieran previsto o debido prever en el momento de transigir.

5. *Transporte de mercancías por barco*. En ocasiones, podía haber dudas sobre si un contrato debía considerarse como arrendamiento del espacio de un barco; o más bien, como una *locatio-conductio operarum* respecto del trabajo del transportador, en cuyo caso el propietario de la mercancía podía servirse de la *actio conducti*; o quizá, como un contrato de *locatio-conductio operis faciendi*, por el cual el propietario de la mercancía podía ejercer la *actio locati*. A causa de estas dudas, se consideraba este contrato también como innominado.

* * *

¹⁵⁹ D. 2. 15. 1.

¹⁶⁰ C. 2. 4. 19.

¹⁶¹ Art. 2957 del Código Civil.

La lista de dichos contratos era muy larga. Cada vez que la fantasía de las partes producía una figura jurídica que no cabía exactamente en los contratos típicos del grupo de los nominados, se consideraba esta figura como un contrato innominado. Precisamente por esta imposibilidad de formular una lista limitativa de tales contratos, el derecho romano se apartaba aquí del principio de dar a cada contrato su propia acción (especialidad de la acción) y se crean para todos estos contratos innominados las dos acciones generales que ya hemos citado.

Con la introducción de estos contratos innominados, el campo de los pactos nudos quedó limitado a un mínimo. A partir de entonces, todos los pactos bilaterales pudieron tener eficacia. Algunos la obtenían por el uso de fórmulas determinadas; otros, por entrega física de un objeto; varios, por el consentimiento; y los restantes, por el cumplimiento de cualquiera de las partes. Como pactos nudos, quedaban únicamente los contratos innominados, antes del cumplimiento por cualquiera de las partes, y los pactos unilaterales, de los cuales la promesa de donación y la promesa de dote, como ya hemos visto, ascendieron a la categoría de pactos vestidos, por intervención imperial. Estamos ya cerca del principio moderno, según el cual todo acuerdo lícito y toda oferta unilateral, con raras excepciones, producen obligaciones civiles.

222a. LA PROMESA DE CONTRATO. Además de los contratos definitivos, los romanos —como nosotros— conocían *precontratos*,¹⁶² cuyo objeto era fijar las bases para la celebración de un contrato definitivo posterior. Generalmente tomaron la forma de *stipulationes* (*stipulationes de contrahendo*, según D.45.1.68). Basándose en ellas, el actor podía exigir la celebración del contrato definitivo; pero, muchas veces, en vista de la evidente mala voluntad de la otra parte, prefería pedir una indemnización por el interés que normalmente hubiera tenido en la celebración del contrato definitivo.

223. LA DONACIÓN. Como subdivisiones del concepto de contrato, hemos mencionado los contratos nominados, los innominados y los pactos vestidos. Después de tratar de las dos primeras categorías, no queda mucho que decir de la tercera; basta con referirse al capítulo anterior de este libro. Sin embargo, como entre los pactos legítimos encontramos también la promesa de donación, insertaremos aquí unos datos sobre la donación del derecho romano. Se trataba de un acto por el cual una persona, el donante, se empobrecía voluntariamente y con espíritu de generosidad (*cum animo donandi*)¹⁶³ en favor de otro (el donatario), que se enriquecía.

Este elemento de empobrecimiento faltaba cuando alguien permitía a otro utilizar gratuitamente, por algún tiempo, determinado objeto; de otro

¹⁶² A pesar de su nombre, estos precontratos son, en realidad, una especie dentro del género de contratos.

¹⁶³ Sobre el peligro de confusión entre la *causa liberalitatis* y el *animus donandi*, véase *The Ghost story of the Cheerful Giver in Medieval and Modern Civil Law*, de E. BRUCK, *Seminar*, IV (1946), pág. 45-67.

modo, el contrato de comodato hubiera quedado absorbido por el de donación. Sin embargo, cuando permito que alguien viva gratuitamente en un apartamento de un inmueble mío, que normalmente está destinado a ser arrendado, sí estamos en presencia de una donación.¹⁶⁴

Otro caso interesante en que la falta de empobrecimiento nos impide hablar de donación, es el de la persona que rechazaba una herencia a fin de que ésta pasara a otro heredero (sustituto, heredero por vía legítima o uno que se aprovechaba del *ius adcrendi*). No enajenaba quien únicamente dejaba de aprovechar la oportunidad de obtener algo.¹⁶⁵

Tampoco había donación si faltaba el enriquecimiento por parte del donatario; por ejemplo, el acreedor que renunciaba a una hipoteca, no hacía una donación, ya que el deudor no se volvía más rico por ello.¹⁶⁶

Además, era esencial que el donante obrara con *animus donandi*: *donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*¹⁶⁷ (“consideramos que es donado lo que se otorga sin que haya un deber jurídico respectivo”). Si se entregaba algo por la presión del derecho, no se podía hablar de donación. Por ejemplo, una gratificación convenida en un contrato no debía recibir el tratamiento legal de las donaciones.

El derecho romano trató la donación con cierta desconfianza. En el año 204 a. de J. C., encontramos una *Lex Cincia de donis et muneribus*, que prohibía las donaciones que excedieran de cierto límite (no sabemos en qué cantidad se fijó éste). Sin embargo, esta prohibición no regía respecto de los parientes más cercanos (*personae exceptae*), según resulta de los fragmentos del Vaticano.¹⁶⁸

La *Lex Cincia* era una ley sin sanción, una *lex imperfecta*. Sin embargo, para determinados casos, el derecho honorario podía enmendar este defecto del *ius civile*. Veamos cómo.

Una donación podía hacerse mediante entrega, promesa¹⁶⁹ o perdón. Ahora bien, cuando se hacía por promesa una donación excesiva, si el donatario reclamaba posteriormente el cumplimiento, demandando al promitente, éste podía oponer a la acción del demandante la *exceptio legis Cinciae*, de creación pretoria, para lo cual debería comprobar que el objeto prometido valía más que el máximo fijado en la *Lex Cincia*.

Otro ejemplo sobre esto es el siguiente: en concepto de donación, entrego una casa a Servio, no mediante *mancipatio* por un centavo —lo cual sería lo correcto, ya que una casa es una *res mancipi*—, sino por mera *traditio*. Después me arrepiento y reclamo, como propietario *quiritario*, mediante la *reivindica-*

¹⁶⁴ D. 39. 5. 9 pr.

¹⁶⁵ D. 50. 17. 119.

¹⁶⁶ D. 42. 8. 18. Recuérdese que la renuncia a la garantía hipotecaria no implica la renuncia al crédito mismo.

¹⁶⁷ D. 50. 17. 82. Cfr. la definición de donación de la Glosa de Turín, 127, como *voluntaria... datio, ex nulla necessitate sumens originem*.

¹⁶⁸ 298-309.

¹⁶⁹ Existe una fina distinción entre la donación en forma de promesa y la promesa de donación, que pospone el nacimiento de la donación misma.

dicatio, la devolución de la casa. Servio, puesto que es en este caso propietario *bonitario*, me opone la *exceptio rei donatae et traditae*, pero yo puedo oponer a esta *exceptio* la *replicatio legis Cinciae*, y gano el pleito. Sin embargo, estas defensas derivadas de la *Lex Cincia* no podían utilizarse después de la muerte del donante, por sus herederos: *morte Cincia removetur* ("la muerte del donante elimina la aplicación de la *Lex Cincia*"). El derecho romano consideraba, con razón, como inmoral que los herederos, para obtener una ventaja, se opusieran a una donación que el propio autor de la herencia había mantenido. Este es un principio que encuentra su reflejo en el derecho moderno.¹⁷⁰

Paulatinamente, los juristas consideraron que la *ratio iuris* de la *Lex Cincia* era muy discutible y que los preclásicos habían exagerado los peligros de las donaciones. Además, el cristianismo, que estaba surgiendo en los primeros siglos imperiales y dejó sentir su influencia en la corte desde el siglo III, veía precisamente con agrado la donación. "A la larga, no hay ley que pueda resistir a la sentencia condenatoria pronunciada por los jurisconsultos",¹⁷¹ de modo que la *Lex Cincia*, sin haber sido derogada expresamente, cayó en desuso.

En lugar de ella, apareció una nueva restricción, menos severa, a las donaciones: la *insinuatio*. Esta era la inscripción obligatoria de donaciones que excedieran de cierto límite —quinientos *solidi* en tiempos de Justiniano— en registros públicos, con el doble fin de que el donante no pudiera hacer válidamente donaciones importantes bajo el impulso del momento, y que los terceros —por ejemplo, los acreedores del donante— pudieran saber que una persona estaba desprendiéndose gratuitamente de sus bienes, en cuyo caso, a veces, tenían acción para anular la donación, como en el supuesto de la *actio Pauliana* o de la *querela inofficiosae donationis*.¹⁷²

El donante recibía del derecho clásico un tratamiento de favor. Es verdad que quedaba obligado a cumplir con una promesa de donación o con una donación en forma de promesa; pero, por otra parte, resultaba que no debía intereses moratorios y gozaba del *beneficium competentiae*.¹⁷³ Además, después de haber cumplido, no respondía de la evicción o de vicios ocultos, salvo en caso de *culpa lata* o de dolo.

La donación no remuneratoria (D.39.5.34.1) podía revocarse:

- a) por ingratitud,¹⁷⁴
- b) si el donatario no cumplía con el modo estipulado,¹⁷⁵

¹⁷⁰ Art. 2373 del Código Civil.

¹⁷¹ JHERING, *Espritu*, II. 2. 465.

¹⁷² Cfr. art. 2344 del Código Civil.

¹⁷³ Cfr. D. 50. 17. 28: los demandados, a causa de una liberalidad prometida, no podían ser condenados por más de lo que podían dar. En el derecho moderno, tal disposición ya no es necesaria, pues el donante debe reservarse, de todos modos, lo indispensable para no caer en la miseria (art. 2347 del Código Civil). Como vemos también en otros casos, el derecho moderno llega al mismo resultado que el romano, únicamente que éste prefería obtener el resultado mediante una institución procesal (*beneficium competentiae*), mientras que el moderno opta por disposiciones de derecho sustantivo.

¹⁷⁴ Como en el caso de *iniuria atrox*, cometida por el donatario en perjuicio del donante.

¹⁷⁵ Cfr. art. 2368 del Código Civil.

c) en caso de donaciones entre patronos y libertos, si le nacía un hijo al patrón.¹⁷⁶ El derecho moderno extendió esta última causa de revocación a todo el campo de las donaciones,¹⁷⁷ con algunas salvedades¹⁷⁸ y una limitación temporal de cinco años.¹⁷⁹

Si la donación de parte de los bienes perjudicaba los intereses de los acreedores del donante, procedía una acción revocatoria, la *Pauliana*, según veremos,¹⁸⁰ algo que confirma el derecho moderno.¹⁸¹

El derecho romano permitía también la donación de la totalidad de los bienes presentes del donante, lo que el derecho moderno admite únicamente con restricciones.¹⁸² En tal caso, el donatario respondía del pago de todas las deudas existentes en el momento de la donación: *bona non intelleguntur nisi aere alieno deducto*¹⁸³ ("no se puede hablar de bienes, sin descontar previamente las deudas correspondientes"), principio adoptado también por el Código Civil de 1928 en su artículo 2355.

Un interesante principio romano, que sobrevive en el derecho moderno, es que *invito beneficium non datur*.¹⁸⁴ Esta regla —al igual que casi todas las reglas jurídicas— tiene sus excepciones, como en el caso del pago hecho por el donante a un acreedor del donatario, excepción justificada por la circunstancia de que en este caso no intervenían únicamente la voluntad del donante y la del donatario, opuestas entre sí, sino también el interés de un tercero, el acreedor.

Como formas especiales de la donación, debemos mencionar la efectuada entre cónyuges, la *donatio propter nuptias* y la *donatio mortis causa*. La primera estaba prohibida, "para evitar que los cónyuges se robaran recíprocamente por mutuo amor", como dice el *Digesto* con humorística incorrección. Lo que se quería evitar con esta prohibición era, desde luego, que uno de los cónyuges exigiera regalos al otro, amenazando con el divorcio o suspendiendo la convivencia sexual si el otro no se mostraba lo bastante generoso. Septimio Severo declaró que tales donaciones nulas "se convalidan" por la muerte del donante,¹⁸⁵ disposición dogmáticamente no muy feliz, que se debía a la falta de una teoría clara sobre inexistencia, nulidad y anulabilidad en el derecho romano.

Otro caso especial es el de la *donatio propter nuptias*, que hacía el marido a la esposa. No daba lugar a una transmisión inmediata de valores

¹⁷⁶ Esta disposición era acertada; pues, al convertirse en padre, el hombre cambia su psicología y adquiere, con frecuencia, un mayor sentido de responsabilidad e interés por sus asuntos patrimoniales. Si el patrón hubiera sabido, en el momento de la donación, que algún día llegaría a ser padre, quizá no se habría mostrado tan generoso.

¹⁷⁷ Art. 2359 del Código Civil.

¹⁷⁸ Art. 2361 del Código Civil.

¹⁷⁹ Art. 2359 del Código Civil.

¹⁸⁰ D. 42. 8. 17. 1.

¹⁸¹ Art. 2165 del Código Civil.

¹⁸² Art. 2347 del Código Civil.

¹⁸³ D. 50. 16. 39. 1.

¹⁸⁴ Contra la voluntad del donatario, el donante no puede obligarlo a que acepte una donación (D. 50. 17. 69).

¹⁸⁵ Cfr. art. 232 del Código Civil.

patrimoniales entre los cónyuges. El objeto de la donación quedaba en poder del marido, el cual no podía venderlo o hipotecarlo; y, únicamente en caso de que éste muriera antes, se entregaba a la esposa como *ganancia de supervivencia*.¹⁸⁶

La *donatio mortis causa*¹⁸⁷ solía hacerse en vista de algún peligro grave y se revocaba, automáticamente, si moría el donatario antes que el donante o si el donante escapaba al peligro en cuestión. Además, era esencialmente revocable en cualquier momento, *ad nutum*. Se distinguía del legado por su independencia de todo testamento y porque el donatario podía gozar de la donación ya en vida del donante. Por otra parte, se distinguía de la donación común y corriente por su base más precaria (ser revocable *ad nutum* y anularse *ipso iure*, si moría el donatario antes del donante o desaparecía el peligro en cuestión, como acabamos de ver).

Por su simetría, hubiera podido insertarse aquí también una exposición de la dote, en relación con el pacto legítimo de la promesa de dote. Sin embargo, nos pareció preferible tratar este asunto en relación con el sistema matrimonial romano, como el lector recordará.¹⁸⁸

224. LOS DELITOS PRIVADOS EN GENERAL. En la antigua Roma encontramos delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta*).

Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad. Se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el *arbor infelix*, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc.). Tenían orígenes militares y religiosos.

Los segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella.¹⁸⁹ Fueron evolucionando desde la venganza privada, pasando por el sistema del talión y por el de la "composición" voluntaria. Cuando, finalmente, la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzó su forma pura el sistema de las multas privadas. Por el desarrollo del sistema pretorio, en la época clásica, encontramos con frecuencia que el magistrado fijaba a su arbitrio (*ex bono et aequo*) el monto de la multa privada.

Estos delitos privados eran actos humanos, contrarios al derecho o a la moral, de consecuencias *materiales* a veces intencionadas, pero de consecuencias *jurídicas* no intencionadas, que daban lugar, no sólo a una indemnización, sino también a una multa privada en favor de la víctima, y que únicamente podían perseguirse a petición de ésta. No se trataba necesariamente de actos dolosos; como veremos, entraban también en esta categoría actos meramente culposos.

¹⁸⁶ Véase el párrafo 107.

¹⁸⁷ Véase el párrafo 262.

¹⁸⁸ Véase el párrafo 107.

¹⁸⁹ Figuras actuales semejantes a la multa privada art. 189, Cód. Proc. Civ. D. F.; art. 193 Ley de Tít. y Op. de Crédito.

Poco a poco, al lado de las correspondientes acciones privadas, surgió la intervención discrecional de los magistrados, si opinaban que algunos delitos privados ponían en peligro también el orden público,¹⁹⁰ y, en la época clásica, la víctima ya tenía generalmente opción entre dos vías: una persecución privada o una pública.¹⁹¹ Gradualmente, se impuso la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos, independientemente de la actitud adoptada por la víctima, y que ésta tenía derecho a una indemnización, pero que no era lógico concederle ventajas como son las multas privadas. Actualmente, el proceso de conversión de delitos privados en públicos ha concluido.

Entre los antiguos delitos privados debemos distinguir tres del *ius civile* y cuatro del *ius honorarium*.

Los del *ius civile* eran: robo, daño en propiedad ajena y lesiones.

225. FURTUM. Etimológicamente, *furtum*, relacionado con *ferre*, es llevarse cosas ajenas, sin fundamento en un derecho. Sin embargo, se fue extendiendo el campo de acción de este delito, partiendo del *furtum rei*, de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa,¹⁹² e incluyendo también el *furtum possessionis* que encontramos cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla (por ejemplo, del acreedor prendario). Todo lo anterior queda condensado en la cita de Paulo: *Furtum est: fraudulosa contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus, vel eius possessionis*:¹⁹³ "el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión".

Así, el *furtum* llegó a ser una figura muy amplia, de una vaguedad difícilmente compatible con nuestras ideas modernas sobre la tipicidad de los delitos. Cometería *furtum*, inclusive, el que recibiera un pago que no se le debía y no dijera nada.

Este delito contaba con dos elementos: el primero, de carácter objetivo, era el aprovechamiento ilegal (la *contrectatio rei*) que venía en lugar de la *amotio rei*, a cuyo último concepto ha regresado el delito moderno de robo,¹⁹⁴ y, el segundo, de carácter subjetivo, la intención dolosa, el *animus furandi*.

¹⁹⁰ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, II. 8. 5.

¹⁹¹ ULPIANO, D. 47. 1. 3.

¹⁹² El *furtum usus* cometido por el depositario, el acreedor prendario o el comodante (GAYO, III. 196).

¹⁹³ Aquí las palabras *lucri faciendi gratia* son interpolaciones superfluas, al lado de *fraudulosa*. Una vez más, la tendencia retórica de los bizantinos echó a perder la concisa serenidad del latín utilizado por los juristas clásicos (D. 47. 2. 1. 3).

¹⁹⁴ Cfr. art. 367 del Código Penal.

El *furtum* daba lugar a dos clases de acciones: la primera, la *poenae persecutoria*, por la cual la víctima trataba de obtener una ganancia, la multa privada; la segunda, la *rei persecutoria*, por la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o de obtener la indemnización correspondiente.

La pena por robo, establecida por las XII Tablas, era severa. En aquella época, el robo tenía rasgos de delito público, coexistentes con diversos rasgos de los delitos privados. En caso de flagrante delito de robo, el ladrón perdía la libertad, si era un ciudadano libre; o la vida, si era un esclavo. En caso de delito no flagrante de robo, el culpable debía pagar a la víctima una multa privada, del doble del valor del objeto. Paralelamente con lo anterior, la víctima podía ejercer una *actio rei persecutoria*.

El derecho clásico, haciendo del robo un delito exclusivamente privado, era más benigno. Debemos distinguir los siguientes casos:

1. *Furtum manifestum*. En caso de delito flagrante de robo, el ladrón o su dueño debían una multa de cuatro veces el valor del objeto. Para que un robo fuera considerado como flagrante, era necesario encontrar al ladrón con el objeto, antes de que hubiera llevado el botín al primer lugar de destino.¹⁹⁵

2. *Furtum nec manifestum*. En caso de delito no flagrante de robo, la multa privada era del doble del valor del objeto.

Alrededor del *furtum*, todavía se desarrollaban las siguientes acciones:

1. *Actio furti concepti*. En caso de encontrarse un objeto robado en casa de alguien, éste respondía de una multa privada de tres veces el valor del objeto, sin que el propietario del bien robado tuviese que comprobar que el detentador del objeto era el ladrón o un cómplice de éste. Si la persona contra quien se dirigía esta acción era inocente, podía, a su vez, ejercer la acción que sigue.

2. *Actio furti oblati*: servía para reclamar una multa privada de tres veces el valor del objeto, a la persona que le había traído a su casa la cosa robada.

3. *Actio furti prohibiti*. Desde el derecho preclásico, se permitió buscar en casas ajenas un objeto robado.

En tiempos arcaicos se observó para esto un curioso rito, la *quaestio lance et licio*, que Gayo nos describe en términos no muy claros. Parece que la víctima del robo debía entrar desnuda, con un delantal (*licium*) y un plato (*lanx*), en la casa donde sospechaba que se encontraba el objeto. Es posible también que *licium* fuera un cordón. Quizás era una ceremonia mágica (desnudez mágica, cordón con nudos mágicos, un plato con un sacrificio para los dioses domésticos). De todos modos, Gayo opina que se trataba de un "acto ridículo". En su propia época, tales investigaciones

¹⁹⁵ I. 4. 1. 3. Esta agravación de la pena por robo flagrante, que también encontramos en los derechos consuetudinarios africanos de la actualidad, tiene quizá por misión la de impedir que la víctima recurra a justicia por propia mano.

ya se hacían con autorización del magistrado y en presencia de funcionarios públicos, sin ritos pintorescos.

Si se oponía el *paterfamilias*, en cuya casa se quería buscar, cometía el delito del *furtum prohibitum* y debía pagar una multa privada por cuatro veces el valor del objeto buscado.

4. *Actio furti non exhibiti*. Cuando, a resultas de dicha investigación, se encontraba el objeto y el detentador no quería entregarlo, éste, además de correr el riesgo de una *revindicatio*, debía pagar una multa de cuatro veces el valor del objeto.

El derecho bizantino simplificó este sistema,¹⁹⁶ reduciendo las acciones a la *actio furti manifesti* y a la *actio furti nec manifesti*, ambas infamantes, y castigando sobre la base del *furtum nec manifestum* a todos los que escondieran, con conocimiento de causa, objetos robados por otros.

Las citadas acciones no sólo correspondían al propietario de la cosa robada, sino a toda persona *cuius interfuit rem non subripi*¹⁹⁷ ("interesada en que el objeto no fuera robado"), como el acreedor prendario, el usufructuario, el arrendatario, etc. Esta situación exponía al ladrón al peligro de tener que pagar a varios interesados diversas multas privadas;¹⁹⁸ situación lamentable para él, pero el derecho clásico no era sentimental, y menos con los ladrones.

Además de estas multas privadas, que se reclamaban mediante las acciones citadas, la víctima podía reivindicar el objeto robado o pedir una indemnización, si el ladrón o sus herederos ya no tenían el objeto en su poder. Si el objeto se encontraba todavía en poder del ladrón o sus herederos, procedía la *revindicatio* o la *actio publiciana*; en caso contrario, la *condictio furtiva* por el valor del objeto.

El ladrón no podía alegar que el objeto se hubiera perdido por fuerza mayor, dado que, desde el momento del robo, se había constituido en mora y respondía, por tanto, de todos los riesgos de la cosa.¹⁹⁹

En cuanto a la responsabilidad de los herederos del ladrón, ésta no se extendía a la multa privada, pero sí a toda ventaja que hubiera obtenido como consecuencia del delito. Por tanto, la *actio poenae persecutoria* no podía dirigirse contra el heredero de la persona culpable; pero una *actio rei persecutoria* procedía también en contra de los herederos del delincuente, si el objeto del delito se encontraba todavía en poder de éstos. En caso contrario —si, por ejemplo, la vaca robada había sido llevada al rastro—, los herederos respondían hasta por el importe de su enriquecimiento, por medio de la *condictio furtiva*.

Sin embargo —como ya hemos visto—, si el juicio correspondiente ya había llegado a la *litis contestatio*, en vida del delincuente, los herederos respondían de la multa privada y de todo el valor del objeto del delito,

¹⁹⁶ I. 4. 1. 4.

¹⁹⁷ D. 47. 2. 10.

¹⁹⁸ D. 47. 2. 75; D. 47. 2. 46. 1, etc.

¹⁹⁹ D. 13. 1. 8. 1.

independientemente de su enriquecimiento personal, a causa de la "novación necesaria".

Una última cuestión, que queremos tocar aquí es la siguiente: ¿cuál era el valor del objeto, base del cálculo de la multa privada y de la *condictio furtiva*? El derecho romano admitía el valor más elevado que el objeto había tenido entre el momento del robo y el ejercicio de la acción. Así, el ladrón que roba a un esclavo joven y a quien se descubre después de veinte años, debe pagar, como multa privada, el doble del valor del esclavo, que entre tanto se ha convertido en un hombre mayor y fuerte.²⁰⁰

Por esta manera de calcular, y además por la acumulación de la acción *poenae persecutoria* a la *rei persecutoria*, y teniendo en cuenta la circunstancia de que la multa privada podía reclamarse a cada uno de los coautores del robo, pudiéndose obtener por tanto multas de varios coautores, se nota que podía resultar muy ventajoso sufrir un robo, siempre que se lograra localizar a los responsables y éstos fuesen solventes.

226. DAMNUM INIURIA DATUM. Pasemos al segundo de esta tríada de delitos privados del *ius civile*: el daño en propiedad ajena.

Esta materia fue reglamentada en un plebiscito de (probablemente) 286 a. de J. C., la *Lex Aquilia*. Esta vino a sustituir, como una reglamentación general, las diversas reglas para determinados casos de daño en propiedad ajena que encontramos dispersas en las XII Tablas: la *actio de pauperie*, para daño causado por un *quadrupes*, si el comportamiento del animal había sido *contra naturam*, o sea, contrario a la manera normal de comportarse el animal; ²⁰¹ la *actio de pastu pecoris*, para el daño causado por el ganado de uno en el predio de otro; *actio de arboribus succisis*, para el caso de la tala de árboles ajenos; y la *actio de aedibus incensis*, en caso de que se causara el incendio de una casa ajena.

La *Lex Aquilia* se componía de tres capítulos. El primero trataba de la muerte dada a esclavos o animales ajenos; el segundo, del fraude cometido por el *adstipulator* que perdonaba la deuda al sujeto pasivo de la obligación correal, una materia ajena a nuestro tema presente; y el tercero, del daño causado en propiedades ajenas, con consecuencias distintas a las previstas por el primer capítulo.

En los casos referentes al primero, la indemnización era el valor más alto que el esclavo o el animal hubieran tenido en el último año, lo cual podía ser superior al daño sufrido (piénsese en un esclavo que hubiera contraído, los últimos doce meses, una enfermedad incurable). La indemnización fijada para casos del tercer capítulo era el valor más alto en los últimos treinta días. También, en este caso, la indemnización podía exceder considerablemente del daño sufrido, ya que, aun habiéndose causado un daño *parcial*, parece que se debía una indemnización por el valor *total*

²⁰⁰ D. 47. 2. 68. 2.

²⁰¹ Véase D. 9. 1. 1. 7.

del objeto, sin que los textos mencionen que el culpable podía reclamar, cuando menos, los restos del objeto dañado.

Para el cálculo del daño, se tenía en cuenta no sólo el valor comercial general, sino también las circunstancias especiales del caso, como el hecho de que la muerte de un esclavo podía dejar incompleta la orquesta privada del señor.²⁰²

Así, todo *quod interest* entra en el cálculo del daño, pero sin incluir consideraciones puramente sentimentales, como el hecho de que el perro accidentado fuese el animal predilecto de la señora de la casa.

Posteriormente a la recepción, la jurisprudencia alemana comprendió en la indemnización aquiliana también una suma "por el dolor físico y por deformaciones corporales". Sin embargo, los juristas trataron primero de fundar tales indemnizaciones en consideraciones pecuniarias, como "por esta deformación, esta mujer necesita una dote superior para poder encontrar marido...", a lo cual los autores inconformes con esta innovación revolucionaria contestaban que, desde luego, *non forma, sed virtute sibi maritum quaerere debet* (la mujer debe buscarse a un marido, no con ayuda de su belleza, sino por medio de su virtud).²⁰³ De todos modos, a fines del siglo XVIII, ya existía una *communis opinio* de que el dolor y las deformaciones merecen una indemnización, independiente de todo perjuicio patrimonial.

A mediados de este siglo, se nota la tendencia de añadir, a las indemnizaciones por el daño material y el dolor físico, otra indemnización por el daño psíquico.²⁰⁴

De esta excursión al derecho romano postjustiniano, regresemos ahora a la *Lex Aquilia* clásica.

Para completar el perfil de la aplicación de esta ley, debemos añadir todavía que ella se refiere únicamente al *damnum iniuria datum*, es decir, el daño causado en forma antijurídica. Por tanto, la defensa legítima (siempre que en ella se haya observado la *moderatio*)²⁰⁵ y el consentimiento de la víctima,²⁰⁶ colocan fuera del alcance de la *Lex Aquilia* el daño causado.

El campo original de este *damnum iniuria datum* se extiende, poco a poco, por influencia del pretor.

a) En primer lugar, mientras que el antiguo derecho exigía la comisión de un acto positivo para que procediera la *actio legis Aquiliae*, el derecho clásico extendía esta acción aun a casos de omisión (como cuando alguien mataba de hambre a un esclavo ajeno que se hallaba a su cuidado).

²⁰² D. 9. 2. 22.

²⁰³ HORST KAUFMANN, *Rezeption und "Usus Modernus" der "Actio legis Aquiliae"*, Colonia, 1958, pág. 41.

²⁰⁴ Contrariamente al principio romano, enunciado en D. 9. 2. 33 pr., ya anteriormente a nuestro siglo, encontramos un divertido ejemplo de daño psíquico al revés, cuando la Universidad de Tubinga negó, en 1628, una indemnización al padre y a la viuda de la víctima, por ser ésta un hombre a todas luces insoportable.

²⁰⁵ C. 8. 4. 1.

²⁰⁶ D. 9. 2. 4. 7.

b) Mientras que el antiguo derecho exigía un acto doloso para la existencia de este delito, el pretor admitía ya en tiempos preclásicos que incluso los actos meramente culposos, frutos de imprudencia o impericia, se sancionaran mediante la *actio legis Aquiliae*.²⁰⁷

En cuanto a la culpa, para la *Lex Aquilia* bastaba la *culpa levissima in abstracto*. Observemos, empero, que no se concedía la *actio legis Aquiliae* contra la persona que hubiera causado un daño en propiedad ajena en un intento de salvar su vida o de evitar un daño propio muy superior al causado, como resulta de D.9.2.45.4 (estado de necesidad); sin embargo, si una persona había llegado *por propria culpa* a una situación difícil, respondía plenamente del daño causado en sus tentativas de salvarse o de salvar sus bienes, como resulta de D.9.2.29.1.

Un interesante problema al respecto nos ofrece D.50.17.50, al decir: "no tiene culpa el que sabe, pero no puede impedir". ¿Cómo debemos interpretar aquí la palabra *puede*? ¿Como posibilidad física o como posibilidad también reconocida por el sentido común? Muchas veces, cuando presenciemos un delito, podemos físicamente intervenir, pero nuestra intervención sería un acto insensato que sólo nos causaría daños a nosotros mismos, sin aprovechar a nadie. Bartolo opinaba que únicamente quienes por su oficio debían defender a otros, incurrían en culpa si no impedían un delito intencionado que llegara a su conocimiento, opinión que parecía tan perversa a Baldo que nos asegura que por tal monstruosidad el alma de su famoso maestro está ardiendo en los infiernos.

c) El pretor extendía el objeto de la acción desde los meros daños hasta los "daños y perjuicios", es decir, incluyendo el beneficio perdido (*lucrum cessans*), según resulta de Gayo, 3.212, y de D.9.2.21.2.

d) Mientras que el derecho antiguo exigía un *damnum corpore datum*, con efecto físico del culpable sobre su víctima, el derecho clásico admite también una acción por *damnum iniuria datum* contra la persona que causara la muerte de un esclavo ajeno, asustándolo, sin tocarlo.

e) Si el antiguo derecho exigía un daño físico en una propiedad ajena (*damnum corpori datum*), el pretor incluía en el *damnum iniuria datum* también diversos casos en que no hubiera un daño material en objetos de propiedad de la víctima (como cuando arrojo al río un anillo ajeno o procuro que se escapen los esclavos de mi vecino).²⁰⁸ Debajo del agua el anillo está intacto; los esclavos gozan de la misma salud que antes.

Por esta extensión al daño *nec corpori datum*, la persona que corta el cable que sujeta un barco al muelle, no sólo responde del valor del cable (al cual causó un *damnum corpori datum*), sino también del valor

²⁰⁷ A esto se refiere el caso famoso del barbero que trabajaba al aire libre y que cortó el cuello al cliente, porque le golpeó en la mano una pelota con la que jugaban cerca unos muchachos (D. 9. 2. 11 pr.). El barbero en cuestión sería responsable si resultara que allí jugaban normalmente muchachos y que, a pesar de esta circunstancia, había escogido aquel lugar para sus actividades.

²⁰⁸ *Inst.* 4. 3. 16.

del barco (ya que éste lo perdía la víctima, aun sin haber un verdadero *damnum corpori*).

En estos casos, no hay daño en un objeto, sino sólo en un patrimonio (aunque siempre a través de incidentes relacionados con los objetos que al mismo pertenecían). En los citados supuestos, el pretor admitía una *actio in factum*, ligada al principio aquiliano. Este grupo de casos de *damnum nec corpori* ha sido el punto de partida de un desarrollo que ocurrió, sobre todo, en el derecho romano de la época de la recepción y en el *Usus modernus Pandectarum*. Finalmente, surgió así el principio de la responsabilidad por daños directamente patrimoniales.²⁰⁹ En aquellas fases de la evolución romanista, se comienza a aplicar el principio aquiliano a la pérdida de clientela por difamación dolosa, al daño causado por imprudencia de un funcionario público en relación con el otorgamiento de una hipoteca, al daño causado por la indiscreción de un secretario o por la "impericia" de los abogados, hasta llegar finalmente a la regla general de que *damna sunt praestanda*²¹⁰ ("los daños deben ser indemnizados").

Esta enorme extensión del principio aquiliano ha hecho surgir otro problema: ¿hasta dónde debemos permitir una relación causal entre un hecho culpable o doloso y un resultado perjudicial? Por error de un porteador, llega a Lisboa un paquete destinado a Londres, y se pierde en el gran terremoto de 1755. ¿Procede entonces la reclamación aquiliana?

Este problema de la limitación de la causalidad se presenta también en materia penal, donde es importante el principio:²¹¹ "la calificación de un delito nunca se agrava con un hecho posterior". Por ejemplo, si una herida que originalmente no era mortal, degenera por causas externas o por descuido del paciente o de su médico, no debemos fundar el castigo en el posterior carácter de la herida, sino sólo en su gravedad original.

En prudente labor, los tribunales de cada país buscan la delimitación actualmente aconsejable a esta causalidad aquiliana.

La *actio legis Aquiliae* era sólo *poenae persecutoria*. A su lado no se permitía, por ejemplo, una *actio rei persecutoria* en contra del comodatarío que hubiere destrozado el objeto del comodato. Esta última acción sería superflua: la víctima podía obtener suficientes ventajas por medio de la *actio poenae persecutoria*. Ya hemos visto que la indemnización legal podía exceder del importe del daño; y además, si el culpable negaba haber causado el daño y perdía el proceso, su mala fe se castigaba con una condena al doble de la indemnización legal.

Esta acción por daños y perjuicios no sólo correspondía al propietario del objeto en cuestión, sino a toda una serie de interesados (poseedor de buena fe, acreedor prendario, usufructuario, enfiteuta, etc.), sin que el

²⁰⁹ Véase, sobre todo, la pág. 46 y las siguientes del libro de KAUFMANN, *Rezeption und "Usus Modernus" der "Actio legis Aquiliae"*, Colonia, 1958.

²¹⁰ Digno paralelo del otro principio general: *pacta sunt servanda*. Todo daño, causado dolosa o culpablemente a otra persona, debe indemnizarse.

²¹¹ De D. 50. 17. 138.

Corpus iuris nos presente una regla general para el reparto de la multa privada, en el caso de concurrir varios intereses. De todos modos, la suma de las indemnizaciones debidas a los diversos interesados no debía exceder del daño aquiliano que el culpable hubiera debido pagar al propietario del objeto dañado.²¹²

Un interesado sin legitimación activa al respecto, era el que tuviera sólo un derecho personal en relación con el objeto en cuestión.²¹³

Desde la fase clásica, se extendió considerablemente el campo de los *crimina extraordinaria*, que cubren también varios casos ya comprendidos en el *damnum iniuria datum*, siempre y cuando se encuentre en ellos un elemento de dolo. Paralelamente a la acción penal pública, subsistía entonces la *actio legis Aquiliae*. Aun en la actualidad, el "daño en propiedad ajena" es una figura repartida entre los códigos civil y penal.

227. INJURIA O LESIONES. Injuria era, originalmente, un término general para designar todo acto contrario al derecho, pero se utilizó, desde medio milenio antes de Jesucristo, para el caso especial de lesiones causadas a una persona libre o un esclavo ajeno.²¹⁴

En el derecho preclásico, la injuria consistía en lesiones físicas; y la ley de las XII Tablas fijaba la pena del talión para el caso de que le fuera cortado un miembro al cuerpo de la víctima, permitiendo a las partes la "composición" voluntaria (que, generalmente, convendría más a la víctima, y siempre al culpable). Para el caso de fractura de un hueso, se fijaba una "composición" obligatoria de trescientos ases, si la víctima era libre; y ciento cincuenta ases, si se trataba de un esclavo. Reclamaciones por lesiones menores se liquidaban mediante el pago de una multa privada de veinticinco ases.

A fines de la república, estas cantidades fijas ya no bastaban, pues también en Roma el dinero perdió parte de su valor adquisitivo con el transcurso del tiempo.²¹⁵

A consecuencia de la rigidez de este antiguo sistema y la cuantía inadecuada de las indemnizaciones, el pretor comenzó a fijar éstas, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y la calidad de las personas, como, en general, todas las circunstancias del caso.²¹⁶

Aquí notamos de nuevo el contraste entre la tendencia del derecho antiguo a la sencillez y rapidez en la administración de la justicia, por un

²¹² Como resulta de D. 9. 2. 30. 1.

²¹³ Como el comprador, antes de la *traditio*; D. 9. 2. 11. 9.

²¹⁴ Por la expedición de la *Lex Aquilia*, la lesión causada a un esclavo ajeno recorrió desde la *iniuria* hasta el *damnum iniuria datum*, como ya hemos visto.

²¹⁵ Así nos cuenta AULO GELIO, en sus *Noches Aticas* (20. 1. 13), cómo un joven aristócrata andaba por las calles de Roma dando bofetadas a los transeúntes, mientras que uno de sus esclavos, detrás de él, repartía cantidades de veinticinco ases en concepto de indemnización legal.

²¹⁶ El caso de una bofetada dada en el teatro era más grave, por ejemplo, que si ocurría en la intimidad del hogar.

lado, y el afán del derecho clásico, por otro, de individualizar, de ajustar las sentencias a las circunstancias concretas especiales.

Además, el pretor extendió el concepto de injuria a lesiones *morales* (difamación; el hecho de dirigirse al fiador antes de comunicarse con el deudor para el cobro de un crédito; versos satíricos, etc.). En todos estos casos, la víctima podía ejercer la infamante *actio iniuriarum aestimatoria*. Como se trataba de proteger el prestigio personal, la legitimación activa correspondía exclusivamente a la persona insultada, no a sus herederos.²¹⁷

La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria exploró la zona fronteriza entre moral y derecho, y la *actio iniuriarum* se fue extendiendo, cada vez más, a actos contrarios a la decencia normal que debemos observar en nuestro trato social con otras personas.²¹⁸

En tiempos de Sila, una *Lex Cornelia* había otorgado a la víctima de lesiones físicas, de violación del hogar y de difamación, una opción entre la citada acción y el procedimiento previsto para delitos públicos; y, en tiempos de Justiniano, toda la materia de la injuria sale del campo de los delitos privados para entrar en el de los delitos públicos. Esto es sólo una ilustración especial de la ley general, según la cual los delitos privados se transforman gradualmente en delitos públicos, a causa de la perturbación general y el sentimiento de inseguridad que suelen acompañarlos.

228. DELITOS PRIVADOS DEL DERECHO HONORARIO. Ya hemos visto que el pretor intervenía a menudo en los delitos privados del *ius civile*, ampliando su alcance; pero también creó unos delitos distintos de los ya tratados. Los cuatro siguientes son de especial interés:

1. *Rapiña*. Por la inserción de una infamante *actio vi bonorum raptorum* en su edicto anual, el pretor Lúculo sancionó, en 76 a. de J. C., la rapiña, con una multa privada de cuatro veces el valor del objeto, en caso de intentarse la acción dentro de un año; y de una vez el valor del objeto, en caso de proceder después de un año. Era una gran mejora, muy necesaria en aquellos caóticos años de perpetuas guerras civiles. Antes del año 76 a. de J. C., aunque el robo acompañado de violencia era en realidad más reprobable que el mero *furtum*, se castigaba casi siempre como *furtum nec manifestum*, ya que, en caso de rapiña, era prácticamente imposible aprehender al ladrón antes de que escondiera el botín.

La *actio vi bonorum raptorum* era puramente *poenae persecutoria*, hasta que Justiniano dispuso que una cuarta parte de la sanción debía considerarse como indemnización, y tres cuartas partes, como multa privada.²¹⁹ Desde entonces, por tanto, la citada acción es mixta, ya que sirve para dos fines: para dar a la víctima una indemnización y también una multa privada.

²¹⁷ Principio que sobrevive en el art. 360 del Código Penal.

²¹⁸ El título 10 del libro 47 del *Digesto* nos ofrece a este respecto una rica casuística.

²¹⁹ I. 4. 6. 19.

2. *Intimidación*. En la misma época el pretor Octavio sancionó la intimidación, concediendo una *in integrum restitutio*, por la cual la víctima podía reclamar la devolución de lo que hubiera entregado por miedo, y una *exceptio quod metus causa*, que procedía en el caso de que el culpable reclamase a la víctima el cumplimiento de alguna prestación, prometida bajo influencia del miedo: entonces la víctima podía oponer con éxito esta *exceptio* a la *actio* del culpable. Además de estos remedios, estaba también a disposición de la víctima la *actio quod metus causa*, de carácter penal, por cuatro veces el valor del daño sufrido en caso de ejercerse dentro de un año. Después, su objeto se reducía al simple valor de la cosa arrancada por intimidación.²²⁰

Esta acción podía intentarse contra cualquier causahabiente del culpable, aun contra el adquirente de buena fe. Sorprende que éste fuese tratado con mayor severidad que el adquirente de buena fe, de algún objeto robado (ya que éste, mediante la *condictio furtiva*, sólo respondía del simple valor del objeto).

3. *Dolo*. Siendo pretor Aquilio Galo, amigo de Cicerón, introdujo la *actio doli mali*.²²¹ Esta acción, completada por la *exceptio* correspondiente,²²² era infamante (es decir, sometía al condenado a un "boicot" oficial y social), arbitraria (o sea, que la condena sólo tenía efectos, si el demandado no reparaba el daño por las buenas) y subsidiaria (es decir, sólo procedía cuando la víctima no tenía a su disposición ningún otro remedio: *si alia actio non sit*). Así, en caso de poder intentarse la *actio commodati*, la *in integrum restitutio*, algún interdicto, etc., el interesado no podía utilizar la *actio doli*. Esta particularidad de la *actio doli* nos es muy útil: cada vez que encontramos esta acción en las fuentes, sabemos que en ese caso concreto no hubo otra acción posible, lo que ayuda en el trabajo de investigación que realizan los romanistas.

Lo que se reclamaba por medio de esta acción era el daño sufrido por la víctima. Sin embargo, después de un año, y también en contra de los herederos del culpable, el objeto tenía por límite el enriquecimiento obtenido del dolo. En caso de dolo recíproco, la *actio doli* o *exceptio doli* no procedían a favor de ninguna de las partes, principio que se manifiesta en conocidas máximas, como *in pari turpitudine melior est conditio possidentis* ("en igualdad de circunstancias, el poseedor merece la preferencia"), y en artículos como el 1817 del Código Civil o el 262 *in fine*.

4. *Fraus creditorum*. Mediante una *actio Pauliana*,²²³ de carácter rescisorio, se protegía al acreedor contra el peligro de que su deudor realizara

negocios perjudiciales, que aumentarían o provocarían su insolvencia. Dentro de un año, los acreedores podían, en tal caso, pedir la anulación de los negocios aludidos. Si éstos eran onerosos, el acreedor tenía que probar la mala fe del tercero con quien el deudor hubiera contratado. Si eran gratuitos, tales negocios podían anularse, aun cuando el beneficiario hubiera aceptado de buena fe; recuérdese que, en igualdad de circunstancias, el derecho da preferencia al que trate de evitar una pérdida, antes que a la persona que trate de conservar un beneficio gratuito. Sin embargo, en este último caso, el beneficiario original que por la rescisión perdía una ventaja, no respondía sino por el valor de su enriquecimiento, que podía ser mucho menor que el valor del beneficio originalmente obtenido.²²⁴

Ya hemos visto que el principio de esta *actio Pauliana*, en su versión justiniana, se anunciaba ya en la *Lex Aelia Sentia*.²²⁵ Además, ya encontramos su idea general en el *interdictum fraudatorium*²²⁶ y en un caso especial de la *restitutio in integrum*.²²⁷ En todos estos casos, así como en la *actio Pauliana*, no era sólo el deudor quien tenía la legitimación pasiva, sino también, y sobre todo, el tercero con el cual este deudor hubiera contratado.

El carácter viciado del negocio jurídico celebrado por el deudor con el adquirente no repercutía sobre ulteriores adquirentes que, a su vez, hubieran derivado su derecho de este tercero, siempre que fueran de buena fe. Sus derechos quedaban entonces fuera del alcance de la *actio Pauliana*. Dicha *actio* procedía únicamente cuando el deudor se empobrecía; no, si se resistía a enriquecerse²²⁸ (como cuando se negaba a aceptar una herencia, sólo para irritar a sus acreedores). El derecho moderno adopta, a este respecto, otra actitud a causa de nuestro sistema actual de la adquisición de una herencia.²²⁹

Esta figura del *fraus creditorum* suele tratarse como uno de los delitos privados, ya que el *Corpus iuris* la considera así, fijando a este respecto la tradición romanística. Sin embargo, la *actio Pauliana* no era infamante ni daba lugar a una multa privada, por lo cual es dudosa su clasificación como "delito privado". Se trataba, más bien, de una acción rescisoria de índole civil, que teóricamente podía proceder aun en casos en que tanto el deudor como un tercero hubieran obrado de buena fe. Probablemente, el hecho, comprobado estadísticamente, de que la *actio Pauliana* se utilizara casi siempre para corregir situaciones originadas por la mala fe del deudor y de algún tercero, explica la circunstancia de que, entre los delitos privados, figurase la situación a que se aplicaba esta acción con el poco agrado

²²⁴ D. 42. 8. 6. 11.

²²⁵ Véase el párrafo 64.

²²⁶ LENEL, *Edictum Perpetuum*, 497.

²²⁷ LENEL, *Edictum Perpetuum*, 435.

²²⁸ D. 50. 17. 34, solución bastante lógica en un sistema sucesorio en el cual se necesitaba la *aditio*, para que un heredero (*extraneus*) adquiriera la herencia.

²²⁹ Cfr. art. 1673 del Código Civil.

²²⁰ En cuanto a los requisitos necesarios para que la intimidación fuera considerada como tal, recuérdese la explicación de los vicios del consentimiento.

²²¹ Nótese, en este caso, el adjetivo *malus* y recuérdese que no cualquier dolo parecía malo a los mediterráneos. Cierta grado de astucia resultaba loable, como nos muestra el ejemplo de Ulises en Homero.

²²² Véase el delito anterior.

²²³ Esta figura romana sobrevive en los arts. 2163 a 2179 del Código Civil.

dable nombre de *fraus creditorum*. Este sobrevive en el título respectivo del actual Código Civil.²³⁰

229. CUASICONTRATOS. Como ya hemos notado, con los contratos y los delitos no se agotan las fuentes de las obligaciones. Las demás fuentes que debemos explicar son las siguientes: los cuasicontratos, los cuasidelitos, la ley en forma directa y la oferta unilateral.

Los cuasicontratos se parecían a los contratos por ser lícitos y engendrar obligaciones, pero diferían de ellos por la falta de consentimiento.

Los casos más conocidos eran los siguientes:

1. La aceptación de una herencia, que podía crear deberes del heredero a favor de legatarios o fideicomisarios.

2. La aceptación de un legado que podía crear deberes del legatario a favor de un fideicomisario.

3. La copropiedad nacida de circunstancias ajenas a un acuerdo de las voluntades de los copropietarios, como cuando nace de un legado, herencia o donación, o de la *commixtio*. Creaba relaciones jurídicas que Justiniano también catalogó entre los *cuasicontratos*.²³¹

4. La aceptación de la tutela, que creaba deberes a cargo del tutor y a favor del incapaz. Como éste ni siquiera *podía* dar un consentimiento válido, era evidente que equivalía a un *cuasicontrato*.

5. La tenencia de ciertos objetos (como un testamento), que obliga a mostrarlos a otros interesados debe ser sancionada por la *actio ad exhibendum*.

Se podría alargar esta lista; en realidad, es difícil distinguir entre los cuasicontratos y múltiples situaciones jurídicas que nacen directamente de la ley; por ejemplo, ¿los deberes que, según el derecho clásico y postclásico, tiene el padre con sus hijos, nacen de cuasicontrato (el hecho, lícito, de procrear) o de la ley?

En este lugar conviene analizar con más detalle tres famosos casos de cuasicontrato:

1. *Gestión de negocios*. Para evitar un daño a algún amigo o vecino ausente, alguien podía intervenir en su favor, sin haber recibido instrucciones al respecto (en caso de haberlas recibido, se trataba de un mandato).

Encontramos aquí, por tanto, una excepción a la regla de que *culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti*.²³² Es más, esta figura va contra la tendencia general de la psicología jurídica romana a separar estrictamente la esfera jurídica de alguien respecto de los demás (recordemos la repugnancia a la copropiedad).

Si el dueño del negocio ratificaba posteriormente lo que el gestor había

²³⁰ A pesar de que el art. 2165 del Código Civil reconoce claramente que no siempre existe mala fe en los casos tratados bajo dicho título.

²³¹ I. 3. 27. 3.

²³² Es un acto culpable inmiscuirse en asuntos ajenos. (D. 50. 17. 36.)

hecho, la gestión se convertía en un mandato, con fuerza retroactiva,²³³ solución confirmada por el derecho moderno.²³⁴

El dueño del negocio no podía aceptar las consecuencias de la *gestio* que le favoreciesen, rechazando las demás.

El gestor tenía derecho a reclamar una indemnización por gastos, mediante una *actio negotiorum gestorum contraria*. Por otra parte, la persona a cuyo favor intervino podía reclamar que el *gestor negotiorum* rindiera cuentas y le entregara lo que hubiera obtenido como resultado de su gestión.²³⁵ Además, podía reclamar los daños y perjuicios sufridos, si el gestor no se había comportado con el cuidado típico de un buen padre de familia. Para todas estas reclamaciones disponía de la *actio negotiorum gestorum directa*.

Debemos distinguir entre la gestión necesaria y la gestión simplemente útil. En el primer caso, el gestor, a condición de comportarse con una *exactissima diligentia*, podía reclamar el reembolso de sus gastos, aunque no hubiera logrado evitar el daño que motivaba su intervención. Pero si la gestión no había sido objetivamente necesaria, sino sólo "útil", el gestor no podía exigir que, como reembolso de sus gastos, se le pagase una cantidad superior al beneficio que el dueño del negocio hubiera obtenido por su intervención. Esta distinción sobrevive en el derecho moderno.²³⁶

Una vez comenzada la gestión, el gestor debía continuarla hasta que el dueño del negocio pudiera intervenir personalmente,²³⁷ disposición lógica que también encontramos en el artículo 1902 del Código Civil.

Era necesario vigilar que este cuasicontrato no degenerase en un pretexto para que entrometidos se mezclaran en los asuntos de sus amigos y vecinos. En caso de una *gestio negotiorum* contra la voluntad expresa del *dominus negotii*, los clásicos todavía admitían que el gestor tuviera, cuando menos, una acción por indemnización de los gastos, hasta el límite del enriquecimiento del dueño del negocio. Sin embargo, Justiniano negó incluso este derecho a los gestores.²³⁸ El derecho moderno ha vuelto a la opinión clásica.²³⁹

Un caso famoso de la *negotiorum gestio* impropia es el de D.3.5.5.5, en el cual el gestor, por propia iniciativa, comenzó a administrar un negocio, pero no en interés de su dueño, sino con miras egoístas o deshonestas. Su responsabilidad frente al dueño fue entonces la de un *gestor negotiorum*, pero la responsabilidad de este dueño, frente a él, tenía un límite en

²³³ D. 50. 17. 60.

²³⁴ Art. 1906 del Código Civil.

²³⁵ Exactamente como en el caso del mandato, las consecuencias de la *gestio* se producían, primero, en el patrimonio del gestor; éste debía, mediante un acto especial, traspasarlas al patrimonio del dueño del negocio.

²³⁶ En el Código Civil actual se trata también con más generosidad al gestor necesario del art. 1898, que al gestor común y corriente del art. 1897.

²³⁷ D. 3. 5. 20. 2.

²³⁸ C. 2. 18. 24.

²³⁹ Art. 1905 del Código Civil.

el enriquecimiento que hubiera producido la *gestio*, lo cual constituía una desviación de las reglas comunes en esta materia.

2. *Enriquecimiento ilegítimo*. Este cuasicontrato nació como repercusión de varias acciones, creadas por los pretores en los casos en que había un traspaso de riqueza entre dos personas, no completamente justificado por la conciencia jurídica.²⁴⁰

A este respecto, el derecho romano establecía una distinción entre el que se enriquecía ilegítimamente, pero de buena fe (el cual sólo estaba obligado a devolver los valores hasta el límite de su enriquecimiento),²⁴¹ y el que aceptaba de mala fe un enriquecimiento ilegítimo. Este último debía indemnizar todo el daño que hubiera causado.²⁴² Esta distinción sobrevive en el derecho actual, según resulta de la combinación del segundo inciso del artículo 1883 del Código Civil y el artículo 1884 del mismo código, completados por el 1887 y el 1889.

En algunos casos —como el de la donación antijurídica entre cónyuges—, la *condictio* debía ejercerse, no por lo que se hubiera entregado al demandado (*id quod pervenit*), sino por el enriquecimiento que aún existiera en el patrimonio del demandado, a consecuencia de la entrega no justificada.²⁴³

Las principales acciones (*condictiones*) respectivas eran las siguientes:

a) *Condictio indebiti soluti*. Esta acción se concedía al que había entregado algo a otra persona, pensando erróneamente que lo debía (si *scilicet* que no lo debía, entonces se consideraba su entrega como generosidad de su parte,²⁴⁴ de modo que no procedía dicha acción).

Por ejemplo, el heredero que se equivocó en sus cálculos, entregando bienes a los legatarios, con un exceso de setenta y cinco por ciento del valor neto de una herencia, podía hacer reducir los legados proporcionalmente hasta que le quedase su *quarta Falcidia*. Pero si sabía de antemano que los legados excedían ese porcentaje del valor neto de la herencia, y, a pesar de esto, los entregó, se consideraba que el exceso del setenta y cinco por ciento de la herencia fue una donación, no revocable mediante una *condictio indebiti*. Eventualmente, procedería en tal caso, para ayudar al heredero arrepentido, la *replicatio legis Cinciae*.²⁴⁵

Si alguien pagaba por error una deuda, antes de su vencimiento, tampoco procedía esta acción, ya que en tal caso se pagó un *debitum* y no un *indebitum*. Ya hemos visto que tampoco servía dicha acción, si alguien pagaba una obligación natural, pensando que era civil.

²⁴⁰ *Nam hoc natura aequum est, neminem alterius detrimento fieri locupletiores* (D. 12. 6. 14).

²⁴¹ D. 12. 6. 3.

²⁴² D. 12. 6. 26. 12.

²⁴³ O sea, *quanto locupletior factus est*; esta idea sobrevive en varias legislaciones modernas (véase C. C. alemán, art. 818 y sigs.).

²⁴⁴ D. 50. 17. 53.

²⁴⁵ Elabórese un ejemplo.

b) *Condictio ob turpem causam*. En el caso de esta acción, el actor entregaba al demandado algún valor, a fin de que no cometiera un delito o para que cumpliera un deber jurídico preexistente (como en el caso del juez que acepta una gratificación para dictar una sentencia justa). Cuando la entrega se hacía para obtener una contraprestación inmoral o contraria al derecho, el que la entregó no podía servirse de esta acción, ya que *ambos*, él y la persona que la recibió, se comportaron indignamente. En tales asuntos, el pretor no ayudaba a quitar algo a uno y dárselo a otro: *in pari turpitudine, melior est causa possidentis*.²⁴⁶

El derecho moderno no está de acuerdo con esta última solución y permite, en el citado supuesto, la recuperación de una mitad, destinándose la otra a la beneficencia pública.²⁴⁷

c) *Condictio causa data causa non secuta*. Ya hemos hablado de esta acción, al tratar de los contratos innominados.²⁴⁸

d) *Condictio sine causa*. Los casos que el *Corpus iuris* presenta con este nombre no son muy homogéneos. El de D.12.7.2 parece indicar que se trataba de entregas, justificadas en el momento mismo en que se efectuaban, pero que por acontecimientos posteriores daban lugar a un enriquecimiento ilegítimo.²⁴⁹

3. *La Lex Rhodia de iactu*. Según esta ley, la pérdida que sufrían los propietarios de mercancías, arrojadas de un barco para salvar éste, debía repartirse entre todos los interesados, en proporción a su interés. El principio podía dar lugar a diversas complicaciones.²⁵⁰

También procedía este principio si, para salvar la mercancía, se había trasbordado a diversas embarcaciones, de las cuales una parte se hubiera hundido; pero no se debía aplicar el principio de la *Lex Rhodia*, por analogía, fuera del comercio marítimo o fluvial.²⁵¹

230. CUASIDELITOS. Si pudimos indicar una diferencia entre contratos y cuasicontratos, no es posible hacer lo mismo con los delitos y cuasi-

²⁴⁶ Variación del principio general de D. 50. 17. 128.

²⁴⁷ Art. 1895 del Código Civil.

²⁴⁸ Un interesante caso: D. 12. 4. 1. 1. Cumpliendo con una condición testamentaria, A da algo a B. Luego repudia la herencia y puede recuperar lo donado mediante esta *condictio*.

²⁴⁹ Veamos un ejemplo. Un tintorero pierde la ropa que se le ha confiado; paga la indemnización y, posteriormente, encuentra dicha ropa. En el momento del pago, hubo una causa justa, que desapareció al encontrarse la ropa, de manera que surgió un caso de enriquecimiento ilegítimo. Sin embargo, para otros casos en que la causa desaparece *a posteriori*, encontramos la *condictio ob causam finitam*. La delimitación de los campos de aplicación de estas diversas *condictiones* y su desenvolvimiento histórico, son materia de controversia.

²⁵⁰ Remito al estudiante curioso al título D. 14. 2, antecedente directo del art. 886 y siguientes del Código de Comercio, y al título IV de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (avería gruesa o común).

²⁵¹ Por ejemplo, se declaró indebida su aplicación en el caso del asalto de un transporte de correos, en que una parte de los paquetes se salvó porque el conductor se arregló con los bandidos, sacrificando inmediatamente un envío de dinero. DERNBURG-SOKOLOWSKY, *System*, 8ª ed., pág. 793, nota 14.

delitos. Aunque grandes romanistas, como Bonfante y Albertario, buscan el criterio de distinción en el carácter doloso o culpable del acto, los textos mismos no siempre corresponden a esta solución, como veremos. El pretor extendió a actos culpables la acción por el delito del *damnum iniuria datum*, y, por otra parte, el cuasidelito de dictar una sentencia injusta puede ser una manifestación de *dolus malus*, como señala D.5.1.15.

Otros (Buckland, por ejemplo) consideran que los cuasidelitos implican una responsabilidad por actos culpables ajenos, una teoría dentro de la cual cabe, efectivamente, el caso del *habitor* de la casa de cuya ventana cae algún objeto, o el caso del hotelero que responde por robos cometidos en su hotel si no se encuentra al culpable; sin embargo, el "juez que hace suyo el litigio" responde por un acto culpable propio.

También es posible que los compiladores, con su sentido de simetría y su amor al número cuatro, quisieran crear una figura simétrica a la de los cuasicontratos, y llenaran la nueva categoría con figuras que, a pesar de su íntima relación con los actos ilícitos, habían quedado flotando fuera de la lista tradicional de los delitos. Así, no es sorprendente que no logremos encontrar el elemento común de las cuatro figuras mencionadas en *Inst.* IV.5 y D.44.7.5. Estas son las siguientes:

1. *Effusum et deiectum*. Cuando un líquido arrojado (*effusum*) o un objeto sólido caído (*deiectum*) desde un edificio sobre la vía pública causaba algún daño, el habitante principal del edificio respondía por el doble del valor del daño causado²⁵² (siempre que no se lograra determinar quién había sido el culpable, en cuyo caso se aplicaba la *Lex Aquilia*).

2. *Positum vel suspensum*. Cuando se ha colocado (*positum*)²⁵³ o colgado (*suspensum*) sobre la vía pública un objeto que podría causar un daño, cualquier ciudadano podía denunciar el peligro y recibía entonces, en recompensa, una multa privada de diez mil sestercios.

3. *El juez que "hacia suyo el litigio", dictando una sentencia injusta*. D.5.1.15 sugiere que en este cuasidelito el juez obró de mala fe, pero otros lugares del *Digesto*²⁵⁴ y de la *Instituta* admiten que la sentencia podía ser también resultado de su ignorancia. Es posible que, originalmente, este cuasidelito se basaba en la culpa (*imperitia*) del juez, y que esta figura, una vez establecida, se extendió luego al caso de dolo judicial. En tal caso, Bonfante y Albertario tendrían razón en que, inicialmente, la diferencia entre delitos y cuasidelitos haya tenido sus raíces en la diferencia entre dolo y culpa. Es verdad que el *delito* de la *Lex Aquilia* también se extendió a casos de *culpa*, pero (como hemos visto) esta extensión es un producto posterior de la actividad pretoria. Por lo tanto, las innovaciones pretorias en relación con el "juez que hace suya la *litis*" y con el *damnum*

²⁵² Cfr. art. 1933 del Código Civil.

²⁵³ En tiempos clásicos, las calles de Roma estaban tan atestadas que, de día, no podía permitirse el uso de vehículos.

²⁵⁴ D. 50. 13. 6.

iniuria datum de la *Lex Aquilia*, habrán quizá borrado la sencilla línea divisoria original entre delitos y cuasidelitos.

Una particularidad de este cuasidelito es que no se modificaba la sentencia, sino que se condenaba al juez a una indemnización.²⁵⁵

4. *Robos y daños sufridos en naves, hoteles y establos*.²⁵⁶ Aquí debemos distinguir varias posibilidades. Si el culpable resultaba ser esclavo del hotelero, barquero o propietario del establo, a su dueño le correspondía pagar la indemnización, más la eventual multa privada, pudiendo, empero, optar por el abandono noxal. En cambio, si el culpable era un empleado libre, el patrón respondía eventualmente con fundamento en la *Lex Aquilia*, por haber seleccionado torpemente a su personal (*culpa in eligendo*). Pero si no había base para aplicar la *Lex Aquilia*, entonces el culpable mismo respondía. Si, en tal caso, no se le encontraba o resultaba ser insolvente, el propietario del hotel, barco o establo respondía del doble del daño sufrido, no por haber cometido un delito, sino por el cuasidelito de que uno de sus clientes había sufrido un daño en su hotel, barco o establo, que no podía reclamar a ninguna otra persona.

De esta variada colección de casos, algunos han pasado, en el derecho europeo posterior, al campo de los delitos públicos,²⁵⁷ mientras que otros encuentran actualmente su lugar en el derecho civil.²⁵⁸ De todos modos, ninguna de las correspondientes figuras modernas da motivo ya a una multa privada en beneficio de la víctima o del denunciante.

231. OTRAS FUENTES. Además de los contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos, merecen mención, como posibles fuentes de obligaciones:

- a) La ley en forma directa.
- b) La *pollicitatio* y el *votum*.
- c) La sentencia.

La ley en forma *indirecta* era, desde luego, fuente de cualquier obligación jurídica. También las obligaciones nacidas de contratos, por ejemplo, sólo llegaban a existir porque la ley determinaba que de ciertos contratos surgían determinadas obligaciones. Pero, a veces, las obligaciones nacían de la ley en forma *directa*, sin que la actuación humana hubiera puesto en movimiento la norma legal. Así, el simple hecho de ser vecinos *A* y *B* crea ciertas obligaciones recíprocas que algunos autores han calificado de "servidumbres legales" (término criticable, ya que se reclaman, no mediante la *actio confessoria*, sino mediante la *negatoria*). También el mero hecho de poseer un testamento exponía a ser constreñido a exhibirlo por una *actio ad exhibendum*. Y así podríamos encontrar más ejemplos. Ya

²⁵⁵ Cfr. el actual recurso de responsabilidad de los artículos 728 y siguientes del Código de Proc. Civ. del D. F.

²⁵⁶ Cfr. art. 1925 del Código Civil.

²⁵⁷ Dolo del juez.

²⁵⁸ Objetos caídos de ventanas, art. 1933 del Código Civil. Daño causado por empleados, art. 1924 del Código Civil.

hemos mencionado que es difícil separar esta fuente de obligaciones, de los cuasicontratos.

En cuanto a la promesa unilateral, tenía un campo muy limitado en el derecho romano. Sólo valía como tal, en aquel derecho, la promesa hecha al Estado y al municipio (*pollicitatio*) o a un templo (*votum*). En tales casos, tenía la característica de que, aunque no se hubiera aceptado, de todos modos daba nacimiento a una obligación. El derecho moderno ha ampliado esta figura, hasta llegar a la oferta hecha al público, la cual produce deberes a cargo del promitente por simple declaración unilateral de la voluntad.²⁵⁹

La sentencia también era fuente de obligaciones. Esto es más claro en el caso de la sentencia injusta, que hace surgir obligaciones "de la nada", pero también la sentencia justa, por su carácter monetario, podía tener un contenido muy distinto de la original obligación que dio lugar al litigio en cuestión.

232. EPÍLOGO PROCESAL. Sin ambiciones de establecer al respecto una lista completa, terminaremos este capítulo mediante un rápido repaso de las principales acciones, a las que la violación de los derechos personales pudo dar lugar. Recuérdese al respecto que el derecho romano adoptaba el principio de la especialidad de la acción, de acuerdo con el cual las violaciones de los derechos subjetivos fueron distribuidas entre diversos casos típicos, y para cada tipo procedía otra acción especial. En cambio, en los sistemas modernos hallamos unas pocas acciones de carácter general, que proceden para corregir toda clase de violaciones de derechos subjetivos. La acción romana es como una llave que sólo sirve para una cerradura determinada; la acción moderna, como una "llave maestra".

Recuérdese también que encontramos una transición interesante entre el principio romano clásico y el mencionado principio moderno, en la *actio praescriptis verbis* y en la *condictio causa data causa non secuta*.

Las acciones personales que pueden nacer de la violación de los derechos, tratados en este capítulo, pueden ser acciones del *ius civile* y del *ius honorarium*.

a) *Acciones personales civiles*. Para la protección de los derechos personales del *ius civile*, se crearon, entre otras, las siguientes acciones:

1. La *actio ex stipulatu*, que daba eficacia a facultades derivadas de la *stipulatio*.

2. La *actio auctoritatis*, por la que se reclamaba el doble del precio de un objeto recibido por *mancipatio* y luego perdido a causa de una evicción.

3. La *actio de modo agri* también relacionada con la compraventa, y que procedía contra el vendedor que hubiera vendido un terreno de extensión menor a la declarada.

4. La *actio furti nec manifesti*, por el doble del valor del objeto robado, una acción *poenae persecutoria* (que podía combinarse con una *reivindicatio* o con la *actio publiciana*). También la *actio furti concepti* y *furti oblati* por tres veces el valor de lo robado, por su origen en las XII Tablas (8.15), deben considerarse como acciones personales civiles.

5. La *actio ex testamento*, por la que el legatario reclamaba del heredero la entrega de un legado *per damnationem* (¿por qué no procedía para reclamar un legado *per vindicationem*?).

6. La *actio de rationibus distrahendis*, por la cual el pupilo o su representante reclamaba al tutor deshonrado el doble del valor de lo que éste hubiera sustraído al patrimonio del pupilo.

7. La *actio legis Aquiliae*, por la cual se reclamaba el *damnum iniuria datum*, una acción general creada unos siglos antes de Cristo, cuyos antecedentes eran la *actio de pauperie* (por daño causado por cierto animales), la *actio de pastu pecoris* (por daños causados por pastoreo en terrenos ajenos) y la *actio arborum furtim caesarum* (por daño, consistente en la tala de árboles ajenos). Esta acción llegó a ser muy importante en su forma pretoria, de la *actio legis Aquiliae utilis*, cuyo alcance hemos estudiado.

8. Las acciones *commodati* (directa y contraria), *ex mutuo*, *depositi* (directa y contraria), *pignoratitia* (directa y contraria), *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti*, *mandati* (directa y contraria) y *pro socio*; aunque no previstas en las XII Tablas, pertenecían al *ius civile*, ya que fueron elaboradas por los *iurisprudentes*, no por los pretores, ediles o gobernadores provinciales.

b) *Acciones personales honorarias*. Entre las numerosas acciones personales, creadas por los magistrados, los cuales crearon o perfilaron mediante ellas importantes derechos subjetivos, mencionaremos las siguientes:

1. La *actio quanti minoris*, también llamada *actio aestimatoria*, ya explicada en relación con la compraventa.

2. La *actio redhibitoria*, también explicada en relación con la compraventa.

3. La *actio Pauliana*, explicada en relación con los delitos privados.

4. La *actio de dolo*, también explicada en relación con los delitos privados.

5. La *actio quod metus causa*, explicada en relación con las acciones *in rem scriptae* y con los delitos privados.

6. La *actio rei uxoriae*, por la cual la esposa reclamaba la devolución de su dote, después de la disolución del matrimonio, acción que llevaba a una *condemnatio* con *beneficium competentiae*.

7. Las diversas acciones *adjectitiae qualitatis*, dirigidas contra el *paterfamilias* del *filiusfamilias* o esclavo con quien el actor hubiera celebrado un negocio. En la fórmula de estas acciones encontramos, desde luego, una trasposición de personas. Casos especiales, al respecto, son la *actio de in rem verso*, dirigida contra el *paterfamilias* por terceros que reclamaban el resultado de negocios, celebrados por *filiifamilias* y esclavos de aquél, hasta

²⁵⁹ Art. 1860 y siguientes del Código Civil.

por el enriquecimiento obtenido; y la *actio de peculio*, en caso de negocios celebrados en relación con algún peculio, por *filiifamilias* o esclavos, y cuyo monto debía limitarse al valor de la inversión que el *paterfamilias* había hecho en el peculio en cuestión, y la *actio quod iussu*, en caso de negocios celebrados por *filiifamilias* y esclavos por instrucciones expresas del *paterfamilias*.

8. La *actio de eo quod certo loco*. Ya hemos visto que una acción, cuya *intentio* mencionaba una determinada cantidad de dinero, generalmente daba lugar a una *condemnatio* por la misma cantidad, lo cual era injusto en caso de que el dinero se debiera, por ejemplo, en Sicilia y el proceso se tramitara en Roma (o sea, el lugar donde el demandado estuviera domiciliado). Como podía suceder que el acreedor necesitase el dinero en el lugar convenido (Sicilia), y como los gastos y riesgos del transporte eran considerables, podía ocurrir que el actor prefiriese, no la *condictio ex mutuo* o la *actio ex stipulatu* o la *actio venditi*, etc., del *ius civile*, sino esta *actio de eo quod certo loco*, del derecho honorario, ya que esta acción permitía al juez condenar a una cantidad superior a la indicada en la *intentio*, teniendo en cuenta el interés que tenía el actor de poder disponer del dinero en el lugar convenido (y no en el lugar del juicio); este interés podía ser superior a la simple suma de dinero mencionada en la *intentio*.

9. Las *actiones exercitoria, institoria y quasi-institoria*, mencionadas en relación con la representación jurídica.

CAPITULO VIII

LAS SUCESIONES

233. OBSERVACIONES GENERALES. En este capítulo expondremos las normas, según las cuales, en el derecho romano, los vivos suceden en la situación jurídica de los difuntos.

Teóricamente, sería posible un sistema jurídico en el cual con la muerte acabaran todos los derechos del difunto; y, efectivamente, esta situación la encontramos parcialmente realizada: los derechos que tenía el difunto en calidad de marido, de padre o de tutor, así como sus derechos políticos, se extinguen definitivamente, sin transmitirse a otra persona. También sus calidades de usufructuario, de mandatario, de socio, de obrero o de titular de un contrato de hospedaje cesan, al igual que sus rentas vitalicias.

Sin embargo, muchos otros derechos —tales como el de la propiedad y los derechos de crédito— sobreviven a sus titulares originales y se pasan a otros, a sus "sucesores". Precisamente, el hecho de que determinados derechos tienen esta capacidad de sobrevivir, les da su especial valor para el individuo. Gracias a esta circunstancia, muchas personas trabajan y ahorran, mientras que sin ella quizás hubieran preferido una vida de pereza y derroche. Además, el crédito, base de una vida económica desarrollada, no sería posible si las deudas se extinguieran en el momento de la muerte de los deudores; y no sería fácil encontrar sucesores de las deudas, si éstos no pudieran al mismo tiempo suceder en los derechos patrimoniales.

Las normas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el derecho de familia. Es precisamente en esta materia sucesoria donde podemos observar importantes cambios del derecho familiar, como la transición de la *agnatio* a la *cognatio*. Sin embargo, el derecho sucesorio no debe considerarse como parte del derecho de familia; no es indispensable que los herederos, legatarios o fideicomisarios sean parientes del difunto.

Observemos aquí también que, si el sistema jurídico en general es una estructura cultural dotada de cierta inercia, especialmente el derecho sucesorio, por esta íntima relación con el sistema familiar, es un sector que sólo con tardanza se adapta a nuevas ideologías, mostrando una lentitud evolutiva mucho mayor de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho de obligaciones.

Con una ambigüedad terminológica nada rara en nuestra ciencia, utilizamos la palabra "sucesión" en dos sentidos distintos; en primer lugar, para designar la trasmisión de un patrimonio *inter vivos* o *mortis causa*; y, en segundo lugar, para indicar el patrimonio mismo que se trasmite.

En este capítulo utilizaremos el término en su primera acepción, limitándonos a transmisiones *mortis causa*. Estas pertenecen, típicamente, a la categoría de las transmisiones universales: un conjunto de bienes materiales, créditos y deudas pasa "en bloque" de un titular a otro, con excepción de algunos derechos y deberes de carácter personalísimo, como las facultades derivadas del derecho de familia, algunos derechos reales (usufructo, uso, habitación), algunas acciones (acción por difamación), derechos y deberes que se extinguen por confusión, futuros derechos que podrán derivarse de previos contratos de mandato o de sociedad, etc.

Observemos aquí que, en su origen, la sucesión romana no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial.

El tema de las sucesiones tiene un especial interés en el derecho romano por las siguientes consideraciones:

a) Desde el punto de vista de la sociología jurídica, por ser precisamente aquí donde notamos con toda claridad la influencia que en el derecho tuvo la metafísica popular y el cambio de aquél en el curso de mil trescientos años, concomitantemente con el cambio de ésta.

b) Desde el punto de vista jurídico, por permitírse nos, precisamente aquí, observar de un modo claro cómo el pretor interviene en el *ius civile*, "ayudando, completando y corrigiendo"; por encontramos aquí, además, importantes antecedentes del derecho actual; y, por último, precisamente en relación con esta materia, por presentarnos el *Digesto* una serie de problemas dogmáticos que no pueden dejar de apasionar a cualquier persona con vocación de jurista.

El derecho romano nos ofrecía tres tipos de sucesión. La "más débil" era la vía legítima; la vía testamentaria era más fuerte que la legítima, ya que ésta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la más fuerte era la vía oficiosa, ya que ésta corregía inclusive la repartición prevista por un testamento. La vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse simultáneamente a una sola sucesión, según el sistema romano, salvo algunas excepciones.¹

Aquí encontramos de nuevo el afán de sencillez del derecho preclásico, que sobrevive en el mundo clásico y postclásico; junto a principios como: *para cada reclamación, una sola acción; para cada deber, un solo negocio*; ² *"pacta adiecta ex intervallo" no deben modificar una relación jurídica, etc.*,

¹ D. 50. 17. 7 dice al respecto que *ius nostrum non patitur eundem et testato et intestato decessisse*.

² Cfr. la compraventa preclásica mediante *stipulationes* recíprocas.

encontramos aquí otra máxima imbuida del mismo espíritu: *para cada sucesión, una sola vía*.

Sin embargo, poco a poco se fueron permitiendo excepciones a este principio. Primero, se autorizó al soldado que hiciera un testamento sólo por una parte de su patrimonio, distribuyéndose el resto de acuerdo con la vía legítima. Otra importante —y justificada— excepción se presenta en el siguiente caso: si el pretor anulaba un testamento a causa de preterición,³ de todos modos conservaba en vigor algunas disposiciones testamentarias —como legados a favor de la viuda y desheredaciones— mientras que por lo demás se repartía la sucesión por vía legítima.

El derecho moderno ha abandonado el citado principio romano.⁴

En cambio, la vía oficiosa y la testamentaria no se excluían recíprocamente. Es verdad que la querrela *inofficiosi testamenti*, que pronto conoceremos, anulaba el testamento, de manera que la sucesión en cuestión se repartía por vía legítima, pero la *actio ad supplendam legitimam*, creación postclásica, se limitaba a corregir algunas injusticias cometidas por el testador, permitiendo que las demás disposiciones testamentarias conservaran su validez.

234. SUCESIÓN POR VÍA LEGÍTIMA SEGÚN LAS DOCE TABLAS. Esta vía era la procedente cuando no había testamento o, en caso de que lo hubiera, no tenía validez o el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia, sin haberse previsto un sustituto en el testamento. En tales casos, se abría la sucesión por vía legítima. A falta de testamento, la ley prescribía cómo debía repartirse el patrimonio del difunto.

Desde las XII Tablas, el *ius civile* preveía que, por vía legítima, la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

1. En primer lugar a los *heredes sui*: "herederos de sí mismos", es decir, a los que se volvían *sui iuris* por la muerte del autor de la herencia, o sea, del *de cuius* (expresión abreviada de *de cuius successione agitur*, o sea: "la persona de cuya herencia se trata"). Son, por tanto, los hijos del difunto, salvo los emancipados que ya eran *sui iuris*; los nietos del difunto, en caso de muerte previa del padre de ellos; y también los póstumos, siempre que hubieran nacido dentro de los trescientos días, contados a partir de la muerte del *de cuius*.

La herencia se reparte por cabezas, si todos los herederos son del primer grado; si son de grados distintos, se reparte por estirpes; y, dentro de cada estirpe, por cabeza.

El término de *heredes sui* no deja de ser un poco extraño; en realidad, sugiere la existencia de una copropiedad familiar. Ya antes de la muerte del *paterfamilias*, los hijos eran en realidad copropietarios, aunque en forma eventual. Gayo, quien escribe en una época en que tales sentimientos

³ Véase el párrafo 246.

⁴ Cfr. art. 1283 del Código Civil.

jurídicos estaban todavía más vivos que en tiempos de Justiniano, dice que los *heredes sui* ya podían considerarse, en vida del padre, *quodammodo domini*.⁵

Por la muerte del *de cuius*, los *heredes sui* llegan a tener la titularidad manifiesta de un patrimonio, del cual ya eran titulares en forma sólo latente: son "herederos de sí mismos".

El derecho germánico expresa la misma idea en la fórmula plástica de que "el muerto abre los ojos a los vivos". Una consecuencia de esta latente copropiedad familiar es que los *heredes sui* no pueden repudiar la herencia, aunque esté sobrecargada de deudas. Esto es lógico. En cierto sentido, se trata de deudas de ellos mismos, a las cuales no deben sustraerse. Posteriormente, cuando este antiguo sentimiento jurídico respecto de la copropiedad familiar ya va desapareciendo, el pretor comienza a conceder a los *heredes sui* el derecho de repudiar expresamente la herencia; he aquí otro ejemplo de cómo el *ius honorarium* corrige el *ius civile*.

Era frecuente dejar la herencia en forma indivisa a la disposición de los *heredes sui*, que formaban así un *consortium*. Sin embargo, esta cotitularidad respecto de la herencia era fuente de posibles litigios y fricciones, y el derecho romano permitió que esta figura indeseable desapareciera por iniciativa de cualquiera de los coherederos. Cada uno de éstos podía exigir la división, mediante la *actio familiae herciscundae*, para la cual no se exigía —ni se exige en la actualidad— mayoría de coherederos.

Desde luego las mujeres no podían tener *heredes sui*, pero sí podían pertenecer a la categoría de los *heredes sui*.

2. A falta de *heredes sui*, la herencia se ofrecía a los agnados, es decir, a los parientes por línea masculina. Las personas unidas al *de cuius* por vía femenina no contaban para la sucesión legítima del *ius civile*, ni siquiera los más cercanos. Un agnado de décimo grado podía recibir la herencia por vía legítima, pero un hijo no podía recibir por esa misma vía la herencia de su propia madre, siempre que ella no se hubiera convertido en agnada de sus hijos, mediante una *conventio in manum*.⁶

Las mujeres, en caso de ser agnadas del *de cuius*, debían tener con el difunto un parentesco de cuando más dos grados. Desde la *Lex Voconia*, de 169 a. de J. C., se prefería, por tanto, al agnado de décimo grado sobre la agnada de tercer grado.

Tratándose de agnados, no se repartía la herencia por estirpes; se ofrecía simplemente al agnado o a los agnados de grado más cercano, repartiéndola por cabezas, en caso de encontrarse varios agnados dentro del mismo grado. Si uno de ellos rechazaba la herencia, los demás obtenían porciones mayores; y, si todos la repudiaban, no se ofrecía la herencia a los agnados del próximo grado, sino que se declaraba que ningún agnado tenía derecho a la herencia y se ofrecía ésta a la *gens*.

⁵ II. 157. Véase también D. 28. 2. 11.

⁶ Por la *conventio in manum* la esposa llegaba a ser —jurídicamente hablando— "una hija de su marido" y, por tanto, hermana y agnada de sus hijos.

3. La *gens*. No sabemos exactamente si esta organización tenía bienes propios. Si era así, las sucesiones de sus miembros, a falta de herederos testamentarios, *heredes sui* y agnados, o en caso de repudiación por los agnados más cercanos, deben haber entrado en el patrimonio gentilicio.

Actualmente se cree, empero, que no era la *gens*, como tal, la que heredaba sino más bien los miembros individuales de la *gens* que tenían un derecho de *occupatio*. De todos modos, por la creciente influencia de la *civitas*, la *gens* decae en los últimos siglos republicanos, y este privilegio sucesorio de la *gens* o de sus miembros desaparece al comienzo de la época imperial, como se ve en Gayo.

En cuanto al liberto, podía tener *heredes sui*, pero ¿podía tener agnados por línea ascendente o colateral? Como las relaciones de parentesco anteriores a la manumisión no tenían validez para efectos de la sucesión legítima, a falta de *heredes sui*, sucedía el manumitente o los herederos de éste (recuérdese el derecho a los *bona*, como parte de los *iura patronatus*).⁷ Lo anterior tenía gran importancia práctica, ya que la nutrida clase de los *latini iuniani* no tenía la capacidad de hacer testamento.

235. LA VÍA LEGÍTIMA EN EL DERECHO PRETORIO. El sistema del *ius civile* para la sucesión legítima no satisfizo cuando la antigua ideología religiosa, que era la base de la agnación, comenzó a perder vigor. Paulatinamente, la conciencia jurídica popular empezó a exigir que la sucesión legítima se inspirara en el presunto afecto que domina las relaciones familiares, y que se concedieran derechos a los parientes por vía femenina, al hijo emancipado o la madre que no se hubiera casado *cum manu* y a la viuda *sine manu*.

También comenzó a considerarse injusta la prohibición de la sucesión de grados en materia de agnación, es decir, el hecho de que, en caso de repudiación de una herencia por los agnados del grado más cercano, ésta se ofreciera inmediatamente a la *gens*, en vez de ser ofrecida al grado siguiente entre los agnados.

Como sucede habitualmente, el pretor se hizo intérprete de estas quejas contra el *ius civile* e intervino, no cambiándolo —cosa que no podía hacer, ya que no era legislador, ni quería tampoco, pues el romano era tradicionalista—, sino construyendo, paralelamente al *ius civile*, instituciones jurídicas más equitativas. Estas encontraban su fundamento, no en alguna ley, sino en las acciones y excepciones que el pretor concedía para dar eficacia procesal a las figuras jurídicas por él ideadas. Esta segunda corriente del derecho sucesorio ya había cristalizado en tiempos de Cicerón. Se sirve de una terminología propia, por respeto al sistema sucesorio del *ius civile*. Así, en vez de la herencia y del "heredero" del *ius civile*, el pretor crea las instituciones de la *bonorum possessio* y del *bonorum possessor*, más en armonía con la conciencia jurídica de una época ulterior y provistas de mayor eficacia procesal que la *hereditas* o el *heres*.

⁷ Véase el párrafo 65.

Estas dos corrientes —la del *ius civile* con su *hereditas* y la del derecho honorario con su *bonorum possessio*— se fusionaron en tiempos de Justiniano.

El pretor se declaraba dispuesto a entregar, por orden de preferencia, la *bonorum possessio* a las siguientes categorías de personas:

1. Los *liberi* (hijos). Esta categoría corresponde a los antiguos *heredes sui*, pero comprende, además, a los emancipados, puesto que la emancipación ya no era un castigo, como antes, sino un favor que se hacía a un hijo que quería tener la libertad de trabajar por cuenta propia; el pretor consideraba que no debía excluirse de la sucesión legítima a los emancipados.

Se presenta aquí una pequeña complicación. Si se emancipaba a un hijo, pero los hijos de éste quedaban bajo la *potestas* de su abuelo, entonces, por la muerte de éste, los nietos se volvían *sui iuris*. Si entonces se ofrecía también al padre de los nietos una participación en la herencia, los hijos no emancipados del difunto sufrían un perjuicio.⁸ Este inconveniente de la solución pretoria desapareció cuando Salvio Juliano, el compilador del *Edicto de Adriano*, insertó en dicho edicto la disposición de que, en tal caso, el hijo emancipado y sus hijos recibirían juntos una sola porción, igual a la que recibirían los hijos no emancipados del *de cuius*, la cual se repartiría entonces por partes iguales entre el emancipado y sus hijos en conjunto.⁹

2. Los *legitimi*. Este grupo comprendía a todos los que podían recibir la herencia por vía legítima, de acuerdo con el *ius civile*, pero como la categoría de los *heredes sui* ya estaba absorbida por los *liberi*, y como la *gens* no podía recibir herencias por vía legítima, en la época de florecimiento del derecho pretorio, este grupo de los *legitimi* correspondía prácticamente al de los agnados a que hemos aludido en relación con la vía legítima del *ius civile*. De nuevo se prohibía la sucesión de grados, en relación con este grupo, pero esta circunstancia ya no fue un inconveniente, como lo había sido en el sistema del *ius civile*. Al contrario, ahora era una ventaja, pues a consecuencia de esta prohibición ocurriría más a menudo que se ofreciera la herencia al próximo grupo, el de los cognados, lo cual constituía un gran progreso.

3. Los *cognados*. He aquí un gran avance. Al fin, la madre *sine manu* tenía una posibilidad, aunque lejana, de recibir *abintestato* la herencia de su propio hijo; al fin, el hijo tenía una posibilidad de heredar a su madre, casada *sine manu*. La falta de una *successio graduum*, después de la repudiación hecha por los agnados del grado más cercano —que tenía en el *ius civile* el efecto desagradable de que la *gens* se quedaba con la herencia— produjo en el derecho honorario precisamente un efecto benéfico. Este derecho de los cognados se limitaba, empero, a seis grados (o siete, en algunos casos).

⁸ Comprueben lo anterior con un ejemplo hipotético.

⁹ D. 37. 8. 1 pr.

4. En último lugar, cuando no había ningún heredero legítimo dentro de las categorías (*ordines*) anteriores, la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo. Este caso suponía, desde luego, la ausencia de una *conventio in manum*; en caso de la *manus*, el viudo no podía recibir una herencia de su esposa, ya que ésta no podía tener un patrimonio propio; y la viuda *cum manu* recibía, de todos modos, una porción de la herencia del marido, por tener la posición jurídica de una hija.

De estos cuatro *ordines*, el pretor prefería el primero; sólo cuando allí no encontraba herederos, pasaba al segundo, etc., lo que se denomina *successio ordinum*.

Dentro de la primera categoría, se repartía por cabezas, si todos los *liberi* eran del primer grado; y por stirpes —y luego, dentro de cada grado, por cabezas— si los *liberi* eran de grados diferentes.

Dentro de los *ordines* de *legitimi* y *cognati*, se buscaban primeros los grados más cercanos, subiendo hasta los grados más lejanos (*successio graduum*) hasta encontrar un heredero. Aquí hallamos —como acabamos de ver—, la particularidad de que, si un heredero legítimo repudia la herencia, y no hay otros herederos dentro del mismo grado, los grados más lejanos quedan excluidos, de manera que se pasa a la *successio ordinum*, en vez de continuar con la *successio graduum*.

Observemos también que, en materia de *legitimi* y *cognati*, se detenía uno en el grado que primero ofreciera un heredero o varios herederos. Dentro de este grado se repartía por cabezas, y, como todos los herederos en cuestión eran del mismo grado, no intervenía aquí la repartición por stirpes.

Esta intervención del pretor mejoró bastante el sistema de la sucesión por vía legítima. Sin embargo, el sistema pretorio tenía también sus defectos. En primer lugar, la sucesión legítima entre madre e hijos, o viceversa, se realizaba sólo cuando el difunto no tenía *legitimi* (agnados) o cuando los agnados dentro del grado más cercano se negaban a aceptar la herencia, de manera que se presentaban todavía casos —y frecuentemente— en que un agnado de grado relativamente lejano era preferido a los propios hijos o a la propia madre. También parece un poco injusta la desfavorable posición de la viuda o del viudo.

236. CORRECCIONES DE LA VÍA LEGÍTIMA DURANTE LA ÉPOCA IMPERIAL. Veamos ahora qué reformas introdujeron el senado y el emperador en el sistema descrito.

En los primeros siglos de nuestra era, el senado se puso a corregir el defecto máximo del sistema pretorio en relación con la vía legítima, o sea, la desfavorable posición de los hijos respecto de la madre casada *sine manu* y viceversa.¹⁰

¹⁰ En el caso de la madre casada *cum manu*, existía un derecho mutuo a la herencia entre madre e hijos, que se derivaba de una *agnatio* de segundo grado. ¿Por qué?

En tiempos de Adriano, un senadoconsulto Tertuliano dispuso que, a falta de testamento y de *heredes sui* del difunto, se ofreciera la herencia, primero, al padre; luego, a los hermanos; y, si resultare que también éstos faltaban, a la madre conjuntamente con las hermanas. En otras palabras, se excluye a la madre de la categoría de los cognados, para colocarla en una de las primeras filas de *ordo* anterior, de los *legítimi*.¹¹

Poco después, bajo Marco Aurelio, un senadoconsulto Orfitiano introdujo a favor de los hijos, respecto a la herencia materna, un privilegio parecido al que concedía el senadoconsulto Tertuliano a las madres; trasladó a los hijos del grupo de los cognados al primer rango de los *liberi*, considerándolos como si fueran *heredes sui* respecto de su madre.

Como estos senadoconsultos pertenecían a la corriente del *ius civile*, estas medidas significan, desde luego, que la idea de la *cognatio* ya iba penetrando en el derecho quirritario.

Con estos dos senadoconsultos, seguidos luego por una *constitutio Valentiniana* (386) sobre la sucesión de los nietos y una *constitutio Anastasiana* que concedía a hermanos emancipados al menos la mitad de la cuota que correspondía a los no emancipados, mejoró mucho el panorama general de la sucesión por vía legítima. Quedaron todavía los defectos de la desfavorable posición de viudos y viudas, y el hecho de que un agnado lejano podía quitar la herencia a un cognado cercano, siempre que éste no fuera un hijo de la difunta o la madre del *de cuius*. Además, debe reprocharse al sistema su gran complicación: dos corrientes paralelas con sus propias instituciones y soluciones, o sea, dos sistemas coexistentes entre los que se aplicaba el régimen del *ius civile*, mientras algún interesado no pidiera que se pasara al sistema del derecho honorario. Además de este dualismo, encontramos muchas enmiendas parciales; más de lo que resulta de esta breve descripción. Se imponía una simplificación general de la vía legítima.

237. LA VÍA LEGÍTIMA EN EL DERECHO JUSTINIANO. La reforma total, necesaria desde hacía tanto tiempo, vino finalmente en la época del emperador Justiniano, y cristalizó en las *Novellae* 118 (543 d. de J. C.) y 127 (547 d. de J. C.). La base del nuevo sistema es el parentesco moderno por ambas líneas. Como segunda característica, no hay ninguna diferenciación por sexos. Y un tercer rasgo es el hecho de que la *hereditas* y la *bonorum possessio* se equiparan, acabando con el tradicional dualismo en esta materia.

En general, mientras la antigua vía legítima estuvo influida por ideas de copropiedad familiar y un parentesco artificial agnático —y complicada por el famoso dualismo del derecho romano—, la vía legítima del derecho justiniano buscaba, como fundamento, el *afecto* que normalmente existe entre parientes, llegando, empero, a resultados que en casos concretos no armonizaban con las relaciones afectivas que realmente existen.

¹¹ Inst. 3. 3. 2.

Justiniano, unificando y simplificando finalmente esta materia, ofrecía la herencia *ab intestato*, sucesivamente a los siguientes *ordines*:

1. Descendientes (emancipados o no). Dentro de este grupo se repartía por stirpes y dentro de cada grado se repartía por cabezas.

2. Ascendientes y hermanos. Este grupo ofrecía las siguientes particularidades:

a) El ascendiente más cercano excluía el más lejano. La madre del difunto excluía, por tanto, a los abuelos paternos.

b) Si los abuelos eran herederos y había abuelos de ambas líneas, se repartía por stirpes.

c) Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.

d) Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la porción de su padre.

3. Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

4. Los restantes colaterales. Dentro de este *ordo*, el próximo pariente tenía derecho a la herencia, sin que encontremos el sistema de representación, es decir, el sistema por el cual los hijos de un pariente fallecido de algún grado concurrían juntos, como una "estirpe", con los parientes vivos de aquel mismo grado.

5. El viudo o la viuda. Además, si la viuda era pobre y el difunto rico, y si no procedía la entrega de una donación *propter nuptias* como "ganancia de supervivencia", o la devolución de una dote, la viuda recibía el veinticinco por ciento de la herencia, lo cual significaba una infracción al riguroso sistema de *successio ordinum*. En caso de concurrir con hijos del difunto, la viuda recibía sobre esta porción sólo el usufructo y, si concurría con cuatro o más hijos, su porción quedaba reducida a la de cualquiera de los hijos.¹²

Además, Justiniano estableció para la concubina y sus hijos, alimentos o un derecho a una sexta parte de la herencia, según que hubiera concurrencia con hijos legítimos o no.

6. Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante, o sea, los *bona vacantia*, iban al fisco, pero, si se trataba de un soldado, se aprovechaba la legión correspondiente, y, si de un sacerdote, la Iglesia.

Una curiosa disposición, varias veces confirmada en el *Corpus iuris*,¹³ obligaba al fisco, en este último caso, a cumplir con los legados establecidos en el *testamentum destitutum*. Por tanto, se buscaba primero al heredero testamentario; luego, a un heredero legítimo; y, cuando finalmente se ofrecía la herencia al fisco, se daba nuevamente vigor a parte del *testamentum destitutum*. En compensación de su falta de elegancia, lo anterior ofrecía una ventaja: la de no dejar totalmente frustrada la voluntad del testador. Observemos que el moderno derecho mexicano no ha seguido esta idea.

¹² 20%, en caso de cuatro hijos; 16.67%, en caso de cinco, etc.

¹³ Por ejemplo, en D. 30. 96. 1.

En caso de tales herencias vacantes, el fisco gozaba, desde luego, del *ius abstinenti* y, desde Justiniano, del *beneficium inventarii*.

Tenía una gran importancia práctica la cuestión de en qué momento se decidía quiénes eran los herederos legítimos: si a la muerte del *de cuius* o en el momento de la repudiación de la herencia por el heredero testamentario. Por ejemplo, en el momento de la muerte de *A*, éste tiene como próximo pariente un sobrino; cuando, varios meses después, el heredero testamentario de *A* repudia la herencia, resulta que, entre tanto, el sobrino ha muerto dejando una mitad de su patrimonio a un amigo y, la otra, a un hijo. En tal caso, el heredero por vía legítima en el momento de la muerte de *A*, hubiera sido el sobrino; pero, en el momento de la repudiación, el heredero por vía legítima sería el hijo del sobrino. La primera de las apuntadas soluciones nos obligaría a repartir la herencia de *A* entre los dos herederos del sobrino; la segunda, empero, autoriza a entregar la herencia completa de *A* al hijo del sobrino. También desde el punto de vista fiscal, era importante saber si el hijo del sobrino recibía una herencia como próximo pariente o —a través del patrimonio de su difunto padre— como hijo y heredero del próximo pariente. Justiniano resuelve esta duda a favor de la segunda solución.¹⁴ El moderno derecho mexicano no es muy claro al respecto, aunque el artículo 1649 del Código Civil parece oponerse a la solución justiniana.

Con esta meritoria reforma, Justiniano ofreció a la vida jurídica una base para la sucesión legítima, a la cual el derecho moderno tuvo que aportar pocas correcciones. Las principales mejoras realizadas entre tanto por el derecho moderno son:

1. Una posición más favorable para el cónyuge supérstite.
2. La disposición de que los medios hermanos pertenezcan al mismo *ordo* que los hermanos, con la diferencia que sólo reciben el cincuenta por ciento de lo que reciban éstos.
3. La introducción, aún más allá de los hijos de hermanos, del sistema de la representación, en relación con los colaterales.
4. Una limitación de la herencia por vía legítima a un máximo de cuatro grados. Si la justificación del sistema justiniano y moderno era el presunto afecto dentro de la familia, no había por qué tener en cuenta los derechos de un pariente de décimo grado; probablemente, el *de cuius* ignoraba su existencia; con lo cual faltaba allí el argumento del "presunto afecto".

238. EL TESTAMENTO. El testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata, al mismo tiempo, de un acto unilateral.

Notemos, una vez más, que la terminología es imprecisa: *testamentum* no es sólo el acto de testar, sino también el documento en que este acto consta, también llamado *tabulae*.

¹⁴ *Inst.* III. 1. 7.

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable del testamento romano, el *caput et fundamentum testamenti*,¹⁵ la cabeza y la base del testamento. Si la institución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico o no era eficaz —en vista de la repudiación hecha por el heredero, o a causa de la muerte previa del heredero—, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia; en tal caso, eran nulos los legados, fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, designaciones de tutores y curadores, etc.

La definición con que comienza este párrafo, no es válida en el derecho moderno, ya que nosotros también reconocemos como testamento, por ejemplo, una mera lista de legados, sin institución de herederos.¹⁶ En tal caso, el resto de los bienes y de las deudas son por cuenta de los herederos por vía legítima; y, si los legados agotan todos los bienes, los legatarios se reparten las deudas en proporción a los beneficios que hayan recibido, con lo cual se aplica a una situación moderna, tan antirromana, el principio fundamental romano, que ya conocemos, de que *cuius commodum, eius etiam incommodum*.¹⁷

Para comprender la diferencia entre el testamento romano y el moderno, debemos decir algo sobre la figura del heredero antiguo.

Este era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios, simpatías, y de su religión doméstica. A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto, pero esta sucesión patrimonial era sólo una de las consecuencias de la fundamental sucesión en toda la personalidad, y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el *de cuius* mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: ¡la función del heredero era la de actuar, no la de poseer!

Ahora bien, la institución de un heredero distinto de los legítimos o la preferencia por uno de los herederos entre los legítimos, se manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consiste en establecer un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a la libre elección de éste. Todo lo demás era accesorio y servía, en parte, para quitar ventajas materiales al heredero —mediante legados—, a fin de que éste se concentrara en su típica función trascendente. Así, Modestino define el testamento como justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte. No dice, por ejemplo, "... sobre la manera de repartir nuestros bienes, después de nuestra muerte"¹⁸ pues no se trata de esto. Y Ulpiano¹⁹ dice que

¹⁵ GAYO, II. 229.

¹⁶ Art. 1378 del Código Civil.

¹⁷ D. 50. 17. 10.

¹⁸ D. 28. 1. 1.

¹⁹ XX. 1.

el testamento es "una correcta fijación de nuestra mentalidad,²⁰ hecha solemnemente, para que valga después de nuestra muerte". Para que el testamento sea un espejo fiel de nuestra manera de ser, de nuestra personalidad, es también necesario que contenga indicaciones respecto de nuestros ideales, simpatías y antipatías, y así encontramos en Suetonio²¹ y Tácito²² que el romano solía llenar su testamento con *multa et atrocia*, insultos dirigidos a sus enemigos, haciendo de él un monumento de odio. ("¿Quién podrá lastimarme en mi tumba?")

Lo anterior lleva a F. Lassalle a su fórmula de que "el testamento romano es la inmortalidad romana", frase confirmada por Quintiliano cuando dice: *neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem*,²³ no queda otro consuelo de la muerte que la supervivencia de la voluntad.

Como veremos, esta interpretación que Lassalle daba al testamento romano, permite quizás explicar una curiosa pugna entre el heredero, por una parte, y el testador y el legatario, por otra, cuyas diversas fases estudiaremos pronto, y que terminó con el compromiso de la *Lex Falcidia* y el senadoconsulto Pegasiano.

Este concepto original del testamento romano encontraba su base en antiguas ideas metafísicas populares. Desde las guerras púnicas, con la internacionalización de Roma, comenzó a cambiar este concepto, ante la decadencia de las ideas heredadas de la Roma arcaica. Paulatinamente, el testamento se convirtió en una base para el reparto de un patrimonio, nada más, y, por tanto, la función del heredero se asimiló a la función del legatario, en un largo proceso que en nuestra época ha llegado a su fin.

Nosotros ya no ligamos la eficacia del testamento a la aceptación de su papel por el heredero. Aunque éste repudie la herencia, los legados mencionados en el testamento pueden entregarse, y si los legados agotan los bienes de la herencia o no dejan lo suficiente para cubrir las deudas del difunto, los legatarios responden, proporcionalmente, de estas deudas, en cuyo caso el *legado* da lugar a una trasmisión a título *universal* (algo que el jurista romano hubiera considerado una monstruosidad).

Así, el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria, y, al mismo tiempo, su función se redujo paulatinamente a los aspectos *patrimoniales*; mientras que, originalmente, la sucesión patrimonial se relacionaba en particular con la figura del legatario. Finalmente —lo repetimos—, en el derecho moderno, la posición del legatario se acerca a menudo a la posición original del heredero, pues puede suceder que el legatario reciba una parte alícuota de un patrimonio mediante una trasmisión a título universal.

Originalmente, el testamento debía contener la voluntad personal del

²⁰ *Mentis nostrae iusta contestatio.*

²¹ Aug. 100. 56.

²² An. VI. 38.

²³ *Inst. Or. X. 308.*

testador; el obediente marido que designara heredero a Tito, siempre y cuando su futura viuda estuviera de acuerdo, haría un testamento inválido. Sin embargo, ante la posibilidad de condiciones suspensivas, por las cuales la institución del heredero dependiera de actos de terceros ("Tito será heredero, en el caso de que mi viuda volviera a casarse"), se creaba una zona de transición entre la mencionada invalidez y la validez plena. Tales zonas de transición van contra el principio de la seguridad jurídica. Especialmente en materia de testamentos, debe constar claramente y de antemano qué es válido y qué no; pues, en caso de invalidez, no se puede resucitar al testador para que rehaga su testamento. Ulpiano decide finalmente que es válida la institución hecha a reserva de la aprobación por parte de terceros.²⁴ Estamos aquí ante un delicado problema legislativo. El derecho alemán moderno ha regresado al principio original disponiendo que la validez de la institución de un heredero no debe depender de un tercero. El derecho mexicano adopta la misma posición,²⁵ completa de manera acertada el sistema respectivo y elimina el peligro de que un tercero frustrara el beneficio concedido por algún testamento, negando su colaboración en el cumplimiento de una condición suspensiva.²⁶

El testamento romano era una institución sorprendentemente antigua. Ya las XII Tablas nos hablan de él. El texto en cuestión, transmitido con algunas variantes por distintos autores, ha sido probablemente: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (o sea, las disposiciones testamentarias sobre *pecunia* o la tutela, deben ser observadas). Como se ve, aunque la palabra latina para designar el patrimonio era *familia*, esta disposición sólo habla de *pecunia* y *tutela*. Ahora bien, *pecunia* (de *pecus*, ganado menor) ¿no sería quizás un término para designar los bienes menos importantes del patrimonio, o sea, las *res nec mancipi*?

Es posible, pues una completa libertad testamentaria sería un milagro sociológico, tratándose de una comunidad campesina primitiva, de cuatro o cinco siglos antes de Jesucristo; y la apuntada tendencia a la idea de la copropiedad familiar haría todavía más sorprendente tal libertad testamentaria. Ni siquiera en la Atenas de Pericles, se admitía la libertad testamentaria; sólo un hombre sin descendientes podía testar como quisiera.

Por otra parte, si aceptamos que esta libertad se refería sólo a las *res mancipi*, entonces tenemos que admitir también que, en tiempos de las XII Tablas, no existía aún una regla como la de que *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, o sea: ninguna sucesión será tramitada, parcialmente como sucesión testamentaria y parcialmente *ab intestato*.

El punto se presta a controversia, pero consta que, unos siglos después

²⁴ D. 31. 1 pr. Esta cita se refiere a legados, pero es dudoso que pueda ampliarse a herencias.

²⁵ Art. 1297 del Código Civil.

²⁶ Art. 1346 y 1352 del Código Civil.

de la formulación de las XII Tablas, la libertad testamentaria ya se refería a todos los bienes del testador, *mancipi* o *nec mancipi*.

Otro punto discutido es si la libertad testamentaria era una creación de las XII Tablas o una confirmación de derecho consuetudinario preexistente. Probablemente se trata de una confirmación. Las codificaciones antiguas no creaban *ex novo* muchas instituciones, y las pocas normas nuevas que los *decemviri* introdujeron se referían más bien a cuestiones relacionadas con las controversias entre plebeyos y patricios.

Otro punto dudoso es saber si el testador debía escoger al heredero de entre sus próximos parientes. Es probable; a una persona con intuición sociológica le resulta difícil admitir que, en el siglo V antes de Jesucristo, en una comunidad rústica con evidentes reminiscencias de la copropiedad familiar, un *paterfamilias* podía dejar el patrimonio de su *domus* a cualquier extraño. Pero ya pocos siglos después, resultaba que se podía instituir heredero a cualquiera, y veremos cómo intervienen las autoridades judiciales para defender a los hijos y hermanos del testador contra la injusta preferencia de extraños.

Finalmente, se discute también si constituía una deshonra para el romano morir sin testamento. Creemos que la opinión afirmativa a este respecto se funda en una equivocada traducción de un pasaje de Plauto: ²⁷ *Jupiter te male disperdat: intestatus vivito!* El contexto comprueba que en la imprecación que allí encontramos, *intestatus* significa *sin testigos* y no *ab intestato*.

239. LAS FORMAS DEL TESTAMENTO ROMANO. En materia testamentaria, siempre se observa una notable tendencia al formalismo. Esto es explicable. En primer lugar, la íntima relación del testamento con un tema tan inquietante —queramos confesarlo o no— como es la muerte, trae consigo cierta solemnidad. En segundo lugar, la señalada característica se explica por la necesidad de que la “última voluntad”, manifestada en el testamento, sea ponderada, y no expresión de un impulso pasajero.

El formalismo en materia testamentaria, aunque siempre existió y existe, se acentuó más en la fase preclásica. Desde Augusto se introduce a este respecto un leve relajamiento; las nuevas ramas que durante el principado crecen en el árbol sucesorio —como el fideicomiso y el codicilo— no muestran el rigor que tradicionalmente caracterizaba esta materia. Paralelamente a esta reducción del formalismo testamentario, observamos, desde el fin de la fase preclásica, la tendencia a interpretar más bien la *voluntad* del testador que el *texto* —a veces algo torpe— del testamento.

Como ejemplo de esta inclinación, conoceremos pronto el senadoconsulto Neroniano. Sin embargo, esta nueva actitud frente al testamento se había anunciado ya, siglo y medio antes, en la famosa *Causa Curiana* que provocó una verdadera tormenta en el ambiente jurídico de los últimos tiempos de la república, y que analizaremos en el próximo párrafo

²⁷ *Curculio*, V. 2. 24.

El testamento romano nació, quizá como una *ley especial*; pasó por la fase del *contrato* y llegó finalmente al concepto moderno de la *declaración unilateral de última voluntad*.

Las formas más antiguas del testamento romano eran el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu*. El primero se hace ante los comicios, dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo). Es dudoso que podamos realmente hablar de un testamento con carácter de *ley*, pues no sabemos si los comicios debían ser meramente testigos, o si podían aprobar o reprobado el testamento.

La interpretación del testamento como una *lex specialis* tendría la ventaja didáctica de poder presentar el testamento como una derogación especial de la reglamentación jurídica general de la vía legítima, y, además, ofrecería la ventaja de que la enigmática libertad testamentaria quedara, cuando menos, bajo la vigilancia de los comicios por curias.

De todos modos —sea *lex specialis* o no—, el testamento *calatis comitiis*, exactamente como los otros negocios básicos del derecho preclásico (la *adrogatio*, la *in iure cessio*, la *manumissio censo*, *mancipatio*, *coemptio* o *confarreatio*), fue un acto celebrado con amplia publicidad.

El testamento *in procinctu* consistía en que, antes de iniciarse una batalla, se permitía a los soldados que hicieran su testamento, tomando por testigos a sus compañeros de armas.²⁸ Esta ceremonia tenía, a veces, el papel de una discreta protesta de los soldados contra órdenes de sus superiores, insensatamente peligrosas.

Al lado de estos dos testamentos, que sólo podían hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla, los romanos buscaron otras formas testamentarias, que pudieran utilizar en cualquier momento, y así se introdujo el testamento mancipatorio o el testamento en forma de contrato. En este caso, el testador celebraba una compraventa ficticia con el *familiae emptor*,²⁹ con testigos, *libripens*, balanza, etc., es decir, en forma de una *mancipatio*.

Así, podía vender todo un patrimonio “por un centavo” a un comprador-heredero, con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor-testador, e imponiendo al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros (legatarios).³⁰

La explicación del testamento mancipatorio la encontramos en la circunstancia de que, según las XII Tablas, una *mancipatio* podía combinarse —como ya vimos— con toda clase de cláusulas, las cuales permitían convertir este acto, originariamente utilizado para compraventas, en base

²⁸ Cfr. art. 1579 del Código Civil.

²⁹ *Familia* significa aquí patrimonio. *Familiae emptor* significa, por lo tanto, comprador del patrimonio.

³⁰ Como la *mancipatio nummo uno* era un negocio ficticio de por sí, el hecho de valerse de esta institución para producir los efectos de un testamento nos autoriza a hablar, en tal caso, de un negocio ficticio elevado a la segunda potencia. (JHERING, *Espiritu*, II. 2. 528.)

de un depósito, una prenda, etc., y también en sólido fundamento para el reparto de un patrimonio, después de la muerte del "vendedor". Este testamento tenía la ventaja de poder hacerse en cualquier momento, pero sus inconvenientes eran:

a) Ser irrevocable. Como acto bilateral, no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes.

b) Ir acompañado de una amplia publicidad, cosa poco deseable en materia sucesoria. Como siempre salían perjudicados algunos herederos legítimos, éstos podían vengarse, amargando con ello los últimos días o años del testador.

Varios romanistas han considerado este testamento como el "punto de irrupción" del contrato a favor de terceros, figura originalmente prohibida, pero que paulatinamente se fue infiltrando en el derecho romano.³¹

Poco a poco cambió la práctica de este testamento-contrato. El *emptor familiae* se convirtió en un albacea. Recibía cerradas las *tabulae*, firmadas por testigos, a quienes por cortesía se invitaba a leerlas, y quienes, también por cortesía, se negaban a ello. Las tablas indicaban quién sería el heredero y quiénes los legatarios, y contenían otras disposiciones más sobre manumisiones, tutela o curatela. La *mancipatio* que acompañaba la entrega de las tablas, se hizo con tales cláusulas que el *emptor familiae* no recibía la propiedad quirritaria de los bienes del testador-vendedor, sino que sólo figuraba como mandatario-depositario, de modo que, en caso de mala fe por parte del *emptor*, los herederos tenían una acción real para poder recuperar los bienes indebidamente vendidos por él.

Así se introdujeron dos nuevos elementos en la práctica testamentaria: la discreción y la idea de que el testamento es una declaración unilateral. Veremos que, en el testamento pretorio, el último resto del elemento contractual del testamento, o sea, la *mancipatio*, desaparece, subsistiendo sólo el elemento de declaración unilateral (las tablas).

Además de las formas anteriores, encontramos, en el *ius civile*, otro testamento más, hecho oralmente ante siete testigos: el testamento *nuncupativo*.³²

Pasemos ahora al derecho pretorio. Siempre inclinado a la simplicidad de las formas, el pretor se declaraba dispuesto, desde la última época republicana, a conceder la *bonorum possessio* a las personas indicadas en *tabulae* firmadas por el testador y siete testigos.³³ Sin embargo, hasta Antonino Pío, los herederos legítimos, según el *ius civile*, podían reclamar sus derechos alegando que el testamento aludido era inválido ante el *ius civile*, por faltar la *mancipatio*. Sólo bajo dicho emperador se permitió al pretor —quien en aquella época, posterior al *Edicto de Adriano*, ya no tenía la

³¹ La opinión contraria se encuentra en el libro de G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1945, pag. 35 y siguientes.

³² *Inst.* II. 10. 14.

³³ Un número de testigos que correspondía al que se necesitaba para una *mancipatio*: cinco, más el portabalanza y el *familiae emptor*.

libertad autónoma de crear y negar acciones y excepciones— rechazar dichas reclamaciones de los herederos del *ius civile*, mediante la *exceptio doli*, concedida a los herederos indicados en el testamento pretorio.

En tiempos de Teodosio II y de Valentiniano III, los emperadores —oriental y occidental— introducen una nueva forma de testamento que inmediatamente llega a ser muy popular: el testamento *tripartito*.

Se componía de tres partes a) el texto, b) la *subscriptio* de los siete testigos (declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigos) y c) los sellos de los testigos, afuera, sobre el testamento cerrado y plegado (*obsignatio*). Este testamento debía hacerse en un solo acto, sin interrupciones.³⁴ Sin embargo, era lícito dejar abierta la institución del heredero, refiriéndose para esto a otro documento posterior.³⁵ Es ésta la figura que la Edad Media conoce como *testamentum mysticum*.

En torno a este testamento central, encontramos muchas formas especiales —a veces más rigurosas, a veces menos—, tales como las siguientes:

1. El *testamentum militare*. Podía hacerse "con sangre dentro del escudo y con la espada en la arena". Un solo testigo bastaba. Servía únicamente en tiempos de guerra y tenía validez hasta por un año después de que el soldado se hubiera separado honrosamente del ejército; en caso de despido *ignominiae causa*, el testamento militar perdía inmediatamente su validez.

Justiniano lo limitó al tiempo que durara la expedición militar.³⁶

En esta materia, los soldados tuvieron siempre toda clase de privilegios, por una parte, "a causa de su torpeza"; por otra, en vista de que el poder de las autoridades romanas dependía de la milicia, de manera que los soldados se convirtieron en un grupo frecuentemente dominador en la sociedad del Bajo Imperio.

Los privilegios respectivos de los soldados no se limitaban a la forma testamentaria, sino que muchas restricciones al contenido no valían para ellos; no tenían por qué preocuparse de la *portio legitima*, de la *quarta falcidia* o de la regla, ya mencionada, de que *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*.

2. El testamento del padre a favor de sus hijos. Podía ser verbal y entonces bastaban dos testigos. En caso de ser escrito, era suficiente una declaración ológrafa sin testigos.

3. El testamento hecho en el campo. Por la dificultad de encontrar ciudadanos libres que pudieran ser testigos, bastaban en este caso cinco testigos.³⁷

4. El testamento hecho en época de peste. Para disminuir el peligro

³⁴ El requisito de la *unitas actus*, que encontramos todavía en el art. 1519 del Código Civil e inclusive en varios sectores del mundo anglosajón,

³⁵ D. 28. 5. 78.

³⁶ C. 6. 21. 17.

³⁷ C. 6. 23. 31.

de contagio, los testigos podían venir a firmar en visitas sucesivas, de manera que este testamento no se hace en un solo acto.³⁸

5. En este lugar de la lista, en la que aumenta continuamente el rigor formal, hay que colocar el ya mencionado *testamentum tripartitum*.

6. Un inconveniente del testamento común y corriente era que el testador lo guardaba entre sus propios papeles. Después de su muerte, personas interesadas en la procedencia de la vía legítima —en vez de la testamentaria— podrían destruirlo fácilmente, en cuyo caso —aun comprobando con testigos que había habido un testamento— era difícil comprobar que esta destrucción no había sido causada por el testador mismo. Por esta razón se introdujo la posibilidad de depositar el testamento en poder de alguna autoridad. Así surge el *testamentum apud acta conditum*, hecho con intervención de una autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos.

7. Finalmente, encontramos el *testamentum principi oblatum*, depositado en poder del emperador para ser guardado en el archivo del palacio.³⁹

240. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. A grandes rasgos, su interpretación obedece a las reglas expuestas en el segundo capítulo. Sin embargo, presenta algunas características especiales.

Por una parte, resulta más fácil que la interpretación del contrato, pues únicamente tenemos que ver con una sola voluntad, y no el producto de dos voluntades de personas que quizá no se habían comprendido por completo. Por otra parte, encontramos, en relación con la interpretación del testamento, la desventaja de que ya no se pueden pedir aclaraciones al autor del documento.⁴⁰

Una característica de los testamentos al respecto, consiste en que la voluntad del testador era *causa favorabilis*. Siempre se procuraba evitar formas de interpretación que quitasen validez a la institución de herederos, legatarios o fideicomisarios. De ahí, por ejemplo, que una condición imposible no nulificaba la disposición testamentaria con la cual se relacionaba, sino que se tenía simplemente por no escrita.

Otra regla enunciaba que la generosidad *especial* hacia el legatario tenía preferencia sobre la generosidad *general* mostrada hacia el heredero. Para mencionar una aplicación, entre muchas, de esta regla, si un legado consiste en cierta cantidad de vino, debemos interpretar la disposición testamentaria en sentido amplio, de manera que el legado comprenderá también los barriles.⁴¹

Un famoso problema sobre la interpretación de los testamentos se presentaba en caso de añadir consideraciones equivocadas. Si el testador jus-

³⁸ C. 6. 23. 8.

³⁹ C. 6. 23. 19.

⁴⁰ D. 30. 50. 3 da algunas reglas razonables al respecto. Si un norteamericano, residente en México, hace un testamento ológrafo y después no se sabe si el signo \$ corresponde a pesos o dólares, ¿qué solución recomendaría dicha cita?

⁴¹ D. 50. 17. 12.

tificaba la institución del heredero o legatario con la mención de una circunstancia que no correspondía a la realidad, no quedaba viciada con ello la institución, pues como decía el derecho preclásico: *falsa causa non nocet* (o sea: el error en el motivo no anula el testamento). Pero el derecho posterior, menos preocupado por la seguridad jurídica —como hemos visto— y más inclinado a soluciones equitativas individuales, movilizaba todo su arsenal de conceptos —por ejemplo, *exceptio doli*— para impedir que una persona instituida por una causa expresa, que resultara ser errónea, obtuviera el beneficio sucesorio en cuestión.⁴² El derecho moderno sigue esta tendencia clásica.⁴³

El error en la designación formal de la persona del heredero o legatario ya no importaba a los clásicos, siempre y cuando no hubiera duda respecto de su identidad; el legado a favor de mi vecino, Eunones de Corinto, valía aun en el caso de que se llamase Eunones de Creta. Esto nos lleva, finalmente, al tema esencial: ¿hasta qué grado debemos permitir que los testamentos sean interpretados de acuerdo con la probable intención del testador, aunque nos apartemos del estricto texto del documento?

Este problema dio lugar a la famosa *Causa Curiana*, nacida de los siguientes hechos:

Un individuo, llamado Coponio, teniendo la impresión de que su esposa estaba embarazada, hizo testamento (en 92 a. de J. C.) instituyendo heredero a su hijo póstumo y añadiendo: “si mi hijo muere, antes de llegar a la pubertad, M. Curio será el heredero de mi hijo”.⁴⁴ Poco después, Coponio murió, resultando luego que su viuda no estaba embarazada. En vista de esta circunstancia, Curio reclamó la herencia, pero los herederos *ab intestato* alegaron: “Curio solamente tendría derecho a la herencia, si el hijo de Coponio hubiera nacido y luego hubiera muerto, antes de llegar a la pubertad; no ha sido instituido heredero para el caso general de que la primera institución (la del hijo) no surtiera efecto. En otras palabras, se trata de una sustitución pupilar y no de una sustitución común y corriente (que también se llama “vulgar”); como el testador no tuvo hijos, tampoco surte efecto la sustitución pupilar. Por tanto, no habiendo heredero testamentario, se debe recurrir a la vía legítima...” La cuestión debatida era, en consecuencia, si la sustitución pupilar incluía tácitamente la sustitución vulgar. O, planteándolo en forma más abstracta: ¿Debemos atenernos a la letra o al espíritu del testamento?

Curio obtuvo finalmente la victoria, tras vencer la resistencia de famosos juristas como Mucio Escévola; y así esta *Causa Curiana* nos presenta la primera brecha en el antiguo formalismo referente a la interpretación de testamentos.

241. LA TESTAMENTI FACTIO ACTIVA Y LA TESTAMENTI FACTIO PASSIVA. Para que un testamento fuera válido,

⁴² D. 35. 1. 72. 6.

⁴³ Cfr. art. 1301 del Código Civil.

⁴⁴ Un caso de *sustitución pupilar*, de que trataremos en el párrafo 245.

debían reunirse varios requisitos: la forma necesitaba ser correcta; el contenido tenía que responder a ciertas normas, que conoceremos en los próximos párrafos, y también era necesario que fueran capaces el testador de hacer testamento, el heredero de recibir la herencia, el legatario de recibir un legado, y los testigos de fungir como tales.

Carecían de la capacidad para hacer un testamento, o sea, de la *testamenti factio activa*, las siguientes personas:

1. Como la *testamenti factio activa* formaba parte del *ius commercii*, no la tenían los peregrinos —salvo los que tuvieran el *ius commercii* por privilegio especial—, ni tampoco los *dediticios*. Los *iuniani* tenían el *ius commercii*, pero no en forma completa; les faltaba precisamente la *testamenti factio*. En cuanto a los *latini veteres* o *coloniarii*, sí tenían la facultad de hacer un testamento romano.

2. Los que no podían tener bienes propios —como la esposa *in manu*, los hijos no emancipados o los esclavos— no podían hacer un testamento. Sin embargo, Augusto permitió que el hijo, titular de un *peculio castrense*, hiciera un testamento respecto de éste, y Justiniano extendió tal privilegio a los *peculios cuasicastrenses*.

3. Originalmente, la mujer ingenua, *sui iuris*, no podía hacer un testamento. Sin embargo, Augusto liberó a la mujer ingenua, con tres hijos, de la tutela que ya hemos mencionado, y la facultó para hacer un testamento, concesión muy importante en la época anterior al senadoconsulto Orfitiano. Adriano permitió, además, que mujeres que estaban bajo tutela, hicieran su testamento con consentimiento del tutor. Sin embargo, el tutor no daría fácilmente su anuencia, pues generalmente era la persona que, en ausencia de un testamento, recibiría por vía legítima la sucesión de la mujer en cuestión. Finalmente, bajo Teodosio II, esta restricción a la capacidad de las mujeres *sui iuris* desapareció.

4. Determinadas personas perdían la *testamenti factio activa*, como sanción a una conducta considerada antisocial.⁴⁵

5. Dementes, pródigos, infantes e impúberes no tenían la *testamenti factio activa*, y, por ser el testamento un acto muy personal, el *curator* o tutor no podían testar en nombre de ellos.

6. El ciudadano romano, prisionero de guerra, no tenía, durante la cautividad, la *testamenti factio activa*. Para el caso de que muriese durante ella, la Ley Cornelia introdujo la ficción de que había muerto en el último momento de ser libre, y se abría el testamento que eventualmente hubiera hecho antes de su cautividad, retro trayendo sus efectos al momento de iniciarse este cautiverio.

Fuera del caso de esta *factio legis Corneliae*, la *testamenti factio activa* debía existir, tanto en el momento de hacer su testamento como en el de su apertura. Por tanto, el testamento hecho durante el cautiverio no obte-

⁴⁵ Los apóstatas, herejes y los que se hubiesen negado a declarar respecto de hechos para los que habían sido llamados en calidad de testigos.

nia validez por el hecho de librarse de él, y el testamento hecho por un esclavo continuaba sin validez, aunque el esclavo obtuviera posteriormente la libertad. De la misma manera, el testamento hecho por un impúber continuaba no siendo válido, aun después de llegar el testador a la pubertad.

Si no todo el mundo podía hacer un testamento romano, tampoco se admitía que cualquiera pudiese recibir mediante él. En el latín bárbaro del Bajo Imperio, se ha llegado a designar esta capacidad de recibir por testamento con la contradictoria expresión de *testamenti factio passiva*.

Carecían de dicha capacidad las siguientes personas:

1. Los peregrinos sin *ius commercii*.⁴⁶
2. Los latinos junianos.
3. Los *dediticios*.
4. Las mujeres, siempre que la herencia que se les ofreciera excediese de cien mil sestercios.⁴⁷
5. Personas inciertas, de las que el testador no pudo formarse una idea exacta.⁴⁸
6. Personas jurídicas. Esta prohibición desapareció en varias etapas. Marco Aurelio la suprimió para sociedades y León para municipios. Al ser admitido el cristianismo a la vida pública —en tiempos de Constantino— y aceptado como religión oficial y única, poco después, se suprimió esta incapacidad respecto de conventos o de la Iglesia.
7. Personas excluidas en virtud de las leyes caducarias, por no haberse casado (*célibes*) o por no tener hijos (*orbi*).
8. Personas castigadas por herejía o apostasía.⁴⁹
9. Los que en el momento de la apertura del testamento ya no vivían.

En otras palabras, originalmente no se heredaba el derecho a la “delación” o —después de la “delación”— el derecho a la *aditio*. Sin embargo, Teodosio II dispuso que los descendientes pudieran recibir la herencia ofrecida a su ascendiente difunto, y Justiniano permitió que este privilegio se generalizara en favor de todos los herederos de un heredero difunto.⁵⁰

El derecho moderno rechaza tales transmisiones del derecho de heredar, siempre que el testador no instituya en forma expresa “herederos sustitutos” a los herederos del heredero.

⁴⁶ En cambio, el derecho moderno concede la *testamenti factio passiva* a los extranjeros, siempre que haya reciprocidad (art. 1328 del Código Civil).

⁴⁷ Disposición de la *Lex Voconia*, de 169 a. de J. C., en la que influyó el malhumorado censor Catón, enemigo del lujo que ostentaban muy frecuentemente las matronas romanas. Como buen conservador, rehusando admitir que el *status quo* es siempre el más ilusorio de todos los objetivos, Catón combatía la incipiente emancipación de la mujer romana de su época (“los romanos dominan el mundo, pero son dominados por sus esposas”), pero no supo contrarrestarla definitivamente, como resulta de las posteriores sátiras de Juvenal y de todas aquellas brillantes mujeres que imprimen su sello a los primeros siglos imperiales, desde Livia hasta Julia Domna.

⁴⁸ Como hijos póstumos —sólo admitidos a la *testamenti factio passiva* en la fase postclásica—, los herederos designados por la casualidad o por terceros —“el que vaya primero tras mi ataúd”, “el que sea designado por el cónsul”, etc.— (D. 28. 5. 9).

⁴⁹ La inversión de esta incapacidad la encontramos en las restricciones modernas a la *testamenti factio passiva* de los sacerdotes, según el artículo 1325 del Código Civil.

⁵⁰ C. 6. 48. 1.

En cuanto a los esclavos, si era instituido como heredero un esclavo propio del testador, quedaba sobreentendido que se le manumitía por testamento; si el heredero era un esclavo ajeno, su dueño debía dar su consentimiento para recibir la herencia, en cuyo caso ésta era adquirida por el dueño del esclavo-heredero. Se recurría a este procedimiento con objeto de que el dueño del esclavo pudiera vender más fácilmente el derecho a la herencia, vendiendo simplemente al esclavo.⁵¹

La *testamenti factio passiva* debía existir:

- a) En el momento de hacerse el testamento.
- b) En el momento de ofrecerse la sucesión al heredero (*delatio*).
- c) En el momento en que éste aceptara (*aditio*).

Las incapacidades temporales —como la suspensión de la ciudadanía por algunos años— que ocurran entre estos tres momentos, no perjudicaban al heredero: *media tempora non nocent* (o sea, lo que sucede en momentos intermedios, no perjudica). El derecho moderno se contenta a este respecto con exigir la *testamenti factio passiva* en el momento de la muerte del *de cuius*.⁵²

Algunas personas tenían capacidad para recibir herencias y legados, pero el fisco les “arrancaba” inmediatamente el beneficio, en caso de que su conducta les hubiera hecho “indignos”. Esta *ereptio* procedía con los asesinos del testador, los que escondían o impugnaban injustamente el testamento, los que habían hecho contratos sobre la herencia futura, etc. La lista de los “indignos” en el derecho romano sobrevive *grosso modo* en el artículo 1316 del Código Civil, pero el derecho moderno ha equiparado esta indignidad a la incapacidad en general, de modo que ya no se aprovecha el fisco, sino los herederos sustitutos o los herederos legítimos, aunque éstos sean descendientes del indigno.

En cuanto a los legatarios, debían tener la *testamenti factio passiva* en el momento de hacerse el testamento⁵³ y en el *dies cedens*, que explicaremos más tarde. En cuanto al *dies veniens*, también en este momento debían tener la *testamenti factio passiva*, a excepción de que, en caso de muerte del legatario entre el *dies cedens* y el *dies veniens*, el heredero del legatario podía reclamar el legado, siempre que él mismo gozase de la *testamenti factio passiva*.⁵⁴

Tratándose de los testigos, era suficiente que fueran capaces en el momento de la confección del testamento.

242. LA REVOCACIÓN DE TESTAMENTOS. Como el testamento contiene una “última voluntad”, era esencialmente revocable en caso de que el testador descubriera que el contenido de su testamento ya no correspondía

a una “ulterior voluntad” suya. La revocación de un testamento se podía hacer de los siguientes modos:

a) Por la confección de un nuevo testamento. Aun en el caso de que éste fuera parcialmente compatible con el testamento anterior, el testamento hecho primeramente quedaba totalmente revocado, a fin de eliminar una fuente de posibles dudas.⁵⁵

b) Por la destrucción material del documento en cuestión, siempre que ésta fuera intencionada.

c) Por revocación formal, en un acto solemne (con testigos o delante de alguna autoridad). Este modo de revocación era el más indicado cuando se quería pasar de la vía testamentaria a la legítima.

243. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA POR EL HEREDERO. Debemos distinguir los siguientes casos:

a) Si el heredero era un *heres suus* del *de cuius*, adquiría —de acuerdo con el *ius civile*— la herencia por la mera apertura del testamento y no podía rechazarla. Tal imposición automática de la calidad del heredero, sin que se pidiera la opinión de éste, tiene su correspondencia también en los derechos germánicos medievales y pasó en parte al Código de Napoleón.⁵⁶

El derecho mexicano rechaza este principio, exigiendo que todo heredero acepte o rechace la herencia, sea en forma expresa o más bien tácitamente. En el caso de que el heredero no se decida, cualquier interesado puede dirigirse al juez para que éste fije un plazo dentro del cual el heredero declare si acepta o no, y si antes de tal declaración el heredero muere, el derecho de aceptar o rechazar pasa a sus propios herederos. (Cfr. art. 1653, 1656, 1659, 1669, C. C.)

El pretor concedía, al iniciarse la época clásica, al *heres suus* el *beneficium abstinendi*, si éste lo reclamaba expresamente.

La repudiación de una herencia debía ser incondicional y total. Una repudiación parcial no valía. Es una importante excepción al principio de que *non debet cui plus licet, quod minus est non licere*.⁵⁷

Un pariente instituido heredero, pero irritado ante la gran cantidad de legados establecidos en el testamento, podía, al repudiar tal herencia, sustituir la vía testamentaria por la legítima, quizá más favorable para él, a causa de la imposibilidad de “legados por vía legítima”. Como heredero legítimo, podía entonces aceptar la misma herencia que antes había repudiado en su calidad de heredero testamentario.⁵⁸ En el derecho moderno no se acepta esta posibilidad por estimar que el heredero que así se comportara, procedería en realidad con poco decoro.⁵⁹

⁵⁵ En la desconfianza romana frente a los *pacta adiecta ex intervallo* hemos encontrado un paralelo, en materia de contratos, de esta actitud prudente en relación con testamentos.

⁵⁶ “El muerto agarra al vivo”; “le mort saisit le vif”.

⁵⁷ O sea: “quien puede lo más, puede lo menos”. (D. 17. 50. 21.)

⁵⁸ D. 29. 4. 1. 5/8; D. 29. 4. 29; D. 50. 17. 91.

⁵⁹ Art. 1663 del Código Civil.

⁵¹ *Espiritu*, III. 250.

⁵² Art. 1334 del Código Civil, con la salvedad del art. 1335.

⁵³ *Regula catoniana*: “un legado que hubiere resultado ineficaz por haber muerto el testador en el momento de terminar el testamento, será siempre ineficaz”.

⁵⁴ Para los conceptos de *dies cedens* y *dies veniens*, véase el párrafo 253.

Observamos, además, que el heredero instituido con una condición suspensiva, no podía repudiar la herencia *pendente condicione: eius est nolle qui potest velle*, o sea, "sólo el que puede aceptar, puede rechazar" ⁶⁰ o *is potest repudiare, qui et acquirere potest*, ⁶¹ "sólo puede repudiar quien también pudiera adquirir"

b) Si el heredero instituido era esclavo del testador, se le calificaba de "heredero necesario"; no tenía ninguna posibilidad de sustraerse a la herencia, aunque ésta se compusiera de más deudas que bienes y créditos (*hereditas damnosa*). En tal caso, la eventual quiebra se tramitaba a nombre del heredero ex-esclavo, por lo que la consecuenta "infamia" recaería sobre él y con sus futuras adquisiciones respondería de los créditos insatisfechos.

También en este caso el pretor suavizó la severidad del derecho antiguo, concediendo al heredero necesario el *ius separationis*, por cuyo privilegio el ex-esclavo podía llegar a ser titular de dos patrimonios: el suyo propio y el de la herencia. Las deudas insolutas de ésta no constituirían, en tal caso, un gravamen sobre las futuras adquisiciones que hiciera el manumitido más tarde por propia cuenta. A pesar de lo anterior, la quiebra se tramitaba a nombre del ex-esclavo, lo cual no parece ser un precio excesivo por la libertad, ya que la institución de un esclavo propio como heredero, implicaba automáticamente su manumisión.

c) Si el heredero instituido era un extraño —es decir, ni un esclavo propio, ni tampoco un *heres suus*—, se necesitaba su aceptación expresa (*aditio*) o tácita (*gestio pro herede*) para que adquiriera la herencia.

También la ocupación de un bien que el heredero consideraba, equivocadamente, como parte de la herencia, servía como indicio de su voluntad de aceptar.⁶²

Desde luego, el *heres extraneus* podía continuar indeciso durante mucho tiempo, y, mientras tanto, la herencia quedaba "yacente", con perjuicio de los acreedores del difunto (el cual no recibía los sacrificios necesarios, pues una de las funciones del heredero era continuar la religión doméstica) y del mismo eventual heredero, ya que, entre tanto, los esclavos que pertenecieran a la herencia no podían ser autorizados a recibir herencias o legados, en vista de que no había un dueño que autorizase la aceptación de éstos.

Para que la herencia pudiera administrarse entre tanto, las autoridades podían, en casos urgentes, nombrar un *curator* del patrimonio hereditario. Aqu encontramos el precursor de nuestro albacea moderno.

Sucedía con frecuencia que el heredero instituido no podía decidirse pronto a hacer la *aditio*, por la dificultad de averiguar si la herencia era

damnosa o no. Para evitar entonces una tardanza excesiva respecto de la *aditio*, el derecho romano tomó las siguientes medidas:

1. Permitir al testador mismo que fijara en el testamento un plazo máximo para la *aditio*.

2. Permitir a los acreedores de la herencia que pidieran al pretor que éste obligara al heredero a decidirse en el término de cien días.⁶³

3. Permitir que cualquier tercero se apoderara de la herencia, adquiriéndola definitivamente, por el mero transcurso de un año, sin título ni buena fe.

El peligro de tal *usucapio pro heredo* podía servir para impulsar al heredero a una rápida decisión, respecto de la *aditio*.⁶⁴ Bajo Adriano, un senadoconsulto abolió esta institución.

4. Justiniano obligaba al heredero a decidirse en un plazo de nueve meses (*spatium deliberandi*; plazo para deliberar). Como la aceptación, y no la repudiación, corresponde al interés público y a la voluntad del difunto, el silencio durante el periodo fijado se interpretaba como aceptación. Además, para que en caso de duda el heredero se inclinara fácilmente a la aceptación y no tuviera tanto temor a recibir una herencia *damnosa*, sobrecargada de deudas, por falta de tiempo para investigar la situación económica del difunto, el emperador decidió que los herederos responderían de las deudas de la sucesión sólo hasta donde alcanzaran los bienes y créditos de la misma, siempre que antes de la *aditio* hubieran hecho un inventario —con intervención de una autoridad—. Este "beneficio de inventario" ha pasado al derecho moderno.⁶⁵

Exactamente como la repudiación, también la aceptación debía ser pura y simple: nada de condiciones y reservas ⁶⁶ (salvo, desde luego, la reserva del *beneficium inventarii*).

Entre la *delación* —es decir, el ofrecimiento de la herencia a una persona que, luego, mediante *aditio*, se puede convertir en heredero— y la *aditio* misma, la persona a quien el testamento ofrecía la herencia podía vender su situación jurídica por una *in iure cessio*, por la cual traspasaba el derecho de reclamar el activo de la herencia a otra persona, la cual asumiría al mismo tiempo la responsabilidad del pasivo. Estamos, por tanto, ante una transmisión a título universal. También después de la *aditio*, el heredero podía vender la herencia, pero ya no a título universal; entonces no le quedaba más remedio que vender los bienes materiales a título particular y arreglarse respecto de las deudas y créditos con *stipulationes* especiales.⁶⁷

⁶³ Cfr. art. 1669 del Código Civil.

⁶⁴ GAYO, II, 255.

⁶⁵ Art. 1284 del Código Civil.

⁶⁶ Cfr. art. 1657 del Código Civil.

⁶⁷ El comprador se hacía entonces responsable del reembolso, en caso de que el vendedor pagara alguna deuda de la herencia, y el vendedor prometía pagar al comprador todo lo que cobrara de los créditos de la herencia. Sin embargo, tanto las deudas como los créditos, continuaban a nombre del heredero.

⁶⁰ D. 50. 17. 3.

⁶¹ D. 20. 2. 18. En D. 50. 17. 174. 1 se encuentra todavía otra formulación de este importante principio.

⁶² D. 29. 2. 21. 1.

244. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL HEREDERO. El *heres suus*, el *heres necessarius* y, después de la *aditio*, el *heres extraneus* entraban en la situación jurídica del difunto, recibiendo la sucesión a título universal, como un conjunto de bienes, créditos y deudas. Sin embargo, la situación jurídica del heredero no correspondía completamente a la del *de cuius*, pues existían las siguientes diferencias:

1. Diversas facultades que tuviera el *de cuius* con fundamento en el derecho de personas se extinguían con la muerte del autor de la herencia (el heredero no continuaba la tutela que desempeñaba el difunto, no ejercía la patria potestad que poseyera el difunto, no se convertiría en marido de la viuda, etc.).

2. Diversos derechos reales se extinguían con la muerte del titular (usufructo, uso, habitación).

3. Diversas relaciones contractuales se extinguían con la muerte, tales como el mandato, la sociedad, el contrato de hospedaje; también la posición jurídica del obrero terminaba con su muerte. Y aunque otras relaciones —como la de arrendamiento— no terminaban en forma automática con la muerte del sujeto, el contrato respectivo podía prever, por ejemplo, la extinción de los derechos y deberes del arrendatario por la muerte de éste.

4. Algunas facultades procesales se extinguían por la muerte del interesado (la facultad de denunciar el delito de difamación o de presentar algunas otras denuncias *vindictam spirantes*, orientadas a la venganza o basadas en lesiones del amor propio).

5. En algunos casos, también el heredero recibía una mejor posición jurídica de la que había correspondido al *de cuius*. Por ejemplo, las acciones por multas privadas que amenazaban a éste, no podían ejercerse contra aquél.

6. Por "confusión", se extinguían los créditos del *de cuius* contra el heredero, o las deudas del mismo para con el heredero.

7. También por legados, manumisiones, fideicomisos e impuestos sobre herencias, el heredero recibía menos de lo que correspondía al patrimonio del *de cuius*.

En relación con los puntos 4 y 5, una vez que el proceso penal había llegado a la *litis contestatio*,⁶⁸ el heredero podía continuar el pleito iniciado por el *de cuius*, y tenía que continuar el pleito iniciado contra el *de cuius*.

Para la liquidación de las deudas de la herencia (deudas del heredero, después de la aceptación de ésta), los acreedores del *de cuius* tenían preferencia sobre los legatarios. Esta solución era justa, pues aquéllos buscaban evitar una pérdida, mientras que éstos querían obtener un beneficio.⁶⁹

Para reclamar sus derechos, el heredero disponía de la *reivindicatio* cuando trataba de obtener la posesión de bienes individuales sobre los que el difunto hubiera tenido la propiedad quiritaria. De la misma manera,

podía ejercitar la *actio publiciana*, la *confessoria* o la *negatoria*. Pero, para reclamar de la persona que pretendiera injustamente ser el titular, la herencia como totalidad, el auténtico heredero podía ejercitar la *petitio hereditatis*. Y si se trataba no de la *hereditas* del *ius civile*, sino de la *bonorum possessio* del derecho honorario, entonces procedía a favor del heredero pretorio el *interdictum quorum bonorum*.

En esta materia encontramos los mismos principios que ya conocemos por el análisis de la *reivindicatio*. Quien dolosamente deja de poseer o finge poseer, queda pasivamente legitimado en el juicio respectivo. En cambio, el mero detentador tiene derecho a retirarse del juicio, sin ninguna responsabilidad, siempre y cuando designe a la persona de la cual deriva su *detentio*.

Tratándose de la reclamación de la herencia, se admitía que *pretium succedit in locum rei*, o sea: el precio ocupa la posición jurídica que tuvo el objeto vendido; en vez de los objetos de la herencia, vendidos entre tanto, el verdadero heredero podía pedir del seudoheredero el precio obtenido por ellos.⁷⁰

Sin embargo, el seudoheredero de buena fe no tenía la obligación de restituir los elementos de la herencia que ya hubiera gastado.⁷¹ En cambio, el seudoheredero de mala fe respondía, no sólo de lo que hubiera gastado de la herencia, sino también de los frutos percibidos y de los *fructus neglecti*, desde luego.

En caso de pleitos sobre una herencia, en los que uno de los interesados fuera un hijo menor del *de cuius*, se le concedía la *possessio carboniana*, una posesión interina (no *ad usucapionem*), suspendiéndose el pleito hasta que el hijo en cuestión llegaba a la mayoría de edad. Así, el hijo podría más tarde defender personalmente sus derechos, con toda la clarividencia y energía que provoca el interés propio, en vez de contemplar sus intereses abandonados a la negligencia o a la inactividad de algún tutor.

En todos los casos en que hubiera pleitos, o, simplemente, dudas sobre la legitimidad de determinados herederos, los deudores de la herencia, pagando de buena fe a un seudoheredero reconocido generalmente como probable heredero, podían protegerse luego contra la acción del auténtico heredero, si éste reclamaba a su vez el mismo pago, mediante el argumento de que *error communis facit ius*. Sin embargo, también podían protegerse de antemano contra posibles complicaciones depositando el dinero en poder de una autoridad; ésta sería responsable de que el pago se entregara al verdadero titular de la herencia.

Si una herencia se transmitía a un heredero sobrecargado de deudas, los acreedores podían pedir la *separatio bonorum*, para que el activo del patrimonio del difunto no fuese absorbido por las deudas del heredero.

⁶⁸ Véase el párrafo 86.

⁶⁹ Véase el párrafo 56.

⁷⁰ C. 5. 3. 20.

⁷¹ *Senatusconsultum Iuventianum*; D. 5. 3. 25. 11 y 20. 6.

Se presenta al respecto un interesante problema. Alguien recibe una herencia, y los acreedores del difunto, temiendo la insolvencia del heredero, piden la *separatio bonorum*. Luego resulta que, por el contrario, la herencia era insolvente, pero el heredero sí es solvente.

Si éste había aceptado la herencia, sin pedir el beneficio de inventario, ¿pueden los acreedores solicitar, luego, la anulación de la *separatio bonorum*, haciendo responsable al heredero del déficit de la herencia?

Dos principios de derecho se oponen aquí:

a) Una figura jurídica, creada para proteger a determinadas personas, no debe ser utilizada en contra de ellas. Por tanto, la *separatio bonorum*, instaurada en beneficio de los acreedores de una herencia, no se puede aplicar cuando resulta contraria a los intereses de los acreedores.

b) *Cuius commodum, eius etiam incommodum*. Los acreedores querían evitar un daño, solicitando la *separatio bonorum*; ahora deben aceptar también las desventajas que esta medida acarrea.

El *Corpus iuris* ofrece soluciones contradictorias al respecto; el análisis de las citas, empero, sugiere que el derecho postclásico tenía tendencia a favorecer en este caso al heredero, no al acreedor.

También los legatarios, por ser acreedores de la sucesión, podían pedir la *separatio bonorum*. Es curioso, sin embargo, que los acreedores del heredero no podían pedirla para defenderse del peligro de que su deudor aceptara una *hereditas damnosa*, sólo por el gusto de perjudicar a sus odiosos acreedores.⁷²

El moderno derecho mexicano ha convertido esta *separatio bonorum* en un efecto automático de la aceptación de una herencia.⁷³

Por otra parte, los acreedores del heredero no tenían ningún recurso para obligarle a aceptar una herencia que le hubiera sido ofrecida. Si el heredero *se empobrecía* voluntariamente, entonces sí podían intervenir los acreedores, mediante la *actio pauliana*. Pero si el deudor *se negaba a enriquecerse*, repudiando una magnífica herencia, los acreedores no podían hacer nada. Así, amenazando con la repudiación de una herencia, podía un heredero tratar de obtener de sus acreedores una rebaja en sus deudas. En esta distinción entre "empobrecerse" y "negarse al enriquecimiento" encontramos otra muestra de la sofisticación del derecho clásico, sofisticación que, en este caso (no siempre), conduce a resultados indeseables y a posibles negocios inmorales. El moderno derecho mexicano ha mejorado en este aspecto la posición de los acreedores.⁷⁴

En vista de la regla que *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, debemos considerar que los herederos instituidos en un testamento sólo para *determinados bienes*, si el testamento no mencionaba a algún otro heredero para que recibiera el resto de la herencia, eran herederos de *todo el patrimonio sucesorio*. En caso de duda, recibirían cuotas iguales.

⁷² D. 42. 6. 1. 2.

⁷³ Cfr. art. 1678 del Código Civil.

⁷⁴ Art. 1673 del Código Civil.

De la misma manera, si la suma de las *res certae* atribuidas a los herederos excedían del valor neto de la herencia, debían hacerse reducciones proporcionales. Naturalmente, en caso de que hubiera un heredero por el saldo de la herencia, junto con diversos herederos por objetos determinados, el primero respondía por todas las deudas, mientras que los demás herederos *ex re certa* tenían, realmente, la posición de legatarios.⁷⁵

Era posible la institución de varios herederos, sucesiva o simultáneamente. En el primer caso, estamos en presencia de herederos sustitutos: si el heredero instituido en primer lugar no podía, o no quería, aceptar la herencia, entonces se ofrecía al *heredero sustituto*.

En el segundo caso, varios coherederos se encuentran situados en el mismo rango. El testador podía haber fijado la cuota que correspondía a cada uno, pero si no se había determinado nada sobre este particular, se suponía que cada heredero tenía derecho a toda la herencia, y como el derecho "total" de uno es incompatible con el derecho también "total" de otro, el resultado práctico era una repartición por partes iguales: *concurso partes fiunt* (o sea, la concurrencia de derechos totales crea derechos parciales). Esta construcción teórica de la concurrencia entre herederos daba lugar a una consecuencia interesante: si uno de los herederos, gravado con la obligación de entregar un legado, de manumitir o de favorecer a algún fideicomisario, repudiaba la herencia, los demás coherederos adquirían una porción mayor, sin estar obligados a cumplir con el legado, la manumisión o el fideicomiso. La razón era evidente: no adquirían la porción del heredero que se retiraba, sino que desaparecía un obstáculo al ejercicio de su derecho "total" a la herencia entera. ¡Otro ejemplo del superrefinado derecho clásico! Durante los siglos de "derecho vulgar" que separan la época de Papiniano de los tiempos de Justiniano, los juristas habían perdido toda sensibilidad para argumentaciones como la anterior, que en este caso llevan a un resultado bastante contrario al sentido común jurídico.

Por lo pronto, la *aditio* por parte de los coherederos *extranei*, o la apertura de un testamento hecho a favor de coherederos *domestici* o *necessarii*, creaba una herencia indivisa, un patrimonio común, que obedecía a los principios ya expuestos en relación con la copropiedad, de manera que cada coheredero podía pedir la división, aun en contra de la voluntad de la mayoría de coherederos.

Si después de la división resultaba que uno de los herederos sufría la *evicción* respecto de algún objeto que había recibido como componente de su porción, se hacía un reajuste entre todos los coherederos originales.⁷⁶

245. IUS AD CRESCENDI Y SUSTITUCIÓN. El *ius ad crescendi* era el derecho que los demás coherederos tenían de aprovechar una cuota hereditaria, bien repudiada o bien atribuida a un heredero incapaz. Tam-

⁷⁵ Véase C. 6. 37. 23.

⁷⁶ C. 3. 36. 15.

bién en materia de colegatarios encontramos esta figura, aunque allí no era automática, sino que se exigía una disposición expresa por parte del testador.

Este *ius adcrendi* no significaba una nueva ventaja sucesoria para el beneficiado, sino la desaparición de un obstáculo que originalmente gravaba la ventaja sucesoria procedente del testamento en cuestión, como ya hemos dicho. Por este motivo, la repudiación o aceptación original se extendía, automáticamente, a futuras consecuencias del *ius adcrendi*.

También en una sucesión *abintestato* podía presentarse el *ius adcrendi*; por ejemplo, por vía legítima una sucesión se reparte por partes iguales entre la viuda del difunto (casada *cum manu*), un hijo nacido y otro por nacer. Si el hijo póstumo no nace vivo o viable, el otro hijo y la viuda se benefician con el *ius adcrendi*.⁷⁷

El siguiente problema explicará el carácter de esta figura jurídica. *A* y *B* son coherederos, *heredes sui*, que aceptan la herencia automáticamente, siempre y cuando no prefieran repudiarla. *A* no repudia la herencia, pero muere poco después de la apertura de la sucesión en cuestión; luego, *B* repudia la herencia. ¿Puede entonces el heredero de *A* reclamar la cuota de *B*, alegando el *ius adcrendi*, aunque *A* haya muerto antes de aprovechar personalmente ese derecho? ¿O debemos buscar, como titular de la cuota liberada por la repudiación, al próximo pariente del *de cuius* original, que no es, necesariamente, la misma persona que el heredero de *A*?

La primera solución es la correcta. *A* y *B* eran copropietarios de la herencia, cada uno por la totalidad, con la restricción de que el derecho total de *A* era un obstáculo para el derecho total de *B* y viceversa. Por tanto, la repudiación hecha por *B* dejaba intacto el derecho íntegro que *A* había adquirido, y que pasó a su heredero.

El *ius adcrendi* operaba, a veces, en etapas sucesivas. Si, por ejemplo, dos herederos recibían juntos una tercera parte de una herencia, la repudiación de uno aprovechaba sólo al otro, y no a los demás herederos. Sólo cuando ambos repudiaban la herencia o resultaban incapaces de recibirla, los herederos de las otras dos terceras partes se beneficiaban por el *ius adcrendi*.

El *ius adcrendi* quedaba a veces paralizado por otra institución jurídica, la sustitución. Esta presentaba, no el fenómeno de coherederos simultáneos, sino de herederos sucesivos. Dicha institución equivalía, en realidad, a una institución de herederos o legatarios, con la condición (suspensiva) de que otros herederos o legatarios, instituidos en primer lugar, repudiaran la herencia o el legado, o resultarían incapaces de recibirla.

Al lado de esta "sustitución vulgar" (vulgar en el sentido de "común y corriente"), se encontraba la "sustitución pupilar". Esta ocurría cuando

⁷⁷ Dentro de la vía legítima también encontramos el fenómeno del *ius adcrendi*. Si moría uno de los tres nietos que, juntos, representaban a su difunto padre, los otros dos se beneficiaban por el *ius adcrendi*. Si los tres nietos morían, este *ius* podía aprovechar a los eventuales hermanos del padre de estos nietos.

un padre, al dejar su herencia a un hijo, nombraba, de una vez, al heredero de éste, únicamente para el caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad. Si el hijo llegaba a la pubertad, la sustitución pupilar perdía toda eficacia, ya que, desde entonces, el hijo mismo tenía la *testamenti factio activa*; y permitir en tales circunstancias la validez de la sustitución pupilar equivaldría a permitir que *A* hiciera un testamento por la herencia de *B*. Tal situación sería contraria al carácter personalísimo del derecho a hacer un testamento.

Para el caso de que el hijo, aunque púber, quedara sin *testamenti factio activa* por algún defecto mental, se permitía también la sustitución *cuasipupilar*.

246. LA DESHEREDACIÓN. Puede haber dudas respecto a la cuestión de saber si hubo verdaderamente una completa libertad testamentaria en tiempos de las XII Tablas, pero es indudable que, unos siglos después, el testador podía instituir heredero a cualquier persona provista de la *testamenti factio passiva*, desheredando a los *heredes sui*.

Como transacción entre las ideas opuestas de la completa libertad testamentaria, por un lado, y de la latente copropiedad familiar, por otro, encontramos diversas restricciones a la desheredación —de las cuales unas son de carácter formal y otras de índole material—.

Las restricciones formales eran las siguientes:

1. Conforme al *ius civile*, el testador debía desheredar a sus hijos —siempre que fueran *heredes sui*, de manera que esto no vale para los emancipados— en forma individual, *nominatim*; la copropiedad latente sólo podía anularse mediante una disposición expresa. Si omitía a uno de sus hijos, el testamento no era válido.

En cuanto a sus hijas y nietos, podían ser desheredados mediante una fórmula global, sin mencionarlos individualmente, y, en caso de silenciar estas categorías de descendientes, el testamento no era nulo, sino que las personas "preteridas" recibían determinada porción de la sucesión, para lo cual se hacía una corrección preestablecida por la ley, dentro del marco general del testamento. Era algo que podría considerarse como una primera y tímida excepción al principio antiguo de que *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. El sistema de la vía legítima comienza a invadir la vía testamentaria.⁷⁸

2. De acuerdo con el derecho honorario, no sólo los hijos que pertenecían a la categoría de *heredes sui* debían desheredarse *nominatim*, sino también los emancipados; así como el pretor asimilaba los emancipados

⁷⁸ Otra interesante excepción al citado principio romano resulta de D. 5. 2. 15. 2. Un heredero legítimo combatió un testamento que instituía dos herederos, obteniendo un éxito parcial; se declaró no válida la institución de uno de los dos herederos testamentarios. En este caso, hubiera sido injusto que, aprovechando el *ius adcrendi*, el otro heredero testamentario recibiera toda la sucesión, y por ello se permitió que el heredero legítimo concurreniera ahora con un heredero testamentario.

al grupo de los *heredes sui*, les daba también el mismo trato respecto de la desheredación.

El pretor permitía la desheredación *global* únicamente respecto de hijas y nietas. En caso de preterición de un hijo o de un nieto, se abría la sucesión por vía legítima, pero el pretor ordenaba que algunas disposiciones testamentarias guardaran su validez (desheredaciones, legados para la viuda, etc.); otra infracción al principio de la incompatibilidad entre la vía testamentaria y la legítima.

¿Qué debía suceder si un hijo hubiera sido preterido en el momento de hacerse el testamento, pero hubiera muerto antes de abrirlo? Los sabinianos opinaban que el testamento era válido, y el pretor siguió esta opinión. Los proculeyanos, esta vez más dogmáticos, alegaban que el testamento era nulo *ab initio* y que no podía ser revalidado por un hecho posterior.

Pasemos de estas reglas *formales* sobre la desheredación a las restricciones *materiales*. Si alguien observa correctamente la forma arriba descrita, ¿puede entonces desheredar, por capricho, a cualquiera de sus *heredes sui*?

Por su publicidad, el *testamentum calatis comitiis* ofrecía cierta garantía contra un abuso de la libertad testamentaria. Pero, cuando esta forma comenzaba a ceder su lugar a otras más discretas, poco a poco se presentó más claramente la necesidad de defender a los próximos parientes contra maliciosos caprichos del testador. A fines de la época republicana, el *Tribunal de los Centumviri* acostumbraba admitir en tales casos que los testamentos contrarios al deber (*officium*) moral del padre hacia sus hijos, fueran tachados de un *color insaniae*. Paulatinamente, cristalizaron en la práctica de dicho Tribunal algunas reglas sobre los derechos de descendientes y hermanos desheredados, y, finalmente, se llegó al siguiente resultado: si los descendientes recibían menos de la cuarta parte de lo que habrían recibido por vía legítima, podían pedir la anulación del testamento; los hermanos, en caso de no haber descendientes, tenían el mismo derecho, si en lugar de ellos se hubiera instituido a una persona *turpis*.

Para no frustrar esta *querela inofficiosi testamenti*, se crearon a su lado las querellas *inofficiosae donationis* e *inofficiosae dotis*. Su resultado, en caso de éxito, era la rescisión de las liberalidades en cuestión, hasta donde era necesario para poder completar la *portio legítima* del querellante.

Constancio y Juliano crearon, en la fase postclásica, una nueva acción para completar la *portio legítima*, mediante reducciones de ventajas sucesorias previstas en el testamento a favor de otras personas distintas de los próximos parientes, sin anular todo el testamento.

En muchas ocasiones hemos visto que, cuantas veces dicta el derecho disposiciones sobre repartos de un patrimonio, restituciones de valores, etc., es muy importante que los sujetos sepan exactamente de acuerdo con qué día debe calcularse la situación jurídica. Ahora bien, para la fijación de la *portio legítima*, el cálculo se basa en el momento de la muerte del *de cuius*.

Esta *portio legítima* podía ser cubierta con legados, pero no por medio de sustituciones o acrecentamientos. Si de cinco hijos uno recibía menos del cuatro por ciento de la herencia, podía recurrir a la *querela inofficiosi testamenti* —o, en la época postclásica, a la *actio ad supplendam legitimam*—, aunque posteriormente recibiera una cuantiosa porción adicional, por sustitución o en virtud del *ius adcrendi*.⁷⁹

Desde luego, los gravámenes de la cuota hereditaria o del legado debían tenerse en cuenta, para poder calcular si un hijo o un hermano había, o no, alcanzado su *portio legítima*.

Otro interesante problema. Si un hijo único recibe el veinticinco por ciento de una herencia, gravada con un legado de diez mil sestercios, ¿se debe considerar que el legado no es válido? ¿O es necesario que el hijo se dirija a los demás herederos testamentarios, pidiendo que completen su *portio legítima*? Para el legatario y para los otros herederos, se trata de una cuestión muy importante.⁸⁰

Finalmente, mediante la *Novela 115*, Justiniano introdujo una gran reforma, combinando las reglas formales sobre la desheredación con las materiales, de acuerdo con los siguientes principios:

1. La desheredación de cualquier *heres suus* debía hacerse *nominatim*; de lo contrario, el testamento era nulo.

2. También la desheredación del hijo emancipado debía hacerse en forma individual. De lo contrario, el testamento conservaba su validez, pero el preterido tenía derecho a una porción igual a la de un heredero instituido, curioso eco de la condición originalmente inferior del hijo emancipado.

3. Las desheredaciones debían hacerse con indicación de causa y sólo algunas de ellas eran reconocidas por el derecho.

4. Fuera del caso de una desheredación formal, basada en una causa reconocida, cada *heres suus* o hijo emancipado tenía derecho, cuando menos, a su *portio legítima*.⁸¹

5. Si los descendientes recibían menos de lo que les hubiera correspondido de acuerdo con el sistema de la *portio legítima*, podían ejercitar una *actio ad supplendam legitimam* (acción para completar la *portio legítima*) por la cual se reducían las cuotas que habían recibido los demás herederos, para que el actor o los actores obtuvieran su *portio legítima* (los legados, manumisiones, fideicomisos, nombramientos de tutores o curadores quedan en vigor).

Otra restricción a la libertad material de testar era el hecho de que el *parens binubus* (padre o madre, casados por segunda vez) no podía dejar

⁷⁹ C. 3. 28. 36. 1.

⁸⁰ C. 3. 28. 32 opta por la primera solución, que no es la más satisfactoria por ir en contra de la probable voluntad del testador.

⁸¹ En el sistema justinianeo, la *portio legítima* ya no es el 25% de lo que el heredero hubiera recibido por vía legítima, sino cierto porcentaje variable, que crecía a medida que hubiera más *heredes sui* y emancipados (*Nov. 18*).

al nuevo cónyuge más de lo que correspondiera a cada hijo del primer matrimonio.⁸²

Así termina el desarrollo del sistema romano sobre la desheredación formal y material, un sistema que se había iniciado como una conciliación de la idea de la copropiedad familiar con la libertad testamentaria, pero que, en el curso de los siglos, llegó a ser una conciliación de la ética familiar, por una parte, y la libertad testamentaria, por otra.

En muchos países modernos encontramos todavía el sistema de la porción legítima, a veces también con porcentajes variables, como en Francia. En el derecho mexicano, empero, el testador sólo tiene que dejar pensiones alimenticias a determinados próximos parientes, si éstos no pueden subvenir a sus necesidades por razones de edad o de salud.⁸³ Fuera de este caso, el testador no tiene ninguna obligación de dejar parte de su fortuna a sus hijos, nietos, hermanos o viuda. Además, la violación del principio anterior, o sea, la actual preterición, no anula el testamento, sólo causa una redistribución del patrimonio sucesorio, para que el preterido reciba su pensión alimenticia.⁸⁴

El único caso en que el derecho mexicano moderno exige una desheredación formal, lo encontramos en el artículo 1377 del Código Civil: en relación con el hijo póstumo, hay que instituirlo o desheredarlo; no se le puede pasar en silencio. En caso de que el hijo póstumo no sea mencionado en el testamento, recibe la porción que le habría correspondido por vía legítima, subsistiendo el testamento en todo lo demás.

247. LA COLLATIO. En caso de la *bonorum possessio unde liberi*, el pretor procuraba obtener un tratamiento igualitario para todos los hijos, tomando en cuenta que el emancipado había podido trabajar por propia cuenta, acumulando quizás una fortuna durante el intervalo en el cual los *heredes sui* habían incrementado, por su trabajo, el patrimonio del *de cuius*. Por lo tanto, el emancipado debía prometer que aportaría a la masa sucesoria el patrimonio adquirido desde su emancipación. Esta *collatio* solía hacerse, no por entrega física, sino de manera contable, mediante un ajuste financiero en la repartición de la herencia (D.37.6.1.12). Posteriormente surgió otra forma de *collatio*, que todavía en varias legislaciones modernas subsiste (Francia, España, Holanda, Luisiana, Alemania, Austria): se refiere a las dotes, donaciones y figuras semejantes, es decir, a todo *subsidium paternum* (excluyendo los gastos normales de la educación): antes de hacerse la repartición de la herencia, los descendientes

⁸² C. 5. 9. 6; Nov. 22, 27/28.

⁸³ Art. 1368 del Código Civil.

⁸⁴ Art. 1376 del Código Civil. Aquí el Código utiliza en relación con la desheredación material, el término "preterido", que el derecho romano utiliza en relación con la desheredación formal; el error tiene consecuencias indeseables, ya que el art. 1376 quiere proteger también los intereses del pariente desheredado en forma expresa, pero que tuviera derecho a alimentos, o del pariente instituido por una cuantía objetivamente insuficiente. Sin embargo, tales casos no quedan comprendidos en el término "preterido".

deben devolver —contablemente— lo que hubieran recibido del *de cuius* por tales conceptos. Sin embargo, el testador podía eximirles de tal *collatio*; si entonces algún heredero se quedara con una porción sucesoria, inferior a la *portio legitima* que le hubiera correspondido en caso de hacerse la *collatio*, la *querela inofficiosae donationis* o la *querela inofficiosae dotis* podían remediar la situación.

El derecho mexicano no conoce la *collatio*.

248. LA HERENCIA YACENTE Y LA HERENCIA VACANTE. La herencia yacente —es decir, la herencia *quae iacet*, o sea, "que yace allí" sin protección— es una herencia que temporalmente queda sin titular, ya que el heredero indicado en el testamento aún no se decide a aceptarla. En el intervalo entre la muerte del *del cuius* y la *aditio*, la época preclásica no otorgaba protección alguna a tales "herencias yacentes". Quien la saqueara, no cometía un robo, pues los bienes en cuestión eran como *res nullius*, según sugieren todavía algunos textos del *Digesto*.⁸⁵ En la curiosa *usucapio pro herede*,⁸⁶ aún encontramos una transición de este inadecuado sistema al derecho actual.

En cambio, el derecho clásico, comprendiendo el peligro de exponer un patrimonio a riesgos especiales, precisamente cuando su titular ha cerrado los ojos para siempre, comenzó a corregir la situación.

Un senadoconsulto del tiempo de Adriano suprimió la *usucapio pro herede*, y, bajo Marco Aurelio, el saqueo de una herencia yacente se convirtió en un delito especial. Además, se elaboraron varias teorías para dar a la herencia yacente un titular. Según unos, seguía siéndolo el difunto; según otros, el heredero, aunque todavía incierto, ya era de antemano el titular del patrimonio sucesorio. También hubo una corriente que quiso equiparar la herencia yacente a una fundación. Aunque incompatibles entre sí, las tres teorías dejaron huellas en el *Corpus iuris*.

Figura muy distinta era la herencia vacante. Ni la vía testamentaria ni tampoco la legítima le proporcionaban un heredero. En tal caso, la sucesión se incorpora —según ya hemos visto— al patrimonio del fisco, de la Iglesia o del ejército.

249. LOS LEGADOS. El heredero podía ser designado por testamento o por las normas que señalaba la vía legítima; en cambio, el legatario sólo podía ser designado por testamento.

Se trataba de una persona que recibía una liberalidad por testamento que le es transmitido a título particular, mientras que el heredero recibía la herencia a título universal. Como el heredero, el legatario debía gozar de la *testamenti factio passiva*. Cuando el testador quería individualizar determinados beneficios testamentarios, el legado era una institución útil. Por ejemplo, si deseo que la persona que siempre me acompañó al piano

⁸⁵ D. 47. 19. 6; D. 47. 2. 69/71.

⁸⁶ Véase pág. 477.

reciba como legataria mi discoteca, y no, como heredera, una milésima parte de mi herencia; o que mi antigua criada tenga, por toda su vida, un derecho de habitación en mi casa, el legado ofrece una buena solución.

Otra ventaja del legado era que su cuantía podía fijarse de antemano, mientras que, en el momento de hacer testamento, el testador no sabía muchas veces cuál era el valor neto de la herencia. Si quería conceder entonces a algún amigo un beneficio de, aproximadamente, cien mil sesteracios, era más aconsejable instituirlo legatario por esta cantidad, que nombrarlo heredero por un tanto por ciento de la herencia.

Mencionemos ahora el difícil problema consistente en delimitar el legado de las figuras semejantes.

Sobre todo, debemos distinguir del legado el favor en beneficio de un tercero, mediante una condición o carga impuesta al heredero. Si instituyo, por ejemplo, heredero a Tito con la obligación de otorgar una servidumbre de paso sobre un terreno suyo a favor de mi amigo Osilio, este último no es legatario. Por tanto, originalmente, no se necesita que tenga la *testamenti factio passiva* (que como legatario sí necesitaría); y, para el cálculo del límite matemático que debe observarse respecto a la distribución de la sucesión entre herederos y legatarios,⁸⁷ la mencionada obligación no se tomaba en cuenta. Sin embargo, en el curso del período clásico, se extendió, por analogía, todo el régimen restrictivo en materia de legados a las personas que se encontraban en casos semejantes al de Osilio. El realismo práctico triunfa sobre las superrefinadas distinciones conceptuales.⁸⁸

El *ius ad crescendi* podía dar lugar a dudas sobre los legados. Si deo mi casa como legado, a Tito y Servio, por partes iguales, es evidente que, en caso de repudiación del legado por Servio, Tito recibirá la casa entera, gracias al *ius ad crescendi*, siempre y cuando el testamento no prevea un sustituto para Servio. En este caso, no hay problema. Pero, si deo una mitad de mi casa a Tito y otra mitad a Servio, y luego Servio repudia el legado, ¿se aprovechará Tito de la mitad originalmente destinada a Servio, o se aprovecharán los herederos por la desaparición de un legado? Es evidente que, en esta materia, pequeñas diferencias en la formulación del testamento pueden tener enorme trascendencia en la distribución material de la herencia. Además —como ya hemos apuntado— la búsqueda de la “intención del testador” es una tarea delicada por la imposibilidad de consultarlo personalmente. Ya hemos visto que, en caso de duda, en un conflicto de intereses entre un legatario y un heredero, el derecho romano se inclina generalmente a favor del legatario.⁸⁹

Observemos, finalmente, que hubo una marcada tendencia a las acumulaciones de legados en cada testamento. Estos nacieron de la generosidad

⁸⁷ Véase el párrafo 252.

⁸⁸ D. 39. 6. 9 y 36; D. 25. 1. 55.

⁸⁹ Sin embargo, Dernburg presenta sobre este problema, una solución contraria a los intereses del legatario: *System*, 8ª edición, II. 993/994.

y de la vanidad, pero también de determinadas ideas metafísicas, como explicaremos en el párrafo 252.

250. LAS FORMAS DE LOS LEGADOS. Cuatro formas de legados se distinguían, a saber:

1. El legado *per vindicationem*. En este caso, el testador concedía directamente al legatario la propiedad quiritaria sobre determinado bien, con tal que reuniera las condiciones siguientes:

- a) Que perteneciera al testador en el momento de hacer su testamento.
- b) Que perteneciera, además, al testador en el momento de abrirse la sucesión.
- c) Que el testador tuviera sobre él la propiedad *quiritaria* en aquellos dos momentos.⁹⁰

La regla de que el objeto del legado *per vindicationem* debía encontrarse todavía en el patrimonio del difunto cuando se abriera la sucesión, se suavizó respecto de bienes genéricos, en cuyo caso bastaba que bienes del mismo género y de la misma calidad se encontraran en poder del testador cuando éste muriera. Mediante este legado, caracterizado por la fórmula *do lego...*, el legatario recibía un derecho real sobre el objeto en cuestión y podía ejercitar la *reivindicatio*.

2. El legado *per damnationem*. Este legado tenía un campo de aplicación mucho más amplio que el anterior. Podía referirse a objetos que nunca estuvieron en el patrimonio del testador o sobre los cuales el testador tuviera sólo la propiedad bonitaria. Si el objeto legado no se encontraba entre los bienes de la sucesión, el heredero tenía el deber de adquirirlo, y, en caso de imposibilidad de hacer esta adquisición, debía entregar al legatario su valor pecuniario.⁹¹

Para reclamar sus derechos, el legatario no disponía de una *actio reivindicatoria*, como en el caso anterior, sino sólo de una *actio ex testamento*, de carácter personal. La negativa, por parte del heredero, a cumplir voluntariamente con este legado, se castigaba mediante una condena por el doble (duplicación por *enfitiatio*).

En caso de un legado respecto de un objeto que no perteneciera al testador, el legatario tenía la obligación de comprobar que el testador sabía que el objeto era ajeno; y, si el legado se refería a una cosa que en el momento de hacerse el testamento pertenecía al testador, pero que más tarde había sido vendida por éste, tal venta equivalía a una revocación del legado.⁹²

La fórmula de este legado era: *heres meus damnas esto dare...*: “mi heredero está obligado a dar al legatario el siguiente objeto: ...”

3. El legado *per praeceptionem*. Se parecía al vindicatorio, pero era, a la vez, más amplio y más restringido:

⁹⁰ Ya que *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

⁹¹ Cfr. art. 1432 del Código Civil.

⁹² Cfr. art. 1413 del Código Civil.

a) Más amplio, porque podía tener por objeto un bien sobre el que el testador no tuviera más que la propiedad bonitaria.

b) Más restringido, pues el legatario debía pertenecer al grupo de los herederos. Antes (*prae*) de la división de la herencia, el legatario tenía el derecho de tomar (*capere*) determinado objeto perteneciente a la sucesión. Su derecho estaba amparado por una acción real.

La fórmula de este legado era: *Servius praecipito*...: "Servio debe tomar, antes de la división de la herencia entre los coherederos, el siguiente objeto: ..."

4. El legado *sinendi modo*. Se parecía al legado *per damnationem*. Como en éste, el legatario tenía una *actio ex testamento*, de carácter personal, en contra del heredero, para reclamar la entrega; pero el objeto de este legado se limitaba a los bienes pertenecientes a la sucesión o al heredero. Su fórmula era: *heres meus damnas esto sinere*... "mi heredero está obligado a permitir que el legatario tome el siguiente objeto. ..."

A causa de su enfermedad o por su ignorancia del derecho, los testadores no siempre encontraban la fórmula debida, en el momento de insertar los legados en un testamento. Por eso, Nerón decidió, mediante el *senatus-consultum Neronianum*, que, en caso de defectos formales, el legado valdría como *per damnationem*, por el mayor campo de aplicación de éste.

En 339, los sucesores de Constantino quitaron tamaña importancia a la forma, y encargaron a los interesados que investigaran la intención del testador: su probable voluntad tomó el lugar de la presunción del senado-consulta Neroniano.

Justiniano, el unificador, trató todos los legados de la misma manera y concedió a los legatarios:

1. Una acción real para reclamar el objeto, si éste se encontraba entre los bienes de la sucesión.

2. Una acción personal contra el heredero, si el objeto pertenecía a éste o a un tercero del cual el heredero debería tratar de comprarlo. También procedía la acción personal si el objeto del legado no era una cosa, sino servicios, ampliación de un plazo, etc., de manera que una acción real de nada serviría.

3. Una acción hipotecaria respecto de los bienes que tuviera el heredero en el momento de recibir la herencia (otra de aquellas molestas hipotecas generales y tácitas, que tantos trastornos provocaban en la práctica jurídica del mundo antiguo).

251. EL OBJETO DEL LEGADO. En cuanto al objeto del legado, podía consistir en ventajas de toda índole. Los principios básicos en esta materia eran sencillos, pero podían presentarse problemas espinosos cuando se descendía de las normas generales a los casos concretos, como ilustraremos con unos cuantos ejemplos:

a) El objeto del legado podía ser un bien tangible, específico o genérico. Por el hecho de recibir el legatario "bienes sin deudas" —ya que

sucede a título particular, no a título universal—, era evidente que el legatario de una cosa gravada con una hipoteca no se convertía en deudor hipotecario. Por otra parte, como la hipoteca es un derecho real —y, por tanto, oponible a cualquier persona, inclusive al legatario—, la cosa legada continuaba sirviendo para garantizar la deuda de uno de los herederos. Sin embargo, lo anterior era discutible: si el testador legaba un objeto que servía de prenda o estaba gravado por una hipoteca, ¿legaba sólo la propiedad desmembrada o imponía tácitamente al heredero el deber de liberar el objeto de sus gravámenes? D.31.66.6 parece inclinarse a la segunda opinión. Yendo más lejos, podemos preguntar, inclusive, si acaso el legado de un terreno implicaba tácitamente el deber del heredero de liberar el predio de los derechos de enfiteusis, de superficie, las servidumbres reales, etc., mediante arreglos con los diversos titulares de estos *iura in re aliena*.⁹³

Otro problema: yo lego a alguien una cantidad de plata que se encuentra en mi poder; durante mi vida, parte de esta plata se transforma en una estatua. ¿Pertenece ésta al legado? D.30.44.2 contradice, al respecto, a D.32.38.

El legado podía ofrecer también al legatario una opción entre varios objetos (*legatum optionis*); si el legatario se mostraba indeciso por demasiado tiempo, el juez podía fijarle un plazo perentorio para que se decidiera.

b) También podían legarse bienes inmateriales, como créditos. ¿Implicaba este legado los réditos pendientes de cobrar? D.33.34 dice que sí.

Pero, si durante su vida el testador había cobrado el crédito en cuestión e invertido el producto en un terreno, ¿valía el legado, entonces, respecto de este fundo? A veces, sí.⁹⁴

El legado podía también consistir en el perdón de deudas contraídas por el legatario con el testador, o en una prórroga del plazo para pagar tales deudas. También podía tener por objeto liberar al legatario de deudas contraídas con terceros, en cuyo caso el heredero, al aceptar la herencia, tenía el deber de liquidar estas deudas en beneficio del legatario.

Inclusive podía figurar como legado⁹⁵ una disminución de plazo en los préstamos en que el testador tuviera el papel de deudor, o una ampliación de plazo si fuera acreedor.

c) Otra clase de bienes inmateriales que, con frecuencia, encontramos como objetos de legados, son *iura in re aliena*: usufructo, derecho de habitación, derecho de uso, servidumbres reales, etc.

d) La renuncia a un *ius in re aliena*, por parte del testador, podía figurar también como legado. En tal caso, no siempre había un aumento en el patrimonio del legatario: la renuncia al derecho de prenda, por parte del testador, dejaba subsistente, por ejemplo, la deuda del legatario, aunque sólo como simple deuda quirografaria.

⁹³ *Inst.* II. 20. 5 menciona el problema, pero no quiere ir tan lejos como la pregunta anterior sugiere.

⁹⁴ Véase D. 33. 11. 13 y 64.

⁹⁵ Cfr. art. 1448 del Código Civil.

e) El objeto del legado podía consistir también en una parte de la herencia (la mitad, por ejemplo). Entonces se presentaba un problema: ¿Cómo podía el heredero transmitir esta parte del patrimonio sucesorio? (¡No se olvide que el legado se transmitía a título *particular!*). Respecto de los bienes no hubo dificultad, desde luego; para cada objeto pudo hacerse una *traditio*. Pero ¿respecto de las deudas? ¿Y respecto de los créditos, que en el derecho romano fueron, por mucho tiempo, casi intrasmisibles?

Para estos últimos elementos del patrimonio transmitido por concepto del legado, el heredero y el legatario tenían que celebrar recíprocamente *stipulationes partis et pro parte*, mediante las cuales el heredero exigía del legatario una contribución proporcional, en caso de tener que liquidar una deuda de la herencia y el legatario exigía del heredero una participación proporcional en cada crédito de la herencia que el heredero cobraría. Es una mala solución, ya que hacía depender a uno y otro de la buena fe y de la solvencia de la parte contraria, hasta la liquidación final de las deudas y de los créditos de la sucesión.

252. HEREDEROS VERSUS LEGATARIOS. Para nosotros, la diferencia entre el heredero y el legatario se manifiesta en el modo de transmisión. En caso de una herencia, encontramos una transmisión a título universal (un conjunto de bienes, deudas y créditos se transmite en bloque); en el caso contrario, la transmisión se hace a título particular. Sin embargo, no seguimos obstinadamente esta regla; en casos excepcionales, también los legatarios pueden recibir a título universal en nuestro derecho moderno.⁹⁶ En Roma, en cambio, se tomó al pie de la letra la señalada distinción; aun cuando el legatario recibiera una cuota de una sucesión, el legado nunca podía transmitirse a título universal, como ya hemos señalado.

Sin embargo, parece que en esta diferencia, puramente jurídica, no debemos buscar la original distinción entre herederos y legatarios. La diferencia estriba más bien en lo siguiente: el heredero era el continuador de la *personalidad* del difunto, mientras que el legatario no era más que un continuador parcial de su situación *patrimonial*.

Ahora bien, para tener la seguridad de que el heredero aceptaría su función desinteresadamente, hubo una tendencia entre los testadores a repartir sus bienes en forma de legados.

Desde que el espíritu materialista invadió a Roma, después de las guerras púnicas, el resultado de esta tendencia fue que los herederos rechazaron las herencias y —contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno—, por su repudiación, *todo el testamento* perdía vigor, de manera que los legatarios no recibían nada y la sucesión se repartía por vía legítima.

Para evitar esto, el legislador intervino en esta controversia entre testadores y herederos, mediante la *Lex Furia Testamentaria* de 182 a. de J. C. En ella se disponía que ningún legado podía exceder de mil ases.⁹⁷ Pero

⁹⁶ Art. 1411 del Código Civil.

⁹⁷ Según cálculos hechos por Mommsen, el *as* correspondía a unos veinte centavos de peso mexicano.

esta medida no cambió la actitud de los testadores, quienes repartieron sus fortunas entre un sinfín de legados de mil ases cada uno. De nuevo, los herederos reaccionaron mediante repudiaciones; no les bastaba el *inane nomen heredis*.

Una vez más interviene el legislador: en 169 a. de J. C., la *Lex Vocolonia* dispuso que ningún legado podía tener un valor superior a lo que recibiera el heredero. Otra vez, empero, el testador encontró el medio de frustrar la intención del legislador, fraccionando el activo de su patrimonio en una multitud de pequeños legados, para dejar, de este modo, muy poco al heredero.⁹⁸

De nuevo intervino el legislador, mediante la *Lex Falcidia*, de 40 a. de J. C., decretando que el heredero no podía ser constreñido a entregar legados por más del setenta y cinco por ciento del valor neto de la herencia. En caso de infracción a este principio, todos los legados debían sufrir una reducción proporcional, hasta que el total de los legados fuera el setenta y cinco por ciento del patrimonio sucesorio. Así, el heredero se quedaba, cuando menos, con la *quarta falcidiana*, un principio que juega importante papel en México hasta la expedición del primer Código Civil. Esta *Lex Falcidia* provocaba la necesidad de calcular exactamente el valor de la herencia y de los legados, de manera que, en relación con esta materia, Ulpiano calcula una tabla de probabilidades de supervivencia, necesaria para la determinación exacta del valor de derechos de usufructo vitalicio, concedidos en forma de legado.⁹⁹

Una vez más el testador encontró una solución contraria al deseo del legislador, mediante la figura del *fideicomiso* (que estudiaremos más tarde) y que le permitía obligar al heredero a entregar el ciento por ciento de la herencia a terceros. Sólo cuando, finalmente, mediante el senadoconsulto Pegasiano (en tiempos de Vespasiano), se extendió el sistema de la *Lex Falcidia* al fideicomiso, el testador perdió esta curiosa lucha contra el interés material de sus herederos. Pero como, en aquellos tiempos, las antiguas ideas romanas iban cediendo su lugar a nuevas ideologías racionalistas (el estoicismo) o místicas (influencias orientalistas), entre tanto había perdido su fundamento la señalada tendencia de los testadores a dejar al heredero solamente el vacío nombre de tal.

Por su aspecto externo, lo anterior podía considerarse como la elaboración, en diversas etapas, de un sistema de defensa del heredero contra el legatario. Simétricamente, en el derecho sucesorio romano encontramos otro conjunto de normas que protegen al legatario contra el heredero. Si éste era insolvente, el titular de un legado *per damnationem* o *sinendi modo* podía pedir la ya descrita *separatio bonorum*. Además, si el legado quedaba

⁹⁸ Esta ley se limitaba a herencias importantes, cuyos autores pertenecían a la primera clase del censo.

⁹⁹ Véase D. 35. 2. 68. Recomiendo, al mismo tiempo, la lectura de otras citas de D. 35. 2., título lleno de las más interesantes complicaciones jurídicas surgidas en relación con la *Lex Falcidia*.

sujeto a condiciones o términos suspensivos, el legatario tenía un derecho de custodia por todo el tiempo en que el heredero tuviera en su poder el objeto del legado. El legatario podía utilizar esta custodia para fastidiar al heredero, hasta que, finalmente, éste ofreciera una fianza a favor del legatario, en sustitución de dicha custodia.¹⁰⁰

Desde Justiniano, tal custodia ya no era necesaria, pues se introdujo a favor del legatario una hipoteca sobre todos los bienes del heredero, como ya hemos visto.¹⁰¹

253. LA ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS. *DIES CEDENS* Y *DIES VENIENS*. En relación con la adquisición de los legados encontramos la *regula catoniana*: si el legado no era válido en el momento de la confección del testamento —por ejemplo, en vista de la circunstancia de que el legatario no tenía en aquel momento la *testamenti factio passiva*—, seguiría no siendo válido, aunque el legatario adquiriera posteriormente la capacidad necesaria para recibirlo.¹⁰² En realidad, esta regla es sólo una aplicación particular del principio general de que un acto, que carece de validez en un principio, no puede obtenerla por el transcurso del tiempo.¹⁰³

Ahora bien, ¿cómo adquiriría el legatario su legado? ¿Automáticamente, por el hecho de que el heredero aceptara la herencia (opinión de los sabinianos, que completaban esta adquisición automática otorgando al legatario un derecho de repudiación expresa) o mediante una propia *aditio* especial (opinión de los proculyanos)? En realidad, la opinión de los sabinianos era más sencilla y no creaba riesgos especiales, por las razones siguientes:

a) El legatario recibía un activo sin pasivo (contrariamente a lo que sucedía con el heredero, quien recibe un conjunto de elementos activos y pasivos).

b) Como a nadie puede hacerse un beneficio contra su voluntad,¹⁰⁴ el legatario conservaba su libertad de repudiar. Obsérvese, empero, que una repudiación por parte del legatario, antes de la aceptación de la herencia por el heredero, sería inoperante, pues “sólo puede repudiar el que puede aceptar”.¹⁰⁵

También, en el caso de que un testamento ofreciera a Tito un legado con la condición suspensiva de que terminara primero determinados estudios, aun después de la *aditio* por parte del heredero, la repudiación hecha por el legatario antes de cumplir con la condición, no surtiría efectos por la misma razón. Por tanto, el hecho de haber repudiado antes, no crea obstáculo alguno para reclamar el legado al cumplir la condición.

¹⁰⁰ ... *Ut taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem*, “para que extorsione una fianza al heredero, fastidiado por la vigilancia permanente”, como dicen las fuentes plásticamente (D. 36. 4. 5 pr.).

¹⁰¹ C. 6. 43. 1. 24; cfr. art. 2935-IV del Código Civil.

¹⁰² D. 34. 7. 1 pr.

¹⁰³ D. 50. 17. 29.

¹⁰⁴ D. 50. 17. 69.

¹⁰⁵ *Eius est nolle, qui potest velle*. D. 50. 17. 3.

Si seguimos la opinión sabiniana, debemos confesar que la adquisición del legado, por ser automática, es un tema más sencillo que el de la adquisición de una herencia. Sin embargo, al mismo tiempo, es un sistema más complicado, ya que el legatario adquiriría su legado en dos etapas; la adquisición se inicia el *dies cedens*, para perfeccionarse el *dies veniens*. Veamos primero la *ratio iuris* de esta complicación.

El heredero que recibía una herencia cargada de legados a favor de personas ancianas o enfermas, podía sentir la tentación de posponer la *aditio* con la esperanza de que la defunción de algunos legatarios le aliviara, entre tanto, la carga de tantos legados. Incluso podía pasarle por la imaginación la idea de ayudar a la muerte en este sentido.

Para liberarlo de estas inquietudes, el derecho romano construyó la adquisición de los legados en dos etapas: en el *dies cedens*, el legatario recibía la *esperanza* del legado, transmisible a sus herederos; y en el *dies veniens*, esta expectativa transmisible se convertía en un derecho reclamable.

El *dies cedens* era, en caso de un legado puro y simple y en caso de un legado a término, el momento de la muerte del testador.¹⁰⁶

Para un legado bajo condición suspensiva, el *dies cedens* era el momento en que se cumplía la condición.

El *dies veniens* era, en caso de un legado puro y simple, el momento en que el heredero hiciera la *aditio*. En el supuesto de legados sujetos a término o condicionales, era necesario, además, el cumplimiento del término o de la condición.

Así, desde el *dies cedens*, el heredero sabía que tendría que entregar el legado a los herederos del legatario, si éste moría antes del *dies veniens*. De esta manera, el heredero, desde el *dies cedens*, ya no tenía ningún interés en posponer la *aditio*.

En cambio, si el legatario moría antes del *dies cedens*, el heredero se aprovechaba de la desaparición del legado, a no ser que hubiera, sea legatarios sustitutos, o más bien, varios colegatarios respecto de un solo legado, en cuyo último caso los colegatarios del legatario difunto se aprovechaban, gracias al *ius adcrecendi*.

El *dies cedens* tenía otras dos funciones, además de ser el día en que nacía para el legatario una esperanza al legado, transmisible por herencia.

Estas otras dos funciones eran:

a) El valor exacto del legado era el valor que éste tenía en el *dies cedens* (¡piensen en el legado de un rebaño!).

b) El legatario debía tener la *testamenti factio passiva* en el momento de hacerse el testamento (*regula catoniana*) y en el momento del *dies cedens*.

A esta última regla el derecho romano permitía una excepción para el

¹⁰⁶ Desde la legislación caducaria, se tomó como *dies cedens* el día de la apertura del testamento, pero en el derecho justiniano se colocó de nuevo el *dies cedens* en el día de la muerte del testador.

caso de que el legatario fuera un esclavo del testador, manumitido por testamento. En tal caso, no podía aplicarse la regla anterior.¹⁰⁷

Esta excepción era lógicamente necesaria, pero tenía el inconveniente de que el heredero tuviera de nuevo cierto interés en posponer la *aditio* si el esclavo en cuestión fuera viejo o enfermo. Por una poderosa razón se suprimió en este caso el sistema del *dies cedens* y *dies veniens*, pero renacieron, desde luego, los inconvenientes que se trató precisamente de combatir con este sistema.

Una segunda excepción la encontramos en legados cuyo objeto consistía en una servidumbre personal. Como tales servidumbres tenían una duración que no podía exceder de la vida de sus titulares, de manera que el heredero —en este caso, al mismo tiempo, nudo propietario— recuperaría, de todos modos, la plena propiedad del objeto de tales servidumbres a la muerte del legatario, la existencia de tales legados nunca podía ofrecer una razón para posponer la *aditio*. Donde faltaba la *ratio* de este sistema del *dies cedens* y *dies veniens*, no había necesidad de complicar la vida jurídica con una adquisición gradual de los legados en el sentido descrito. Además, hubiera sido un absurdo jurídico crear, con la introducción del *dies cedens*, “una esperanza transmisible a herederos del legatario” respecto de una servidumbre personal que precisamente *no* es transmisible por herencia.

Como en el derecho moderno la exigibilidad de los legados no depende de la aceptación de la herencia por el heredero, no necesitamos aquel complicado, pero inteligente, sistema del *dies cedens* y del *dies veniens*. Sólo para la determinación del valor del legado sobrevive el *dies cedens*, considerándose como tal el día de la muerte del testador.¹⁰⁸

254. LAS MODALIDADES EN LOS TESTAMENTOS. Los negocios jurídicos entre vivos o *mortis causa* tienen por objeto crear nuevas situaciones jurídicas. Ahora bien, a tales negocios podían añadirse cláusulas especiales que suspendían el nacimiento de la nueva situación (términos o condiciones suspensivos), que la extinguían, restableciendo la antigua (términos o condiciones resolutorios) o que imponían restricciones al beneficio que la nueva situación ofrecía a determinadas personas (cargas). La diferencia entre términos y condiciones radica en que los términos son acontecimientos futuros de realización cierta, mientras que las condiciones son acontecimientos futuros de realización incierta.

En cuanto a los términos, unos son de fecha cierta (1 de abril de 1989); y otros, de fecha incierta, aunque de realización cierta (el día de mi muerte).

Por una parte, la modalidad crea siempre una situación más complicada que una institución “pura y simple”. Por esta razón, alguien estaría

¹⁰⁷ En el *dies cedens*, el legatario era todavía esclavo, ya que sólo por la *aditio*, en el *dies veniens*, el testamento se volvía eficaz. Por tanto, en el citado caso, no sería justo determinar la capacidad del legatario de acuerdo con el momento del *dies cedens*.

¹⁰⁸ Art. 1395 del Código Civil.

tentado a decir: “no debemos permitir al testador que entorpezca la situación jurídica que resulte de su muerte, poniendo toda clase de modalidades en su testamento”. Pero, por otra parte, debemos reconocer que es precisamente por tales modalidades como el difunto puede hacer sentir su voluntad en el mundo de los supervivientes. La modalidad en el testamento es “la mano que sale de la tumba”, un arma que no debemos quitar a los difuntos.

En el derecho positivo romano, la reglamentación de las modalidades en el testamento es un compromiso entre estos dos puntos de vista opuestos.

Encontramos los siguientes principios básicos:

1. El término de fecha incierta es considerado como si fuera una condición.¹⁰⁹

2. La condición resolutoria se prohibió en la institución de herederos.¹¹⁰ De ahí el famoso: *semel heres, semper heres*, o sea, “una vez heredero, heredero para siempre”. Una vez adquirida la calidad de heredero, no se podrá volver a perderla, por la realización de una condición resolutoria, o por otras circunstancias, salvo, desde luego, el triunfo procesal de otro heredero con mejor derecho.

Respecto a los legados, el derecho antiguo, desde Justiniano, fue menos rígido. Permitió el legado bajo condición resolutoria, siempre y cuando el legatario prestara una fianza, que garantizara la devolución del legado en caso de realizarse la condición resolutoria.¹¹¹ De acuerdo con el principio de que la condición se realiza con efectos *ex tunc* (es decir, retroactivamente), la devolución comprende en tal caso los frutos. Como caso excepcional, encontramos aquí que un poseedor de buena fe no puede quedarse con los frutos.

La mencionada desconfianza en cuanto a la condición resolutoria es natural: el resultado de ella se parecía a la propiedad *ad tempus*, figura contradictoria. Como ya hemos visto, la repugnancia de los clásicos a la condición resolutoria llegó al extremo de construirla como la “anulación, bajo condición *suspensiva*, de un negocio *puro y simple*”.

No es sorprendente que Justiniano permitiera, por fin, tímidamente, la condición resolutoria en relación con *legados*, pero no con la institución de *herederos*. La anulación posterior de la institución de un heredero, por la realización de la condición resolutoria, hubiera tenido como consecuencia la anulación de todo el testamento, con sus legados, manumisiones, fideicomisos y nombramientos de tutores o *curatores*; en suma, un inextricable enredo de las relaciones jurídicas.

3. En cambio, la condición *suspensiva* se permitía en la institución de herederos o legatarios.

Tratándose de la institución de herederos, la herencia quedaba yacente *pendente conditione*. *Defecta conditione*, la sucesión se repartía por vía

¹⁰⁹ D. 35. 1. 75.

¹¹⁰ I. 2. 14. 9.

¹¹¹ *Cautio Muciana*.

legítima, salvo el caso de que hubiera un heredero sustituto. *Completa conditione*, la herencia se adquiría, *ipso iure*, por el heredero, si éste era un *heres suus* o un esclavo propio del testador; si era un *heres extraneus*, podía hacer la *aditio* desde el momento de cumplirse la condición.

4. El derecho romano no se oponía, como el moderno, a condiciones negativas, a no ser que tales condiciones fueran contrarias a la moral. Así, la condición de no casarse era considerada inmoral; en cambio, la condición impuesta a la viuda de no volver a casarse corresponde a los consejos de San Pablo y a la moral cristiana de la época de Justiniano, de manera que este emperador permite esta última condición negativa potestativa.¹¹²

Ahora bien, hemos visto que el derecho romano permitía la condición suspensiva y la condición negativa. ¿Pero cuál era su actitud ante la condición suspensiva-negativa-potestativa? Un ejemplo de tal condición sería: "Adquieres la herencia bajo la condición suspensiva de que no vayas jamás al odioso país de los narbonenses". Estrictamente hablando, sólo a la muerte del heredero se podría decir que la condición suspensiva se había cumplido, de modo que el heredero no se aprovecharía de una herencia ofrecida con tal modalidad. Esto pareció injusto al jurisconsulto romano, por lo que permitió al heredero tomar posesión de la herencia, fingiéndose, temporalmente, que la condición suspensiva se había cumplido. Por otra parte, el heredero debía prestar la *cautio Muciana* que ya mencionamos. Así, con un rodeo, se llegaba, en este caso especial, al resultado práctico de la institución de un heredero bajo condición resolutoria, figura normalmente prohibida.¹¹³

5. El término (resolutorio o suspensivo) en las herencias se prohibió. El término resolutorio hubiera dado lugar a una *hereditas ad tempus*, prohibida por la misma razón por la que se prohibió la *proprietas ad tempus*, a causa de las complicaciones que hubiera causado la anulación de los efectos del testamento, una vez cumplido el término (recuérdese que toda la eficacia del testamento dependía de un punto fundamental: que la institución del heredero fuera válida y surtiera efectos). Esta prohibición del término resolutorio en la institución de herederos corresponde a la máxima, ya mencionada: *semel heres, semper heres*.

En cuanto al término suspensivo, el derecho romano no lo admitía respecto a las herencias, ya que no era mediante tal término como el testador podía ejercer presión sobre la conducta de los sobrevivientes, en vista de que, por definición, el término se realizaba de todos modos.¹¹⁴

En relación con la institución de legatarios, las precitadas objeciones

¹¹² Condiciones *potestativas* son aquéllas cuyo cumplimiento depende sólo de la voluntad de la persona que tenga interés en que la condición se cumpla. Las condiciones *casuales* dependen, en su cumplimiento, de algún acontecimiento o acto independiente de la voluntad del interesado en que la condición se cumpla. La realización de condiciones *mixtas* depende de la voluntad del interesado y de algún hecho o acto independiente de él.

¹¹³ Cfr. D. 35. 1. 7 pr. D. 35. 1. 7. 2, 1 y 2. D. 35. 1. 73 *initio*.

¹¹⁴ Véase I. 2. 14. 9.

contra los términos suspensivos o resolutorios desaparecieron. En este caso, tales términos daban lugar a figuras jurídicas semejantes a un usufructo¹¹⁵ a favor del heredero (término suspensivo) o a favor del legatario (término resolutorio). Es verdad que no servían para intervenir en la conducta de los supervivientes, pero eran útiles para detallar e individualizar la distribución de los beneficios sucesorios entre las personas a las cuales el testador quería favorecer.

6. La modalidad imposible (física o jurídicamente) se tenía por no puesta en negocios *mortis causa* (en cambio, en negocios *inter vivos*, tal modalidad anulaba el negocio). Por tanto, una institución de heredero o legatario con una condición imposible, se convertía en una institución pura y simple. Los proculyanos no estaban de acuerdo con esta solución y querían dar a los *negotia mortis causa* el mismo tratamiento previsto para los *negotia inter vivos*. En cambio, los sabinianos defendían la solución precitada, pensando en el carácter de *causa favorabilis* que tenía el testamento, particularidad que obligaba a buscar soluciones tales a problemas testamentarios que el testamento no perdiera su eficacia. Por tanto, preferían dar por no puesta la condición imposible, para que ésta nunca pudiera anular la institución de un heredero y con ella todo el testamento.

7. En cuanto a la carga, no hubo problema jurídico, mientras fue una modalidad de carácter puramente moral. Pero tan pronto como recibió sanción jurídica, en tiempos del Bajo Imperio, se prohibió para las herencias, y sólo se permitió para los legados, desde Justiniano, siempre que el legatario prestase la *cautio Muciana*.¹¹⁶

No siempre es fácil distinguir entre un sublegado y un *modus*. Si, por ejemplo, lego mi biblioteca a la Universidad, estipulando que ésta debe entregar mis libros alemanes al Instituto Cultural Mexicanoalemán, se trata de un sublegado; en cambio, si estipulo que la Universidad, de aceptar el legado, deberá publicar una edición bilingüe de las *Instituciones* de Gayo, se trataría de un *modus*, aunque no de un *modus* típico, por faltar una clara conexión entre el beneficio transmitido y la obligación impuesta.

Distintos del *modus* son los buenos consejos que el testador dirige a sus herederos y legatarios, esperando que esta "voz desde la tumba" sea escuchada con más devoción que lo fue en vida la del pariente o amigo.

255. CASOS ESPECIALES DE MODALIDADES EN EL TESTAMENTO. Podemos distinguir los siguientes:

1. El legado en concepto de pena. El testador puede condenar al heredero a entregar algún legado importante en caso de realizar determinados actos, contrarios a la voluntad del testador.¹¹⁷

¹¹⁵ Un usufructo muy *sui generis*, que no termina por la muerte del usufructuario...

¹¹⁶ En el derecho bizantino, la sanción no era la devolución del legado, sino una indemnización que debía pagarse a la persona interesada en el cumplimiento de la carga. ¡El moderno derecho mexicano, equiparando la carga a una condición resolutoria potestativa (art. 1361 C. C.), es más severo con el legatario incumplido!

¹¹⁷ Por ejemplo: "si te casas con aquella insoportable Lucrecia, tendrás que entregar, como castigo, un legado de un millón de sestercios a Claudio".

Los autores clásicos dudaron de la validez de tales legados, considerándolos contrarios al espíritu de benevolencia que el testador debe manifestar hacia el heredero. Sin embargo, los postclásicos admitieron tales legados —en realidad, no más contrarios al espíritu de benevolencia que cualquier condición suspensiva—, pero aplicaban, con justa razón, la teoría proculeyana para el caso de que tales legados se emplearan en impulsar al heredero a la realización de actos ilícitos.

Ilustremos lo anterior con un ejemplo. La disposición testamentaria: “si el heredero no repudia a su esposa dentro de un año, contando desde la fecha de mi muerte, deberá entregar un legado de un millón de sestericios a Claudio” es, en realidad, inmoral. Según la teoría sabiniana, aceptada como teoría general, la parte inmoral se tenía por no puesta, y el legado se convertía en puro y simple, es decir, Claudio recibe un legado *per damnationem* de un millón de sestericios. Esta solución era evidentemente contraria a lo que el testador quiso en realidad; no era su intención favorecer a Claudio, sino provocar la repudiación de la esposa del heredero. Por tanto, en este caso se aplicaba, excepcionalmente, la teoría proculeyana, de modo que, si un legado en concepto de pena tiende a provocar un acto inmoral o antijurídico, todo el legado se anula.

2. Legado con condición tácita. Puede servir de ilustración el siguiente ejemplo: “Ticio recibirá, como legado, al hijo de mi esclava Marcela”. Es esta una disposición que encontramos en un testamento, en el momento de cuya apertura Marcela no tenía hijos. ¿Debemos considerar este legado como un legado con objeto inexistente y, por tanto, ineficaz? ¿O debemos considerarlo como un legado bajo condición suspensiva tácita, en el sentido de que si acaso algún día Marcela tuviera un hijo, éste sería para el legatario? (En este segundo caso, el *dies cedens* es el día del nacimiento del hijo de Marcela.)

Sin embargo, el *Digesto* opta por una tercera solución,¹¹⁸ y construye la situación jurídica como un legado puro y simple que tiene por objeto un derecho condicional (de manera que el *dies cedens* es el de la muerte del testador). La diferencia entre esta tercera solución y la segunda es considerable en el caso de que el legatario muera entre el momento de la muerte del testador y el del nacimiento del hijo de Marcela.¹¹⁹ Aquel modo de construir dogmáticamente la situación, favorecería entonces al heredero, ya que el legatario habría muerto *antes* del *dies cedens*; en cambio, la última solución ofrecería el legado al heredero del legatario, en vista de que éste habría fallecido *después* del *dies cedens*.

En lo anterior, tenemos un buen ejemplo del alto grado de sofisticación del derecho clásico, la cual, más adelante (después de 235 d. de J. C., por tanto), desapareció totalmente.

¹¹⁸ D. 35. 1. 99.

¹¹⁹ En el mencionado texto, “condición extrínseca” significa “condición que no nace del testamento en forma expresa, sino que resulta de la naturaleza del legado”.

La obra de Justiniano, Triboniano y sus colaboradores puede considerarse como una tentativa de restaurar este espíritu de finura, esta habilidad de interpretar una misma situación jurídica en diversos sentidos. El renacimiento del derecho clásico en Bizancio es un intento de borrar la influencia de tres siglos de “derecho vulgar”, de una práctica jurídica imbuida de tendencias laicas, en que jueces y jurisconsultos trataban de resolver los problemas jurídicos mediante el “sentido común”, en vez de utilizar el fino instrumental de la ciencia jurídica clásica, cuyo espíritu se manifiesta tan claramente en ejemplos como el anterior.

256. LAS MODALIDADES EN LOS TESTAMENTOS EN EL DERECHO MODERNO. En el actual derecho mexicano encontramos, en comparación con el romano, las siguientes diferencias en relación con el presente tema:

1. Actualmente aceptamos la teoría proculeyana, y no la sabiniana, respecto de modalidades imposibles.¹²⁰ En artículos como el 1355 y 1358 del Código Civil encontramos todavía, empero, la influencia de la tesis sabiniana.

2. Por la disminución de la importancia del heredero en la sucesión testamentaria —recuérdese que de su aceptación ya no depende toda la eficacia del testamento, como sucedía en el derecho romano—, admitimos la condición resolutoria más liberalmente¹²¹ y, por tanto, también la carga¹²² en relación con la institución de herederos.

3. El código de 1928 declara jurídicamente imposibles, por contrarias a la libertad individual, las condiciones negativas, de *no* dar o de *no* hacer,¹²³ y repite esta prohibición expresamente para la condición de no impugnar el testamento y de no tomar estado.

En concordancia con el derecho romano, negamos todavía validez a los términos resolutorios o suspensivos concernientes a la institución del heredero, pero permitimos tales modalidades respecto del legatario.¹²⁴

257. EL FIDEICOMISO. El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso *mortis causa*, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o el legatario; y el fideicomisario, un tercero.

No siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente el objeto del fideicomiso. Podía mediar un intervalo de propiedad fiduciaria, durante el cual el fiduciario gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición.

Tal fideicomiso se realiza *verbis precativis*,¹²⁵ con absoluta libertad

¹²⁰ Cfr. art. 1347 del Código Civil.

¹²¹ Art. 1344 del Código Civil.

¹²² Art. 1361 del Código Civil.

¹²³ Art. 1355 del Código Civil.

¹²⁴ Arts. 1380, 1364 y 1366 del Código Civil.

¹²⁵ De *precari*, suplicar.

de forma, y encontraba originalmente su base en la *bona fides* del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Servía para favorecer *post mortem* a personas que no tenían la *testamenti factio passiva* o para burlar la *Lex Falcidia*.

Después de las guerras púnicas, un nuevo espíritu penetró en Roma. Para muchos, el dinero valía más que la buena reputación, y los fideicomisos quedaban, a menudo, sin cumplir. A causa de algunos escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos, y, desde Claudio, dos pretores especiales se ocuparon de las cuestiones fideicomisarias.

Después de este trasplante desde el campo de la moral al del derecho, el fideicomiso sufrió, en el curso del tiempo, como era natural, toda clase de restricciones, análogas a las que existieron en relación con herencias y legados.

Así vemos que en tiempos de Vespasiano se introdujo el principio de la *Lex Falcidia* en los fideicomisos (senadoconsulto Pegasiano), y que las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso. En tiempos de Adriano, los peregrinos y las *personae incertae*, incapaces de recibir herencias y legados, fueron declaradas también incapaces de recibir fideicomisos. Y así, poco a poco, el fideicomiso perdió la elasticidad que lo distinguió del legado o de la herencia. ¡Pero no en forma total! En primer lugar, algunas personas que no tenían la *testamenti factio passiva* podían recibir fideicomisos, aun en tiempos del Bajo Imperio.¹²⁶

Más importante es la segunda ventaja que conservó el fideicomiso. Este permitía designar por anticipado al "fideicomisario del fideicomisario". Tal determinación del camino que un bien tomaría en las próximas generaciones, la *sustitución fideicomisaria*, no era posible en materia de herencias o legados (aunque se acercaba a esta posibilidad la sustitución pupilar o cuasipupilar en relación con herencias, que permitía al testador designar al heredero de su hijo, impúber, demente o imbécil, siempre que éste muriera después que el testador, pero antes de llegar a la pubertad o de recuperar su sano juicio). También se permitía, en materia de herencias o legados, la sustitución en el sentido del artículo 1472 del Código Civil. Pero si uno quería que su heredero o legatario dejara a su vez el objeto de la herencia a algún próximo heredero o legatario, el derecho romano no ofrecía solución alguna en el campo de las figuras de la *hereditas*, de la *bonorum possessio* o del legado, salvo los mencionados casos excepcionales. Para la satisfacción de tales deseos era necesario recurrir, pues, al fideicomiso.

La sustitución fideicomisaria se permitía por una generación en la época clásica; y por cuatro generaciones, en tiempos de Justiniano. En la Edad Media, se admitía esta vinculación fideicomisaria sin limitación de

¹²⁶ Citemos como ejemplo a los latinos junianos, los cuales, hasta la abolición por Justiniano de esta categoría de medio-ciudadanos, no podían recibir herencias y legados, pero sí figurar como fideicomisarios.

generaciones, siendo su manifestación más conocida el famoso mayorazgo, utilizado para evitar que importantes bienes salieran de una familia determinada. La Revolución Francesa suprimió tales vinculaciones, por ser contrarias al principio de la libre circulación de los bienes.

Como con frecuencia el fiduciario era, a la vez, el heredero o uno de los herederos, esta figura rompe la regla fundamental de que *semel heres, semper heres*. El heredero se convertía así en un propietario (propietario fiduciario) del activo de la herencia hasta el momento obligado de la *restitutio* al fideicomisario; por tanto, al mismo tiempo se violaba el principio de la perpetuidad de la propiedad.

Si el fiduciario *A* debía "restituir" la herencia al fideicomisario *B*, dentro de, por ejemplo, cinco años, ¿no llegamos entonces al mismo resultado que obtendríamos nombrando heredero al fideicomisario *B* y dejando a *A* un usufructo por cinco años?

No; la diferente construcción dogmática lleva en estos dos casos a resultados prácticos muy distintos. En el primero, las deudas que *A* hubiere contraído para con el *de cuius* se extinguen por consolidación o confusión, exactamente como los créditos que *A* hubiere tenido contra el difunto. En el segundo caso, no; pues el patrimonio sucesorio no entra ahora, ni temporalmente, en el patrimonio de *A*.

En la primera solución, los derechos de *A* van mucho más lejos que los de un usufructuario; puede vender bienes para poder pagar deudas de la herencia o en el caso de que una sensata administración de la herencia lo aconseje. Además, salvo en caso de *separatio bonorum*, los acreedores de *A* tendrán un recurso contra los bienes hereditarios, ventaja de que los acreedores no dispondrán, desde luego, en caso de usufructo.

El fiduciario tenía otras ventajas. Además del uso y disfrute temporal del patrimonio hereditario, sólo respondía de la culpa *in concreto*¹²⁷ y podía retener la *quarta Trebelliana* en el momento de la *restitutio*. A veces, el fiduciario tenía inclusive el derecho de vivir a costa de la herencia, de acuerdo con su rango social, entregando al fideicomisario, al morir o después de equis años o después del cumplimiento de una condición, únicamente el saldo. Estamos entonces en presencia del *fideicommissum eius quod superfuturum erit*. Esta última forma de fideicomiso ha renacido recientemente en los países donde la legislación no prohíbe la trasmisión fiduciaria, renacimiento que ha sido provocado por las enérgicas medidas fiscales que suelen tomarse, en nuestra época, contra las personas que obtienen sus ingresos de inversiones de capital. Así, puede suceder lo siguiente: una persona se está muriendo, y deja, como sus seres más queridos, a su viuda y a una sobrina. Quiere dejar su patrimonio a la sobrina, pero también desea que su viuda pueda continuar viviendo desahogadamente. Normalmente, se le ocurriría dejar a la sobrina la nuda propiedad y a la viuda el usufructo. Sin embargo, la moderna legislación fiscal grava tan severa-

¹²⁷ Véase el párrafo 192.

mente el ingreso derivado del usufructo que esta solución sería muy desfavorable para la viuda. La solución que con frecuencia se adopta entonces en países como Holanda, es que la viuda quede como heredera y titular de una propiedad fiduciaria, con el deber de transmitir, en el momento de su muerte, a la fideicomisaria solamente *id quod superfuturum erit*, o sea: el saldo.¹²⁸ Este fideicomiso, llamado también *fideicommissum de residuo*, no existe en México, a causa de la prohibición contenida en los artículos 1473, 1482 y 1349 del Código Civil.

En virtud de estas disposiciones, la sustitución fideicomisaria es nula.¹²⁹ Lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien una transformación del "trust" anglosajón, introducido en México, a través de Panamá, en 1924.¹³⁰ En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, expresamente autorizada para figurar como tal.¹³¹

258. LOS SENADOCONSULTOS TREBELIANO Y PEGASIANO. El fideicomiso romano podía ser universal o particular, según su objeto. En el primer caso, era un fideicomiso de toda una herencia o una cuota de ella; y por la imposibilidad de transmitir a título particular las deudas y los créditos de la herencia, se imponía en este caso la necesidad de las ya descritas *stipulationes partis et pro parte*. Esta situación, cuyos inconvenientes ya conocemos, fue corregida por el *senadoconsulto Trebeliano* en tiempos de Nerón (56 d. de J. C.) que declara que la transmisión de un patrimonio o parte del mismo entre fiduciario y fideicomisario puede hacerse a título universal. Así, el fideicomisario, titular de un fideicomiso universal, venía a ser semejante a un heredero.

Como muchos testadores-fideicomitentes se servían del fideicomiso para defraudar la *Lex Falcidia*, se decidió, finalmente, extender el principio de esta ley a la institución del fideicomiso. Esta medida, tomada bajo Vespasiano, adopta una forma bastante torpe en el *senadoconsulto Pegasiano* (75 d. de J. C.). Este disponía que un fideicomiso por más del setenta y cinco por ciento de una herencia no se considerara fideicomiso, sino legado, cayendo, de este modo, bajo la *Lex Falcidia*. A primera vista, el legislador había alcanzado lo que buscaba, pero basta pensar un momento para darse

¹²⁸ PITLO, *Het systeem van het Nederl. Privaatrecht*, Haarlem, 1958, pág. 463 y siguientes.

¹²⁹ Sin embargo, el art. 359-II de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, muestra una tendencia menos rigurosa que el Código Civil, permitiendo la sustitución fideicomisaria en favor de personas vivas o concebidas ya en el momento de la muerte del fideicomitente.

¹³⁰ La Ley Bancaria, siguiendo el pensamiento de Ricardo Alfaro, definía el fideicomiso como un mandato irrevocable, con el que el fiduciario debe cumplir en beneficio del fideicomisario.

¹³¹ Art. 346, 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

cuenta de que tales fideicomisos, convertidos en legados, perdían el beneficio del *senadoconsulto Trebeliano* y requerían de nuevo las enojosas *stipulationes partis et pro parte*. No es sorprendente que el *senadoconsulto Pegasiano* fuera tan defectuoso; prohibir al legislador equivocarse sería prohibirle legislar. Lo asombroso es que se tardara casi medio milenio en corregir este error, como veremos.

Otra disposición de dicho *senadoconsulto* era que el heredero-fiduciario, después de recibir esta garantía del veinticinco por ciento del valor neto de la herencia, debía hacer la *aditio*; si se negaba, el pretor podía hacerlo por él, en cuyo caso perdería la ventaja de la *quarta Pegasiana*.

Justiniano, cinco siglos después, hizo por fin la corrección necesaria,¹³² pero aquí tropezamos con un nuevo contratiempo: Justiniano declaró que "derogaba el *senadoconsulto Pegasiano* y atribuía al *senadoconsulto Trebeliano* una autoridad exclusiva", después de lo cual explicaba que, como consecuencia de tal corrección, a) el heredero-fiduciario podía retener, de todos modos, una cuarta parte de la herencia, b) que éste ya no podía negarse a hacer la *aditio*, y c) que la transmisión se efectuaba a título universal. Se nota inmediatamente que esta estructuración del fideicomiso universal no es un regreso al *senadoconsulto Trebeliano*, sino una fusión de éste con el *senadoconsulto Pegasiano*. Sin embargo, por la calificación errónea que Justiniano da a sus disposiciones respectivas, la cuarta correspondiente se llamó *quarta Trebelliana* —aunque el *senadoconsulto Trebeliano* no menciona para nada cuarta alguna—, y bajo este nombre encontramos esta garantía del fiduciario en la práctica jurídica mexicana del siglo pasado. ¡Es claro que no se podía hablar de una *quarta Pegasiana*, después de haber declarado Justiniano expresamente que suprimía el *senadoconsulto Pegasiano*!

259. FIDEICOMISOS Y LEGADOS. El fideicomiso universal tenía una gran ventaja en comparación con el legado universal: aquél podía transmitirse a título universal; éste, nunca.

El fideicomiso particular se parecía más al legado particular, aunque hubo diferencias. El fideicomiso gozaba de libertad de forma, mientras que el legado debía constar en un testamento. Por otra parte, el fideicomiso podía establecerse a cargo de un legatario o de otro fideicomisario; en cambio, el legado no. Además, el cumplimiento del fideicomiso se reclamaba de acuerdo con un procedimiento especial y moderno, la llamada *cognitio extra ordinem*, mientras que el cumplimiento del legado debía reclamarse, mientras existía el sistema formulario, utilizando este procedimiento, con su división del proceso en dos fases: primero, ante un magistrado —*in iure*— y, luego, ante un juez —*in iudicio*—.

Finalmente, como hemos visto, hasta la época de Justiniano, podía entregarse una ventaja sucesoria, mediante fideicomiso, a alguna persona que no tenía capacidad para recibir por legado.

¹³² *Inst.* 2. 23. 7.

La diferencia procesal entre ambas figuras desapareció cuando, hacia la época de Diocleciano, el sistema formulario cedió su lugar al procedimiento extraordinario, la *cognitio extra ordinem*, como ya hemos explicado. Justiniano, tan aficionado a la unificación, declaró finalmente que equiparaba el fideicomiso particular al legado. Sin embargo, esta afirmación era demasiado categórica. Aun bajo Justiniano, el fideicomiso continuó gozando de ciertas ventajas formales, no otorgadas al legado. Por ejemplo, el legado necesitaba un testamento como base, o un codicilo confirmado, mientras que el fideicomiso podía constar en un codicilo sin confirmar. Esto nos lleva al próximo tema: los codicilos.

260. LOS CODICILOS. El testamento romano era, esencialmente, la institución de heredero. Ahora bien, ¿debía rehacer todo el testamento un romano, si quería modificar un detalle del mismo que no afectara la institución de heredero?

No. Desde Augusto surgió, al lado del testamento, el codicilo, el "pequeño testamento", documento firmado por el *de cuius* y algunos testigos (cinco en tiempos del Bajo Imperio). Aunque no reuniera los requisitos necesarios para ser un verdadero testamento, de todos modos tenía algunos efectos *post mortem*. ¿Cuáles eran?

A este respecto encontramos tres reglas fundamentales:

1. El codicilo nunca podía instituir un heredero o desheredar a alguien.
2. El codicilo referente a un testamento válido podía contener legados, fideicomisos, nombramientos de tutores o *curatores*, y manumisiones (codicilo confirmado).
3. El codicilo que no guardara relación alguna con un testamento válido, no podía contener más que fideicomisos.

A causa de los severos requisitos formales que rodeaban al testamento habitualmente, encontramos con frecuencia en el *Usus Modernus Pandectarum* la "cláusula codiciliaria" en los testamentos; entonces, si por alguna falla formal el testamento no podía valer como tal, de todos modos valdría como codicilo y su contenido como fideicomiso.

Esta institución del codicilo, que rompió con el principio de la *unitas actus*, ya no existe en el derecho mexicano, y en muchos países donde se utiliza todavía el término, se trata, en realidad, de un documento testamentario, sujeto a las mismas formalidades que se requieren para el testamento. Así, el "codicil" norteamericano es, en realidad, un testamento posterior que completa o modifica parcialmente otro anterior, algo que también permite el derecho mexicano.¹⁸⁴

La combinación de un testamento con un codicilo confirmado tenía algún parecido con el *testamentum mysticum*, que abandonaba de antemano la institución del heredero a un documento posterior, que no necesitaría la forma solemne de un testamento. Como observa Dernburg, en tal testamento, el testador se autorizaba de antemano a sí mismo a violar

¹⁸⁴ Art. 1494 del Código Civil.

las formas prescritas respecto de la solemne institución de heredero.¹⁸⁴ Sin embargo, la diferencia entre ambas figuras es evidente: mientras que el codicilo, aun el confirmado, no podía contener la institución de heredero, el apéndice posterior al *testamentum mysticum* debía contener el nombramiento de herederos.

El principio mismo de un codicilo va, radicalmente, en contra del antiguo ideal de sencillez. Ya hemos visto que los *veteres* querían tener para cada sucesión una sola vía, y para cada vía testamentaria un solo testamento, efectuado, además, con *unitas actus*.

El relajamiento del rigor jurídico, con todas las concesiones a la equidad, comodidad, "intención de las partes", "*benignitas*", etc., que observamos a fines de la época clásica y en la postclásica, rompió con este claro requisito de que el testamento constara de un solo documento, y permitía que los testamentos fueran completados y modificados por toda una cadena de codicilos sucesivos.

261. EL PROBLEMA DE LAS TRANSACCIONES CELEBRADAS POR HEREDEROS. Para terminar la exposición de los principales problemas e instituciones que surgieron en torno al testamento romano, debemos llamar la atención sobre la siguiente complicación.

Ya hemos visto que, además de los herederos, muchas otras personas estaban interesadas en la validez de un testamento (legatarios, fideicomisarios, esclavos que debían ser manumitidos por testamento, etc.).

También hemos visto que los beneficios de todos ellos dependían de la actitud del heredero. Si éste no quería o no podía recibir la herencia y el testamento no señalaba sustituto, la sucesión tenía que repartirse de acuerdo con la vía legítima, en cuyo caso, los legatarios, fideicomisarios, etc., perdían el beneficio que únicamente por la vía testamentaria podrían obtener.

Si, por tanto, el heredero legítimo atacaba la posición jurídica del heredero testamentario, los legatarios y fideicomisarios tenían el máximo interés en que este ataque no prosperara, por lo que podían coadyuvar al heredero testamentario en el proceso correspondiente.¹⁸⁵

Pero, si para evitar este litigio, o para terminar un litigio pendiente, el heredero testamentario celebraba un convenio de transacción con el heredero legítimo, en el cual ambas partes se hacían mutuas concesiones, ¿cuál era entonces la situación jurídica de estos legatarios, fideicomisarios, esclavos por manumitir y otros beneficiarios?

Por una parte, en general, se debe favorecer la práctica de celebrar transacciones, pues aligera la administración de justicia. Pero, por otra, no se puede permitir que un contrato celebrado entre *A* y *B* perjudique los derechos de *C*; por tanto, los derechos de los legatarios, etc., no quedaban

¹⁸⁴ Véase DERNBURG, *System*, II. 945.

¹⁸⁵ D. 30. 50. 2.

afectados por una transacción entre herederos testamentarios y el legítimo. Dicha transacción sólo era válida entre las partes.¹³⁶

262. LA DONATIO MORTIS CAUSA. Si alguien hacía una donación "por causa de muerte", en vista de un peligro inminente, tal donación tenía efectos distintos de los de la donación común y corriente. Dichos efectos eran:

1. Si el donante escapaba al peligro en cuestión (por ejemplo, si volvía sano y salvo del hospital, de su viaje, de la guerra), la donación se revocaba automáticamente, *ipso iure*.

2. Si el donatario moría antes que el donante, la donación se revocaba también automáticamente.

3. El donante además podía revocarla siempre que quisiera, *ad nutum*, sin fundar o motivar la revocación.

Esta *donatio mortis causa* se distinguía del legado por ser independiente de testamentos o codicilos y porque podía tener efectos inmediatos, antes de la muerte del donante.

Es verdad que D.39.6.37 pr. parece equiparar los dos conceptos de *donatio mortis causa* y legado. Resulta, empero, de la *inscriptio*¹³⁷ que Ulpiano había escrito dicha frase para un fin muy especial y con un alcance mucho más limitado de lo que aparenta la cita separada del contexto. Estaba haciendo una monografía sobre la legislación caducaria; dentro del marco de esta legislación era necesario equiparar al legado la *donatio mortis causa*, para evitar que el público hiciera, mediante tal *donatio mortis causa*, lo que estaba prohibido respecto del legado.

Como otras muchas veces, Justiniano maneja una cita, formulada para una situación especial, como si se tratara de una enunciación muy general. Así, el obstinado unificador utiliza aquí esta cita de Ulpiano para tratar de equiparar dos figuras en realidad muy distintas, e inclusive claramente diferenciadas en otras páginas de su propia compilación.

263. EPÍLOGO PROCESAL. Las principales acciones a las que los problemas sucesorios podían dar lugar son:

1. La *reivindicatio*, en caso de incumplimiento en relación con un legado *per vindicationem*; además, el heredero, encontrando que ciertos elementos de la herencia se encontraban en manos ajenas, podía recurrir a esta acción. En este último caso, también podía ser útil, en algunos casos, la *actio publiciana* o inclusive un interdicto recuperatorio.

2. La *actio ex testamento*, acción personal, que el legatario podía dirigir contra el heredero, en caso de incumplimiento relacionado con un legado *per damnationem*.

3. La *petitio hereditatis*, por la cual el heredero quiritarario reclamaba la herencia —en su totalidad— de cualquiera otra persona que estuviera

en posesión de ella (para recuperar algún bien determinado de la herencia, en cambio, el heredero debía servirse de la *actio reivindicatoria* o de la *actio publiciana*, desde luego).

4. La *querela inofficiosi testamenti*, acción creada por los *Tribunales de los Centumviri*, y por la cual los ascendientes, descendientes y, en determinadas circunstancias, los hermanos del difunto, que no hubieran recibido por vía testamentaria más de la cuarta parte de lo que habrían recibido por vía legítima, podían reclamar la anulación del testamento, recibiendo entonces su porción de la herencia, de acuerdo con la vía legítima.

5. La *actio ad supplendam legitimam*, que desde el siglo IV procedía para obligar al heredero testamentario que hubiera recibido más de su porción legítima, a completar la porción del heredero que hubiere recibido menos. Esta nueva acción es, desde luego, personal.

¹³⁶ D. 2. 15. 3 pr.

¹³⁷ Es decir, de la indicación de la obra en la cual los compiladores bizantinos habían encontrado la cita en cuestión.

INDICE ANALÍTICO

(Los números indican las páginas)

- Abandono noxal, 121, 201
 Abuso de derecho, 112
Accessio, 256, 257
Accessio possessionis, 271
Accessio temporis, 271
Acceptilatio, 372
Accidentalia negotii, 318, 356
 Acción cierta, incierta, 182
 Acción civil, 180
 Acción de condena simple, doble, etc., 184
 Acción honoraria, 180
 Acción perpetua, temporal, 181
 Acción personal, 181
 Acción prejudicial, 184
 Acción real, 181
 Acciones privadas y populares, 184
Actio ad exhibendum, 451
Actio ad supplendam legitimam, 457, 487, 511
Actio adjectivae qualitatis, 137, 158, 180, 332, 420, 453
Actio aestimatoria, 428
Actio aquae pluviae arcendae, 250
Actio arbitraria, 182, 338
Actio auctoritatis, 263, 386, 405
Actio bonae fidei, 183, 184
Actio commodati contraria, directa, 381, 398, 453
Actio communi dividundo, 182, 253, 425
Actio conducti, 414, 429, 453
Actio confessoria, 279, 280, 302
Actio de aedibus incensis, 438
Actio de arboribus succisis, 438
Actio de dolo, 322, 339, 347, 372, 444, 453
Actio de eo quod certo loco, 375, 454
Actio de in rem verso, 332
Actio de iussu, 332
Actio de modo agri, 408
Actio de pastu pecoris, 438
Actio de pauperie, 438
Actio de peculio, 332
Actio de positis vel suspensis, 184
Actio de rationibus distrahendis, 224, 453
Actio depositi contraria y directa, 400, 453
Actio directa, 157, 180, 310
Actio divisoria, 182
Actio empti, 405, 407
Actio exercitoria, 420
Actio ex iure iurando, 164
Actio ex stipulatu, 387
Actio ex testamento, 453, 491, 510
Actio familiae herciscundae, 182, 423, 458
Actio famosa, 182
Actio ficticia, 180
Actio fiduciae, 291
Actio finium regundorum, 182
Actio furti, 436, 453
Actio furti concepti, 436
Actio furti non exhibiti, 437
Actio furti oblati, 436
Actio furti prohibiti, 436
Actio in bonum et aequum concepta, 184
Actio in duplum, 401
Actio in factum, 174, 180
Actio in personam, 304
Actio in rem, 304
Actio in rem scripta, 181, 338
Actio iniuriarum, 165, 183, 347, 443
Actio institoria, 420
Actio iudicati, 171
Actio legis Aquiliae, 157, 409, 439, 440, 453
Actio locati, 415, 429, 453
Actio mandati directa y contraria, 322, 373, 419, 421, 453
Actio negatoria, 248, 249, 279, 303
Actio negotiorum gestorum, directa y contraria, 224, 322, 373, 388, 447
Actio obliqua, 172
Actio Pauliana, 172, 444, 445, 453
Actio pignoratitia, directa y contraria, 401
Actio poenae persecutoria, 171, 182, 441, 443
Actio praescriptis verbis, 428
Actio pro socio, 322, 425, 453
Actio publiciana, 72, 156, 236, 251, 303, 510, 511
Actio quanti minoris, 180, 409, 453
Actio quasi-institoria, 421
Actio quasi-serviana, 293, 303
Actio quod iussu, 121
Actio quod metus causa, 181, 337, 338, 444, 453
Actio redhibitoria, 180, 181, 408, 453

Actio rei persecutoria, 171, 182, 436, 441
Actio rei uxoriae, 215, 453
Actio reivindicatoria, 241, 248, 249, 302
Actio rescissoria, 303
Actio serviana, 187, 293, 303
Actio stricti iuris, 183
Actio tam in rem quam in personam, 182
Actio tutelae, directa y contraria, 224
Actio utilis, 156, 157, 180
Actio venditi, 407
Actio vi bonorum raptorum, 443
Actio vindictam spirans, 183
Actus contrarius, 372, 380
Addictio in diem, 412
Addictus, 129
Adfines, 196, 209
Adfinitas, 196
Aditio, 475, 476, 478, 479, 496
Adjudicatio, 157, 263
Adoptio plena, minus plena, 204
Adrogatio, 205
Adsertor libertatis, 126
Adstipulatio, 438
Adulterio, 209, 210
Adversaria, 392
Aequitas, 100
Aestimatum, 428
Affectio maritalis, 211
Ager publicus, 26
Agnatio, 195, 225, 455
Album (del pretor), 70, 153
Album iudicum selectorum, 144
Alegatos, 170
Alieni iuris, 132
Aluvión, 258
Alveus derelictus, 259
Anatocismo, 391
Animus donandi, 430, 431
Animus furandi, 435
Animus novandi, 377
Animus possidendi, 235
Annona, 37
Anticresis, 294, 296, 402, 403
Aparcería, 413, 416
Appellatio, 174, 176
Appellatio in peius, 176
Arbitraje, 140, 141
Arios, 17
Arrae, 411
Arrae sponsaliciae, 219
As, 148
Assignatio, 264
Asunción de deudas, 328
Auctoritatis interpositio, 221, 226, 319, 373
Audientia episcopalis, 76, 429
Avulsio, 258
Bárbaros, 132
Basilicas, 81, 82, 189
Beneficium abstinendi, 477
Beneficium cedendarum actionum, 323, 325, 389
Beneficium competentiae, 159, 173, 211, 214,

224, 423
Beneficium divisionis, 322, 389
Beneficium excussionis, 294, 322, 290
Beneficium inventarii, 464, 479
Bona adventicia, 200, 312
Bona vacantia, 463
Bonorum possessio, 72, 459, 470, 481
Brachylogus, 85
Brevi manu traditio, 262, 267, 396
Breviario de Alarico, 76, 81, 86, 95, 96, 97
Brocárdicos, 114
Caída del Imperio de Occidente, 42
Calumnia, 190
Canon, 288
Capacidad de goce y de ejercicio, 133, 134
Capitis deminutiones, 136
Caput, 136
Caso fortuito, 368
Causa, 346
Causa Curiana, 57, 468, 473
Causa favorabilis, 109, 362, 364, 472, 501
Causa finalis, 346
Causa originalis, 346
Causae probatio, 127, 346, 350
Causalidad superada, 370
Cautio (en rel. con stipulatio), 387
Cautio damni infecti, 250, 280
Cautio de non amplius turbando, 280
Cautio iudicatum solvi, 191
Cautio iudicio sisti, 176, 178
Cautio Muciana, 58, 359, 499, 500, 501
Cautio ratam rem dominum habiturum, 191
Cautio usufructuaria, 282
Censura, 31
Centumviri, 144
Cesión de créditos, 329
Cessio bonorum, 173, 176
Chirographae, 393
Cincuenta decisiones, 81
Ciudadanía romana, 129
Cláusula codiciliaria, 508
Cláusula doli, 339
Cláusula penal, 389, 390
Cientes, 22, 34
Codex Euricianus, 86
Codex iuris canonici, 193
Codex Justiniani, 78, 79
Codex Theodosianus, 75, 81, 96
Codicilo, 468, 508
Código Gregoriano, 74, 96
Código Hermogeniano, 74, 96
Código Sirio-Romano, 75, 76
Coemptio, 199
Coercitio, 28
Cognatio, 195, 226, 455
Cognitio extraordinaria, 143, 193
Cognitor, 191, 329
Cognomen, 135
Coherederos, 483
Cojuradores, 170
Colisión entre derechos subjetivos, 112
Collatio, 95, 488

Collatio legum mosaicarum et romanarum, 96
Colonato, 124
Colonia, 36
Colonia partiaria, 413, 416
Comentaristas, 83, 352
Comicios (Comitia), por curias, centurias, tribus, 20, 21, 29, 30
Comitia plebis, 25
Commercium, 129
Commixtio, 252, 260, 446
Compensación, 379
Compensatio damni cum lucro, 369, 420
Comperendatio, 148
Competencia, 142
Compraventa, 403
Comodato, 394, 396
Concentración de obligación alternativa, 344
Concilio Tridentino, 208
Concubinato, 207, 226
Concurso de dos causas lucrativas, 378
Condemnatio, 157, 158, 176
Condemnatio certa, incerta, 158
Condena en costas, 189
Condición imposible, 360
Condición resolutoria, suspensiva, 357, 499, 503
Condiciones mixtas, 500
Condiciones negativas y positivas, 358, 503
Condiciones potestativas y casuales, 358, 500
Condictio, 148, 149, 155
Condictio causa data causa non secuta, 264, 347, 428, 449
Condictio certae pecuniae, 387, 393, 395
Condictio furtiva, 437, 438
Condictio indebiti, 264, 312, 448
Condictio indebiti soluti, 373, 448
Condictio ob turpem causam, 449
Condictio sine causa, 264, 373, 376, 395, 449
Condictio triticaria, 387, 395
Conditio iuris, 358
Confarreatio, 199
Confessio in iure, 163
Confusio, 252, 260
Confusión, 323, 377
Congruencia (principio de), 170
Connorientes, 120
Connubium, 129
Conscripti, 29, 33
Consensus curatoris, 223
Consentimiento, 333
Consignación, véase obsignatio solemniter facta
Constitutio, 72
Constitutio Anastasiana, 462
Constitutio Antoniniana, 128, 129, 208, 320
Constitutio Valentimiana, 462
Constitutum debiti, 354, 355, 389
Constitutum possessorium, 267, 291

Consuetudo abrogatoria, 104
Cónsules, 28
Contiones, 46
Contractus mohatrae, 396
Contrarius actus, 372, 380
Contrato, 316, 317
Contrato a favor de terceros, 326, 343, 415
Contratos (forma de los), 351
Contratos (interpretación), 363
Contratos consensuales, 382, 403
Contratos innominados, 355, 384, 426
Contratos intuitu rei, intuitu personae, 384
Contratos litteris, 382, 387, 392
Contratos nominados, 382
Contratos reales, 382
Contratos verbis, 382, 385
Contubernium, 207
Convalidación, 366
Conventio in manum, 199, 225, 385, 458
Correalidad, 321
Copropiedad, 354
Corporaciones, 116
Corpus ex contingentibus, corpus ex distantibus, 232, 233, 234, 293
Corpus iuris canonici, 11
Corpus iuris civilis, 11, 44, 76
Cosa juzgada, 171
Cosas, 229
Cosas divisibles, indivisibles, 233
Cosas específicas, genéricas, 231, 368
Cosas fungibles, 232
Cosas tangibles, 232
Costumbre, 45, 104
Coûtume de Beauvaisis, 86
Coûtume de París, 84, 86
Crimen suspecti tutoris, 224
Cristianismo, 42, 123, 207
Cuasicontrato, 316, 446
Cuasidelito, 316
Cuasi-usufructo, 285
Cuestura, 31
Culpa, 368
Culpa in abstracto, in concreto, 214, 215, 216, 253, 367, 368, 397, 423
Culpa in eligendo, 369, 451
Culpa lata, leve, 367, 398
Curatela, 219, 226
Curia, 203
Custodia, 397, 399
Damnum iniuria datum, 157, 438
Datio in solutum, 375, 376
De cuius, 457
Debitum y responsabilidad, 309
Decemviri, 49, 144
Decretum, 72
Dediticios, 127, 132, 460, 474, 475
Delatio, 475, 476, 479
Delegación, 378
Delito privado, público, 434
Democracia, 30

- Demonstratio*, 155
Denuntiatio, 330, 380
Denuntiatio litis, 162, 175
 Depósito, 399
 Depósito irregular, 401
 Depósito miserable, 401
 Derecho (definición de Celso), 98
 Derecho anglosajón, 72, 94
 Derecho canónico, 208, 213, 242, 352, 356, 367
 Derecho clásico, 59
 Derecho consuetudinario, 103
 Derecho dispositivo, 105
 Derecho personal, 304
 Derecho postclásico, 65
 Derecho preclásico, 33
 Derecho procesal, 15, 16
 Derecho real, 228, 304
 Derecho romano (definición), 11
 Derecho romano y Cristianismo, 76
 Derecho taxativo, 103
 Derecho vulgar, 44, 65, 247, 362, 503
Derelictio, 255
 Desheredación, 485
Detentio, 235, 400
Diarquia, 37
Dictadura, 32
Dictio dotis, 214, 385, 386
Dies cedens, 361, 476, 496, 497, 502
Dies veniens, 362, 476, 496, 497
Digesto, 78, 79
 Disolución del matrimonio, 211, 226
Dissuasiones, 46
Distractio bonorum, 173, 176
 División del imperio, 40
 Divorcio, 211, 212, 226, 227
Divortium bona gratia, 212
Divortium quoad torum et mensam, 213
 Doce Tablas, 49, 105, 457, 467, 468
 Documentos públicos y privados, 169
Dolo bueno, 338
Dolus contractui causam dans, 340
Dolus incidens, 340
Dolus malus, 338
 Domicilio, 134
 Dominio útil y directo, 289
Dominium, 245
Domus, 22, 132, 196
 Donación, 430
 Donaciones entre cónyuges, 210, 217
Donatio ante (proper) nuptias, 217, 226, 433, 463
Donatio inter virum et uxorem, 218
Donatio mortis causa, 433, 434, 510,
Dos adventicia, 215
Dos profecticia, 215
Dos receptitia, 215
 Dote, 214, 226, 463
 Dualismo en derecho romano, 72
Duplicatio, 159
Ecloga, 81
Edicto repentino, 70
 Edicto de Adriano, véase *Edictum Perpetuum*
 Edicto de Teodorico, 76
 Edictos de tolerancia, 42
Edictum (fuente de derecho imperial), 73
Edictum Perpetuum, 61, 64, 71, 73, 96, 154, 281
Ediles, 31
 Ediles plebeyos, 25
Editio actionis, 163
Effusum vel deiectum, 450
 Ejecución forzosa, 172
 Ejecución *manu militari*, 176
 Emancipación, 55, 206, 227
Emptio rei speratae, 411
Emptio spei, 411
Emptio-venditio, 403
Emptor bonorum, 173
Enchiridium, 64
 Enfitéusis, 286, 287
Enfititatio, 491
 Enriquecimiento ilegítimo, 448
Epibole, 245
Epistola, 73
Equites, 37
Ereptio, 476
 Error, 333
 Error de derecho, de hecho, 334, 339
 Error *in causa*, 336
 Error *in corpore*, 336
 Error *in demonstratione*, 335
 Error *in negotio*, 335
 Error *in persona*, 336
 Error *in quantitate*, 335
 Error *in substantia*, 335
 Error propio, impropio, 334, 336
 Error sobre supuestos básicos del negocio, 336
 Esclavitud, 120
 Escuela Histórica, 87, 88
 Espejo de Sajonia, 84
Essentialia negotii, 317
 Estado de necesidad, 440
 Etruscos, 18, 20
 Evicción, 263, 404, 405
 Excepciones dilatorias y perentorias, 160
Exceptio, 159, 379
Exceptio doli, 160, 339, 372, 374, 381
Exceptio iudicati, 171
Exceptio legis Cinciae, 160, 338, 431
Exceptio legis Plaetoriae, 222
Exceptio metus, 338
Exceptio non adimpleti contractus, 350, 371
Exceptio non iudicatum esse, 174
Exceptio pacti conventi, 354
Exceptio pecuniae non numeratae, 160, 169, 387, 393, 394
Exceptio quod metus causa, 160
Exceptio rei venditae et traditae, 72, 251

- Exceptio spoli*, 242
Exceptiones conceptae in ius, in factum, 160
Exceptiones Petri, 85
 Excusa del tutor, 219
Expositio, 82
 Expropiación, 246
 Extinción de las obligaciones, 372
 Extranjero, 320
Falsis demonstratio, 335
 Fama pública, 170
 Familia, 194
Familiae emptor, 469, 470
Fas, 23
Favor libertatis, 124
Faenus nauticum, 391, 396
Ferruminatio, 257
 Feudalismo, 125
 Fianza, 211, 289, 290, 299, 387
Fictio legis Corneliae, 474
 Fideicomiso, 468, 495, 503
Fideicommissum de residuo, 506
Fideipromissio, 389
Fideiussio, 389
Fideiussor fideiussoris, 388
Fiducia cum creditore, 290
Filiusfamilias in mancipio, 129
 Fisco, 37
 Forma (de contratos), 35
 Fórmula, 155
Fórmula Aquiliana, 376
Fórmula Rutiliana, 173
Fragmenta Vaticana, 76, 95, 217, 431
 Fragmentos del Sinaí, 96
 Fraude a la ley, 341, 349
Fraus creditorum, 444
 Frutos, 282
 Fuentes formales del derecho, 45
 Fuentes históricas del derecho, 45, 95
 Fuentes reales del derecho, 45
 Fuero juzgo, 86
 Fuero real, 84
 Fuerza mayor, 368
 Fundación de Roma, 19
 Fundaciones, 116
Furiosi, 223, 319
Furtum, 435
Furtum manifestum, nec manifestum, 436
Furtum usus, 296, 400, 401, 435
 Garantía (derecho real de), 273
 Gastos, véase *impensae*
Gens, 20, 23, 459
 Gerontocracia, 21
Gestio negotiorum, 221, 226, 332, 446
Gestio pro herede, 478
 Glosa de Turín, 431
 Glosadores, 82, 97, 352
 Glosemas, 78
 Grados (en materia de parentesco), 196
Gran Glosa, 83, 97
Habitatio, 285
 Haftung, 309, 324
Heres ex re certa, 483
Heres extraneus, 478
Heres necessarius, 478
Heres suus, 457, 477
Hereditas damnosa, 478
 Herencia (adquisición de la), 477
 Herencia vacante, 489
 Herencia yacente, 489
Hexabiblos, 82
 Hijos adulterinos, incestuosos, 205
 Hipoteca, 289
 Historia externa del derecho romano, 45
Honos, honores, 32
Hyperrocha, 173, 292, 295, 297
 Hunos, 42
Ignorantia iuris, 99, 334
Impedimentum dirimens, 208
Impedimentum tantum, 208
Impensae, 249, 302
Imperium, 28, 142, 154
Impetratio domini, 296
 Imposibilidad jurídica, física, 341, 342
 Impúber, 220, 221, 319
In integrum restitutio, 174, 176, 192, 224, 337, 338, 340, 388, 444
In iure cessio, 55, 263,
In ius vocatio, 146, 162
Inaedificatio, 257
 Incapacidad de sujetos, 133, 319
 Incumplimiento y sus consecuencias, 366
 Infamia, 134
Infans 220 319
Infinitatio, 172
 Ingenuo, 131
Iniuria, 442
Insinuatio, 406, 432
Instituciones de Gayo, 64, 81, 89, 95, 140, 145
Instituciones de Justiniano, 78
 Instituciones públicas bajo la monarquía, 20
 Instituciones políticas bajo la república, 28
 Instituciones políticas bajo el imperio, 36, 37, 40
Institutio iudicis, 155
Insula in flumine nata, 258
Insula in mari nata, 255
Intentio, 155
Intentio certa, incerta, 158
Intentio ficticia, 156
Intentio in ius, in factum, 156
Intentio in rem, in personam, 157
Intercessio, 28
Interdicta adipiscendae possessionis, 186, 240
Interdicta recuperandae possessionis, 186, 241, 242
Interdicta retinendae possessionis, 186, 240, 241
Interdicta simplicia y duplicia, 186
 Interdicto exhibitorio, 185

Interdicto prohibitorio, 185
 Interdicto restitutorio, 185
 Interdictos, 184, 192, 237, 240, 280
Interdictum de clandestina possessione, 186, 241
Interdictum de precario, 241
Interdictum de tabulis exhibendis, 315
Interdictum de uxore exhibenda et ducenda, 210
Interdictum de vi, 241, 381
Interdictum duplex, 136
Interdictum fraudatorium, 445
Interdictum quorum bonorum, 185, 186, 240, 479
Interdictum salvanum, 185, 186, 187, 240, 292
Interdictum simplex, 186
Interdictum uti possidetis, 186, 240
Interdictum utrobi, 186, 241
 Intereses, 391
Interpellatio 370
 Interpolaciones, 78, 79, 80, 326
 Interpretación, 55, 68, 107, 363, 385
Interpretatio duplex, 80
 Interrex, 21
Interusurium, 392
 Intimidación, 336, 442
 Invalidez, 363
Invecta et illata, 292, 415
 Isegoría, 21
 Isonomía, 21, 22
Iter ad sepulcrum, 279
Iudex, 144
Iudex privatus, 140
Iudicatio, 142, 176
Iudices pedanei, 143
Iudicium calumniae, 190
Iudicium contrarium, 190
Iura in re aliena, 229, 247, 248, 272
Iura patronatus, 126, 127, 459
Iurisdictio, 28, 142, 143, 176
Iurisprudentia, 100
Ius, 98
Ius abstinendi, 464
Ius adcrendi, 431, 483, 490
Ius Aelianum, 56
Ius agendi cum populo, 28
Ius agendi cum senatu, 28
Ius civile, 100, 101
Ius cogens, 103, 317
Ius commercii, 474
Ius connubii, 129
Ius dispositivum, 317
Ius Flavianum, 56
Ius gentium, 69, 101, 320
Ius honorarium, 69, 100, 101, 353
Ius honorum, 129, 130
Ius in agro vectigali, 287
Ius naturale, 101
Ius offerendi et succedendi, 297
Ius papirianum, 49
Ius possessionis, 236
Ius possidendi, 236
Ius postliminii, 125
Ius privatum, 101
Ius publice respondendi, 74, 75, 78
Ius publicum, 101
Ius sanguinis, 137
Ius scriptum, 103
Ius separationis, 478
Ius soli, 136
Ius sufragii, 129, 130
Ius taxativum, 317
Ius tollendi, 237, 249, 257
Ius vitae necisque, 22, 200
Ius iurandum, 164
Iustae nuptiae, 201, 207, 226
Iustitia, 99
 Juramento, 164, 169, 189
 Jurisprudencia de intereses, 109
 Jusnaturalismo, 87, 199, 327
 Justicia conmutativa, distributiva, 99, 100
Laesio enormis, 341, 348, 404
Latini coloniarii, 131
Latini iuniani, 132, 459, 474
Latini veteres, 129, 131, 474
Laudatio auctoris, véase *nominatio auctoris*
Laudemium 288
 Legado, 489, 507
 Legado en concepto de pena, 501
 Legado de libertad, 126
Legatum optionis, 493
Legatum per damnationem, 378, 491
Legatum per praeceptionem, 491
Legatum per vindicationem, 263, 284, 491
Legatum sinendi modo, 492
Leges datae, 49
Leges Liciniae Sextae, 27, 33
Leges perfectae, imperfectae, 47
Leges regiae, 49, 96
Leges rogatae, 46
Leges romanae barbarorum, 11, 76, 96
Legis actio per conditionem, 149
Legis actio per iudicis arbitrive postulationem, 149
Legis actio per manus iniunctionem, 149
Legis actio per pignoris captionem, 149
Legis actio sacramento, 146
Legis actiones, 129, 130, 140, 145
 Legislación caducaria, 213, 497
 Legítima defensa, 139
 Legitimación, 203, 226, 227
Legitimi 460
Lex Aebutia, 143, 151, 152
Lex Aelia Sentia 127, 128, 346, 445
Lex Anastasiana, 331, 391
Lex Apuleya, 389
Lex Aquilia, 316, 438, 451
Lex Calpurnia, 149
Lex Canuleya, 32, 208
Lex Cicereia, 389

Lex Cincia, 52, 217, 326, 406, 431, 432
Lex commissoria, véase pacto comisorio
Lex Cornelia, 70, 389, 443, 474
Lex Duodecim Tabularum, véase Doce Tablas
Lex Falcidia, 466, 495, 504, 506
Lex Fufia Caninia, 127
Lex Furia (fianza), 389
Lex Furia Testamentaria, 494
Lex Hortensia, 52
Lex imperfecta, 47
Lex Iulia, 213
Lex Iulia iudiciaria, 152, 165
Lex Iunia Norbana, 126
Lex Papia Poppaea, 213
Lex Papiria, 29
Lex perfecta, 47
Lex Petronia, 122
Lex Pinaria, 148
Lex Plaetoria, 222, 339
Lex Poetelia Papiria, 150, 309, 329, 386
Lex propandum, 177
Lex Rhodia de iactu, 449
Lex romana burgundionum, 76
Lex romana visigothorum, véase *Breviario de Alarico*
Lex Scribonia, 236, 278
Lex Silia, 149
Lex Voconia, 458, 475, 495
 Ley de Citas, 64, 75, 78
 Ley del talión, 308
Libellus contradictionis, 175, 178
Libellus conventionis, 178
Liber Papiamus, 76
Liberi, 460
 Libertad testamentaria, 49, 467, 468
Libertas, 127
 Lígures, 18
Litis consortium, 190
Litis contestatio 148, 164, 176, 177, 318
Litisrescencia, 165, 172
 Lo Códi, 85
Locatio-conductio, 412
Locatio-conductio operarum, 413, 417, 427
Locatio-conductio operis, 413, 418, 427
Locatio-conductio rerum, 412, 414
Longa manu traditio, 266
 Longobardos, 81
 Luceres, 21
Lucrum cessans, 366, 440
 Magistrados, 144
Mancipatio, 263, 385, 386, 404
Mancipatio nummo uno, 55
Mancipium, 326
 Mandato, 332, 417, 419
 Mandato (fuente de derecho imperial), 73
 Mandato remunerado, 417, 419
Mandatum pecuniae credendae, 299, 389, 422
Mandatum post mortem, 421, 422
Mandatum qualificatum, 422
Mandatum tua gratia, 422
Manumissio censo, 126
Manumissio in sacrosanctis ecclesiis, 126
Manumissio inter amicos, 126
Manumissio per epistolam, 126
Manumissio post mensam, 126
Manumissio vindicta, 126
Manus, 198
Manus iniectio, 149, 172, 309
Manuum consortio, 146, 147
 Matriarcado, 195
 Matrimonio *cum manu, sine manu*, 198
Mente capti, 223, 319
Metus, 337, 444
Minor viginti quinque annis, 220
Minus petitio, 166
Missio in possessionem bonorum, 162, 164, 192
 Modo (carga), 363, 501, 503
 Modos de adquirir la propiedad, 254
 Monarquía doméstica, 196
 Monarquía romana, 19, 20
Mora creditoris, debitoris, 368, 370, 371, 407
Mos italicus, 85, 87
Mos gallicus, 87
 Muerte civil, 119
 Mutuo, 391, 394
Nasciturus, 119
Natalium restitutio, 128
Naturales liberi, 201
Naturalia negotii, 317
 Negocio claudicante, 310, 319
 Negocio imitado, 349
Negotiorum gestio, 446
Negotium per aes et libram, 385, 386
Nexum, 309, 385, 386, 395
 Nombre, 135
 Nomen, 135
Nominatio auctoris, 249
 Notificación de demanda, 175
Novatio, 354, 355, 376, 393
Novatio necessaria, 166
Novellae de Justiniano, 77, 81
Nuda proprietates, 281
 Nulidad, 365
Nuntiatio novi operis, 250
 Objeto de contrato, 341
 Objeto imposible, 341, 342
Oblatio curiae, 203
 Obligación: sus elementos, 307
 Obligación (fuentes de la), 315
 Obligación: historia, 308
 Obligación: alternativa, 343, 344
 Obligación: conjuntiva, 345
 Obligación: *bonae fidei*, 310, 311
 Obligación: civil, 311
 Obligación: divisible, 313
 Obligación: específica, 314
 Obligación: facultativa, 345
 Obligación genérica, 314, 344
 Obligación indivisible, 313
 Obligación natural, 311, 312, 354, 381

Obligación sinalagmática, perfecta, imperfecta, 309, 310
 Obligación *stricti iuris*, 310
 Obligación unilateral, 309
Obligatio (etimología), 308
Obligatio propter rem, 274, 283, 378
Obsequium, 127
Obsignatio solemniter facta, 371, 374
 Ocupación, 254
Onus probandi, 168, 369
Operae fabriles y oficiales, 127, 128
Opinio necessitatis, 105
 Optimates y demócratas, 26, 27, 33
 Orbi, 213
Ordo iudiciorum, 140
Pacta adiecta, 354, 377
Pacta legitima, 355
Pacta pretoria, 354
Pactos nudos, 313, 352, 354
Pactos vestidos, 354, 384
Pactum, 354
 Pacto comisorio, 292, 294, 412
Pactum de juramento, 355
Pactum de non petendo, 376, 379
Pactum de retrovendendo, retroemendo, 290, 291, 412
Pactum de vendendo, 295
Pactum displicentiae, 412
Pactum fiduciae, 291
Pactum reservati domini, 265
 Pago, 373
 Pandectas, véase Digesto
 Pandectistas, 88, 97, 307
Pandektenharmonistik, 89, 105, 119, 326
 Papirología, 96, 417
 Paráfrasis, 81
Parapherna, 214
Parens binubus, 218, 487
 Parentesco espiritual, 209
Partus ancillae, 216
Partus vivus non vitalis, 120
Paterfamilias, 22, 34, 118, 132, 196
Patria potestas, 200, 225, 226
 Patricios plebeyos, 24, 32
 Patrimonio, 134
 Patrística, 96
 Patrón, 22
Peculio, 118, 121, 123, 133, 320
Peculio castrense, quasicastrense, 200, 312
Peraequatio, 245
 Peregrinos, 132
Periculum emptoris, 410
 Peritaje, 169
 Permuta, 427
Perpetuatio obligationis, véase *mora debitoris*
 Persona, 115
 Persona colectiva, 116
 Persona física, 119
 Persona jurídica, moral, 116, 320
Petitio hereditatis, 303, 481, 510
Piae causae, 118
Pignoris capio, 149, 150, 172, 300
Pignus, 290
Pignus ex causa iudicati captum 173, 300
Pignus gordianum, 301, 402, 403
 Plebeyos, 24, 32, 51, 52
 Plebiscitos, 25, 52
Plus-petito, 166, 176, 323, 345, 378
Poenae secundarum nuptiarum, 218
Poenae temere litigantium, 188
 Polis, 36
Pollicitatio, 315, 451
Pontifex maximus, 28
Portio legitima, 486, 487.
 Posesión: adquisición, pérdida, 238
 Posesión en general, 234
Positum vel suspensum, 450
Possessio ad interdicta, 237
Possessio ad usucapionem, 236, 270
Possessio carboniana, 481
Possessio naturalis, 235, 237
Possessio provincialis, 271
Possessio sine animo, 238, 429
 Postliminium, 125
 Postglosadores, véase comentaristas
Postulatio iudicis, 148, 149
Praecepta iuris, 99
Praedes litis et vindiciarum, 148
Praedes sacramenti, 147
Praenomen, 135
Praescriptio, 47
Praescriptio longi temporis, 180, 271
Praescriptio longissimi temporis, 272
Praescriptio ne praeiudicium haereditati fiat, 162
Praescriptiones pro actore, pro reo, 161
Praesumptio Muciana, 211
 Praetor, 142
Praetor peregrinus, 31, 71, 132, 143, 152
Praetor urbanus, 31, 71, 143
Precario, 291, 428
 Precio, 406
 Precontratos, 430
Predigesto, 79
 Prehistoria de Italia, 17
 Prenda, 289, 399
 Presunciones, 170, 178
Pretium iustum, 406
 Pretor, pretura, 31, 69, 192
Princeps, 37
 Principado, 39
 Principio dispositivo, inquisito, 177
 Privilegio Paulino, 213
 Procedimiento formulario, 152
 Procedimientos sumarios, 187
 Proculeyanos, 59, 63, 406, 427, 501, 503
Procuratio in rem suam, 180, 329, 330
Procurator, 191, 329, 374
 Pródigos, 223
 Promesa unilateral, 452

Promissio dotis, 355
Promissio iurata liberti, 385, 386
 Propiedad, 244
 Propiedad bonitaria, 72, 251
Proprietas ad tempus, 247, 362, 499, 500
 Protección posesoria, 240
Protimesis, 412
Provocatio ad populum, 28
 Prueba de la filiación, 202
 Pruebas, 169
Questio lance et licio, 436
Quaestor, 31
Quarta Falcidiana, 448, 495
Quarta Trebelliana, Pegasiana, 505, 507
Quasi pignus, 372
Quasi possessio, 232, 236
Quasi traditio, 232, 278
Quasi usufructum, 285
Querela inofficiosae donationis, 486, 489
Querela inofficiosi testamenti, 457, 486, 487, 511
Querela non numeratae pecuniae, 375, 387, 394
 Ramnes, 21
 Rapiña, 443
 Ratificación, 366
Rebus sic stantibus, 342, 348
 Recepción del derecho romano, 84
Receptum arbitri, 141, 355
Receptum argentarii, 355
Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, 355
 Reconvencción, 176
Recuperatores, 144
Reindicatio, 147, 236, 241, 248, 510
 Reglas de Ulpiano, 95
Regula catoniana, 476, 496, 497
 Religión, 23
Relocatio tacita, 415, 416
 Remisión de deuda, 376, 379
Remissio mercedis, 414, 416, 417
Replicatio, 159
 Representación jurídica directa, indirecta, 123, 331
 República, 25
 Repudiación de herencia, 477
Repudium, 211
 Requisitos para *iustae nuptiae*, 208
Res communes omnium, 229, 341
Res derelictae, 255
Res hostiles, 255
Res intra, extra, commercium, 229
Res iudicata, 170
Res mancipi, nec mancipi, 230, 231, 252, 278, 431
Res mobiles, 231
Res nullius, 254, 255
Res publicae, 229
Res religiosas, 230
Res sacrae, 230
Res sanctae, 230
Res singulares, 233
Res universitatum, 229
Rescripta, 73
Rescriptum Divi Pi Antonini, 221
 Responsabilidad por culpa ajena, 369
 Responsabilidad sin culpa, 369
Restitutio in integrum, 445
 Retención, 301, 302, 372
 Retenciones dotales, 216
Retentio soluti, 313
 Retroactividad, 110, 111
Reus, 190
 Revocación de testamentos, 476
Revocatio in duplum, 174
Rogatio 47
 Sabinianos, 59, 63, 406, 427, 501, 503
Sacramentum, 146
 Sacerdotes (como juristas), 54
Sanctio, 47
 Saneamiento, 404, 405
Scholia, 81
 Schuld, 309, 324
Secessionis plebis, 25
 Senado, 20, 28, 29
Senatusconsultum, 52
Senatusconsultum Claudianum, 27, 124
Senatusconsultum Iuventianum, 481
Senatusconsultum Macedonianum, 313, 320, 396
Senatusconsultum Neronianum, 468, 492
Senatusconsultum Orphitianum, 462
Senatusconsultum Pegasianum, 466, 495, 504, 506
Senatusconsultum Tertullianum, 462
Senatusconsultum Trebellianum, 262, 506
Senatusconsultum ultimum, 32
Senatusconsultum Velleianum, 211, 390
 Sentencia, 148, 170, 377
Sententiae Pauli, 66, 76, 95, 415
 Separación de frutos, 261
Separatio bonorum, 134, 328, 377, 481, 482, 495
Sequester, 400
 Servidumbres legales, 279
 Servidumbres personales, 281
 Servidumbres personales irregulares, 286
 Servidumbres prediales, 274
 Servidumbres reales, 273, 284
 Servidumbres rústicas y urbanas, 276
Servitus actus, 277
Servitus altius non tollendi, altius tollendi, 277, 278
Servitus aquae ductus, 277
Servitus aquae haustus 274, 277
Servitus calcis coquendae, 277
Servitus cloacae, 277
Servitus cretae eximendae, 277
Servitus harenae fodiendae, 277
Servitus itineris, 277

- Servitus luminum*, 277
Servitus ne prospectui officiat, 277
Servitus oneris ferendi, 274, 276
Servitus pascendi pecoris, 277
Servitus pecoris ad aquam adpulsus, 277
Servitus proicendi, protegendi, 277
Servitus stilicidii, 277
Servitus viae, 277
Servus glebae, 124, 125
 Sestercio, 148
Siete Partidas, 12, 86, 178
 Significatio, 330
 Simple mancomunidad, 324
 Simulación, 163, 291, 339, 350
 Sindicus, 173
 Sistematización del derecho, 15, 61
 Sociedad, 423
 Sociedad leonina, 424
Societas erecto non cito, 423
Societas omnium bonorum, 425
Societas quaestus, 425
Societas unius rei, 425
 Solidaridad, 324, 325
 Solutio, 373
Spatium deliberandi, 479
Specificatio, 259
Sponsio, 189, 389
Sponsio partis dimidia, 355
Spurii, 202
Statu liber, 126, 127
Status civilis, 119, 129
Status familiae, 119
Status libertatis, 119
Statuta personalia, realia, 111
Stellionatus, 299
Stipulatio, 382, 385, 386
Stipulatio duplae, 405
Stipulatio poenae, 390
Stipulatio praetoria, 192
Stipulationes partis et pro parte, 494
 Suasiones, 46
 Subarrendamiento, 416
Subpignus, 293
 Subrogación, véase asunción de deudas
Subscriptio, 73
 Sucesión a título particular, universal, 254
 Sucesión abintestato, 457
 Sucesión testamentaria, 464
Successio graduum, 460
Successio ordinum, 461
Sui iuris, 132, 133
 Sujeto activo, pasivo, 318, 321
Summatim cognoscere, 187
 Superficie, 286, 287
 Sustitución fideicomisaria, 504
 Sustitución pupilar, cuasipupilar, 473, 484
 Sustitución vulgar, 484
Syngraphae, 393
Tabulae, 464
Tempus luctus, 209
 Término, 356, 361, 498
 Tesoro, 255, 256
Testamenti factio, activa y pasiva, 473, 490, 496
 Testamento, 126, 464
 Testamento inoficioso, 486
 Testamento (interpretación del), 472
 Testamento mancipatorio, 385, 386, 469
 Testamento (modalidades en el), 498
 Testamento (revocación del), 476
Testamentum apud acta conditum, 472
Testamentum calatis comitiis, 469, 486
Testamentum in procinctu, 469
Testamentum militare, 471
Testamentum per aes et libram, 385
Testamentum pestis tempore, 471
Testamentum principi oblatum, 472
Testamentum mysticum, 471, 508, 509
Testamentum ruri conditum, 471
Testamentum tripartitum, 386, 471
 Testigos, 169
 Tetrarquía, 40
 Titius, 21
 Título putativo, 269
Tollere liberum, 202
Traditio, 264
Transactio, 429, 509
 Trata de negros, 125
 Tribunalado militar, 31
 Tribuno de la plebe, 32
Tripertito, 56
Turbatio sanguinis, 209
Turpitud, 134
 Tutela, 219, 226, 227
 Tutela dativa, 221
 Tutela de mujeres, 223, 226
 Tutela legítima, 219, 220
 Tutela testamentaria, 219, 220
 Umbrios, 18
 Uso (derecho de), 285
Usucapio, 267
Usucapio pro herede, 479, 489
 Usufructo, 226, 293
Usus, 199, 285
Usus modernus Pandectarum, 85, 97, 441
Vectigal, 287
Venditio bonorum, 173
Venditio sub hasta, 263
Venia aetatis, 206
Verba legis, 349
 Vía legítima, 456, 457
 Vía oficiosa, 456
 Vía testamentaria, 456
 Vivos ocultos de cosa vendida, 408
 Vigencia del derecho en el espacio, 111
Vindex, 150
Vis absoluta, 336
Vis impulsiva, 336
 Visigodos, 76, 86
 Votación secreta en los comicios, 29
Votum, 315, 451

INDICE ONOMÁSTICO

(Los números indican las páginas)

- Accursio, 83
 Adriano, 38, 64, 169, 389
 Alba Longa, 18, 19, 25
 Albertario, 450
 Alciato, 87
 Allen, 47
 Alvarez Suárez, U., 92, 360
 Anastasio, 331
 Anco Marcio, 19
 Andrés, Juan, 86
 Antonino el Piadoso, 38, 122
 Aquilio Gallo, 58, 372, 444
 Argüello, 92
 Arangio Ruiz, 91, 141, 145
 Arias Ramos, J., 92
 Ataúlfo, 43
 Atila, 42
 Augusto, 27, 36, 58, 200, 223
 Aulo Gelio, 442
 Austin, 89
 Ávila, Martel de, 92
 Azo, 83

 Bachofen, 195
 Baldo, 86, 97
 Barbarroja, F., 83
 Bártolo, 83, 86, 97
 Bello, 95
 Berger, A., 8, 25
 Beseler, 66, 80
 Betti, 91
 Biondi, 90, 91, 96, 188
 Bluhme, 79, 89
 Bonfante, P., 50, 51, 80, 91, 196, 308, 325, 333, 450
 Bracton, 94
 Bricio, 18
 Brinz, 309
 Bruck, 430
 Bruns, 49, 89, 243
 Buckland, 64, 92, 346
 Budeo, 87
 Búlgaro, 83
 Bynkershoek, 93

 Capitón 62
 Caracalla, 53, 129, 387

 Carlomagno, 43
 Carr Ferguson, M., 178
 Carrelli, 154
 Cartago, 25
 Cassio, 63, 343
 Castillejo y Duarte, 92
 Catalá y Fluixá, José, 152
 Catilina, 27
 Cato M. Porcio, 58, 96, 122
 Celso (padre), 63, 140, 344, 367
 Celso (hijo), 62, 107, 108
 Cicerón, 53, 96, 135, 145, 151, 199, 393
 Claudio, 122, 390
 Clemente de Diego, 92
 Cneo Flavio, 50, 55, 56, 146
 Constantino, 40, 42, 43, 44, 60, 67, 169, 292, 295
 Coke, 94
 Cuenca, H., 93, 153
 Cuyacio, 83, 86, 87, 97

 Daube, 80, 92
 Dekkers, 406
 Dernburg, 12, 88, 105, 249, 286, 296, 298, 315, 330, 390, 449, 490
 Díaz Bialek, 92
 Dihigo, 93
 Diocleciano, 40, 43, 44, 60, 66, 67, 330, 371, 406
 Domat, 348
 Donelo, 86, 87, 202
 Dumoulin, 86, 324

 Eneas, 19
 Ermanarich, 42
 Escévola, G. C., 63
 Escévola, Quinto Mucio, 58, 61, 96, 473

 Favre, A., 87
 Ferrini, 91

 Galerio, 42
 García Máynez, 116
 Gaudemet, 92
 Gayo, 61, 63, 64, 346
 Girard, 411
 Glück, 85

- Godofredo, Jacobo y Dionisio, 87
 Goethe, 13, 115, 267
 Gordiano, 298
 Gracos, 27, 29, 144
 Grocio, 88, 93, 97
- Harmenópulo, 82
 Heineccius, 88
 Hémar, 356
 Honorio III, 87
 Hotomano (Hotmanus), 87
 Huber, 93
 Hugo, glosador, 83
 Hugo, Gustavo, 88
- Iavoleno (Javoleno), 60, 63
 Ibarrola, 270, 275
 Irnerio, 82
- Jacobo, glosador, 83
 Jhering, 7, 88
 Jolowicz, 84, 92, 105, 202, 205
 Juliano, S., 63, 64, 97, 104, 420, 460
 Julio César, 27, 36, 48, 53, 58
 Justiniano, 44, 77, 344, 352, 355, 363, 376, 377, 379, 380, 386, 391
- Kaser, Max, 91, 138, 194, 198, 352, 360
 Kaufmann, 439, 441
 Koschaker, 90, 91
 Kreller, 64, 91, 158
 Kunkel, W. V., 28, 64, 91
- Labeón, 62, 63
 Lambert, 50
 Lasalle, F., 466
 Lauterbach, 85
 Leibniz, 88, 115
 Lenel, O., 71, 89, 96, 128, 281, 354, 445
 León II, 43
 Levy-Bruhl, 92
 Levy, E., 67, 68, 248, 352
 Licinio Stolo, 349
 Lingenthal, Zachariae von, 82
 Livio, 349
- Macedónico, Basilio el, 81
 Maine, H., 12
 Maitland, 94
 Marciano, 63, 281
 Marcic, 15
 Marco Aurelio, 38, 201, 220, 222, 380
 Margadant, G. F., 11, 41, 90, 119, 199, 209, 218, 247, 350, 351, 365
 Mario, 27
 Martino, 83
 Masson, 248
 Melanchton, 14
 Menenio Agripa, 32
 Meredith, 42
- Michelis, de, 18
 Mitteis, 76, III, 320
 Modestino, 63, 65, 75, 97, 212, 379, 465
 Mommsen, Th., 89, 95, 134, 148, 435, 494
 Montesquieu, 53
 Mora Hurtado, 230
 Muther, 140
- Neracio, 63, 108, 420
 Nerón, 492
 Nerva, 63
 Niebuhr, 64, 89
 Numa, 19
 Numitor, 19
- Octavio Augusto, véase Augusto
 Odoacro, 42
 Odofredo, 83
 Oertmann, 369
 Ors Pérez Peix, A. d', 92
 Oven, V., 92
- Pacchioni, 28
 País, 50
 Pallotino, 18
 Panormitano, 86
 Papiniano, 63, 65, 69, 75, 76, 97, 307, 334, 343, 344
 Papiro Justo, 73
 Paulo, 63, 65, 75
 Pegaso, 63
 Peña Guzmán, 92
 Peters, 79
 Placentino, 83, 86
 Planiol, 356
 Plauto, 96, 121, 468
 Polibio, 22
 Pomponio, 61, 63, 64
 Pothier, 86, 92, 316, 324
 Procopio, 77
 Próculo, 62, 63
 Puchta, 88
- Quintiliano, 113, 466
- Rabel, 403
 Recaséns Siches, 340
 Remo, 19
 Ribbentrop, 325
 Riccobono, 80, 91, 95, 138, 179
 Ripert, 102
 Roberti, 76
 Robertis, de, 247
 Rómulo Augústulo, 42
 Rossi Masella, 93
- Sabino 58, 59, 61, 62, 63
 Santa Cruz Teijeiro, 92
 Savigny, V., 3, 12, 40, 59, 80, 88, 89, 116, 234, 235, 243, 334

- Scheltema, 82
 Schultz, 47, 55, 56, 60, 70, 80, 83, 131, 340
 Schwerin, 94
 Schwind, V., 25, 27, 53, 166, 240
 Scialoja, 91
 Séneca, 172, 212
 Servio Sulpicio Rufo, 56, 58, 96
 Servio Tulio, 20, 21
 Septimio Severo, 38
 Severo, Alejandro, 65, 330
 Sexto Elio Peto, 50, 56, 58, 96
 Siber, 358
 Sila, 27, 144
 Solazzi, 80
 Spengler, 41, 318
 Steinwenter, 188
 Struvio, 85
 Stryckio, 85
- Tarquino el Antiguo, 20
 Tarquino el Soberbio, 20, 28
 Teodorico, 42
 Teodosio I, 42, 331
 Teodosio II, 268, 319, 355, 381, 384, 386, 391
- Teófilo, 81, 393
 Terentilio Arsa, 49
 Tertuliano, 63
 Thayer, 92
 Thibaut, 88
 Tiberio, 58
- Tiberio Coruncanio, 56
- Toynbee, 29
 Trajano, 38, 225
 Triboniano, 77, 79
 Troya, 19
 Tulo Hostilio, 19
- Ulpiano, 63, 65, 75
 Unger, 326
 Uría, J. M., 93
- Vacario, 94
 Vangerow, 88
 Vespasiano, 37, 396
 Viglio ab Aytta, 87
 Vinnio, 93
 Vinogradoff, 84
 Voet, Juan, 90, 93
- Weiss, 394
 Wenger, 80, 158, 188
 Wesenberg, 327, 415, 470
 Wieacker, Franz, 29, 43, 59, 67, 109
 Windscheid, 12, 88, 140, 202, 294, 360, 403
 Wlassak, 8, 141, 154
- Zasio, 85
 Zenón, 189, 288
 Zepos, 81
 Zulueta, 92, 95, 403

INDICE DE MATERIAS

	Pág.
Prefacio a la primera edición	7
Prólogo a la segunda edición	9
Prólogo a la tercera edición	10
Prólogo a la cuarta edición	10
Advertencia preliminar	11
1. ¿Qué es el derecho romano?	11
2. ¿Por qué estudiamos el derecho romano?	11
3. La cultura jurídica	14
4. Plan de exposición	15

CAPÍTULO I HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

Primera Parte

Introducción historicopolítica general

5. Prehistoria de Italia	17
6. La monarquía	19
7. Las instituciones públicas bajo la monarquía	20
8. La república	25
9. Las instituciones políticas bajo la república	28
10. La desmembración del consulado	30
11. El acercamiento entre patricios y plebeyos	32
12. Características del derecho preclásico	33
13. La república y la organización territorial del Mediterráneo	35
14. Primera fase del imperio: el principado	36
15. Caracterización del derecho del principado	39
16. Segunda fase del imperio: la autocracia	40
17. Caracterización del derecho del bajo imperio	44

Segunda Parte

Historia externa del derecho privado romano

18. El concepto de historia externa del derecho romano	45
19. La costumbre	45
20. <i>Leges rogatae</i>	46
21. Las <i>Doce Tablas</i>	49
22. Plebiscitos	52
23. Senadoconsultos	52
24. Jurisprudencia	54
25. El concepto de escuela clásica	59
26. Los grandes clásicos	62
27. El derecho vulgar	65
28. Los edictos de magistrados	69

29.	El dualismo en el derecho romano.....	72
30.	Las constituciones.....	72
31.	Medidas para ordenar el derecho, anteriores a Justiniano.....	74
32.	La codificación justinianea.....	77
33.	Historia del derecho justinianeo en el oriente.....	81
34.	Glosadores y comentaristas.....	82
35.	La recepción del derecho romano.....	84
36.	La oposición al derecho romano.....	87
37.	El derecho romano y el movimiento codificador.....	89
38.	La investigación romanista moderna.....	90
39.	Influencia del derecho romano en los sistemas positivos modernos.....	93
40.	Fuentes históricas del derecho romano.....	95
41.	Resumen de los periodos de evolución romanista.....	96

CAPÍTULO II CONCEPTOS GENERALES

42.	Derecho objetivo y derecho subjetivo.....	98
43.	Los <i>praecepta iuris</i>	99
44.	La justicia y la equidad.....	99
45.	<i>Iurisprudentia</i> o <i>iuris scientia</i>	100
46.	<i>Ius civile</i> y <i>ius honorarium</i>	100
47.	<i>Ius civile</i> , <i>ius gentium</i> y <i>ius naturale</i>	101
48.	<i>Ius gentium</i> y <i>ius honorarium</i>	101
49.	<i>Ius publicum</i> y <i>ius privatum</i>	101
50.	Derecho taxativo y derecho dispositivo.....	103
51.	Derecho consuetudinario y <i>ius scriptum</i>	103
51b.	La busca de armonía interna dentro del <i>ius scriptum</i>	105
52.	La interpretación.....	107
53.	La vigencia del derecho objetivo en el tiempo.....	110
54.	La vigencia del derecho objetivo en el espacio.....	111
55.	El ejercicio de los derechos subjetivos.....	111
56.	La colisión entre derechos subjetivos.....	112
57.	Otras reglas básicas en relación con los derechos subjetivos.....	113

CAPÍTULO III LAS PERSONAS

58.	El concepto de persona.....	115
59.	La persona colectiva en el derecho romano.....	116
60.	La persona física en el derecho romano.....	119
61.	El <i>status libertatis</i> ; la esclavitud.....	120
62.	Causas de la esclavitud.....	123
63.	Extinción de la esclavitud.....	124
64.	Limitaciones a las manumisiones.....	127
65.	La situación jurídica del liberto.....	127
66.	El <i>status civitatis</i>	129
67.	Los privilegios comprendidos en la ciudadanía romana.....	129
68.	Las fuentes de la ciudadanía romana y su pérdida.....	130
69.	Formas intermedias entre ciudadanía y extranjería.....	131
70.	El <i>status familiae</i>	132
71.	Atributos de la personalidad.....	133
72.	Pérdida de la personalidad.....	136
73.	Epílogo.....	136

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ROMANO PROCESAL CIVIL

74.	Observaciones generales.....	138
75.	Las fases históricas del sistema procesal romano.....	140
76.	Magistrados y jueces.....	142
77.	Las <i>legis actiones</i>	145
78.	La <i>legis actio sacramenta</i>	146
79.	<i>Postulatio iudicis</i> y <i>condictio</i>	148
80.	<i>Manus iniectio</i> y <i>pignoris capio</i>	149
81.	Decadencia de las <i>legis actiones</i>	151
82.	El procedimiento formulario.....	152
83.	Los elementos principales de la fórmula.....	155
84.	Los elementos accesorios de la fórmula.....	159
85.	El procedimiento <i>in iure</i>	162
86.	La <i>litis contestatio</i> en el sistema formulario.....	164
87.	El procedimiento <i>apud iudicem</i>	167
88.	Después de la sentencia.....	172
89.	El procedimiento extraordinario.....	174
90.	La clasificación de las acciones.....	179
91.	Los interdictos.....	184
92.	Los procedimientos sumarios.....	187
93.	<i>Poenae temere litigantium</i>	188
94.	La personalidad en el proceso.....	190
95.	Panorama de la actividad pretoria.....	192

CAPÍTULO V

LA FAMILIA

96.	Observaciones preliminares.....	194
97.	<i>Agnatio</i> y <i>cognatio</i>	195
98.	El <i>paterfamilias</i>	196
99.	La <i>manus</i>	198
100.	La <i>patria potestad</i>	200
101.	Las fuentes de la patria potestad.....	201
102.	Extinción de la patria potestad.....	206
103.	<i>Iustae nuptiae</i> y concubinato en sentido romano.....	207
104.	Requisitos para las <i>iustae nuptiae</i> . Sus efectos jurídicos.....	208
105.	Disolución del matrimonio.....	211
106.	La legislación caducaria.....	213
107.	El régimen patrimonial del matrimonio romano.....	213
108.	La dote.....	214
109.	<i>Donatio ante nuptias</i>	217
110.	Donaciones entre cónyuges.....	217
111.	Complicaciones patrimoniales en caso de segundas nupcias.....	218
112.	<i>Arrae sponsaliciae</i>	219
113.	Tutela y curatela en general.....	219
114.	La diferencia entre tutela y curatela.....	220
115.	Infantes; impúberes.....	220
116.	Curatela de menores de veinticinco años.....	221
117.	La tutela de mujeres.....	223
118.	Diversos casos de curatela.....	223
119.	Protección del pupilo.....	223
120.	Terminación de tutela (resp. curatela).....	225
121.	Epílogo.....	225

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS REALES

122. Observaciones preliminares	228
123. Cosas	228
124. Distinciones de <i>res in commercio</i>	230
125. La posesión en general	234
126. Clases de posesión	236
127. Adquisición y pérdida de la posesión	238
128. La protección posesoria	240
129. La posesión romana según von Savigny y Jhering	243
130. La propiedad	244
131. Las restricciones a la propiedad	246
132. El problema de la <i>proprietatis ad tempus</i>	247
133. La protección procesal de la propiedad	248
134. La propiedad bonitaria	251
135. La copropiedad	252
136. La adquisición de la propiedad	253
137. Modos originarios de adquirir la propiedad	254
138. Los modos derivativos de adquisición del <i>ius civile</i>	262
139. La <i>traditio</i>	264
140. La <i>usucapio</i>	267
141. <i>Praescriptio longi temporis</i>	271
142. Los <i>iura in re aliena</i>	272
143. Servidumbres reales	273
144. Constitución de las servidumbres reales	278
145. Extinción de las servidumbres reales	279
146. Defensa procesal de las servidumbres reales	280
147. Las servidumbres personales. El usufructo	281
148. Constitución y extinción del usufructo	284
149. Cuasi-usufructo	285
150. Los derechos reales de uso y habitación	285
151. Servidumbres personales irregulares	286
152. Superficie y <i>enfiteusis</i>	286
153. La prenda e hipoteca en general	289
154. El objeto de la prenda o hipoteca	293
155. Los derechos del acreedor prendario o hipotecario	294
156. Los deberes del acreedor prendario	296
157. La pluralidad de acreedores hipotecarios	297
158. Las relaciones entre el crédito garantizado y el derecho de garantía	298
159. Defectos del sistema hipotecario romano	299
160. Constitución y extinción de los derechos reales de garantía	300
161. El derecho de retención	301
162. Las acciones reales	302

CAPÍTULO VII

(PRIMERA PARTE)

LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

163. Derechos reales y derechos personales	304
164. El concepto de <i>obligatio</i>	307
165. Historia y etimología de la obligación	308
166. Clases de obligaciones	309
167. Las fuentes de las obligaciones	315
168. Los elementos del contrato	317
169. Sujeto activo y sujeto pasivo	318

170. Pluralidad simultánea de sujetos activos o pasivos	321
171. Correalidad y solidaridad	325
172. Contratos a favor de terceros	326
173. Cesión de obligaciones	327
174. La representación jurídica	331
175. El consentimiento	333
176. El error	334
177. La intimidación	336
178. El <i>dolus malus</i>	338
179. La lesión	340
180. El objeto de los contratos	341
181. Pluralidad de objetos	343
182. La causa	346
183. La forma de los contratos	351
184. Consecuencia de la inobservancia de las formas	353
185. Pactos vestidos	354
186. Elementos accidentales de los contratos	356
187. La condición	357
188. El término	361
189. Modo o carga	363
190. Interpretación de contratos	363
191. La invalidez del negocio jurídico	365
192. El incumplimiento y sus consecuencias	366
193. Digresión sobre la culpa	368
194. La mora	370
195. La <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	371
196. Los modos de extinción de las obligaciones	372
197. Modos de extinción que operan <i>ipso iure</i>	372
198. Modos de extinción que operan <i>ope exceptionis</i>	379

CAPÍTULO VII

(SEGUNDA PARTE)

LOS CONTRATOS Y OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES

199. Las diversas categorías de contratos	382
200. El contrato <i>verbis</i>	385
201. La <i>stipulatio</i>	386
202. El préstamo estipulatorio	387
203. La fianza estipulatoria	387
204. La pena convencional en forma estipulatoria	390
205. La estipulación de intereses	391
206. El contrato <i>litteris</i>	392
207. Mutuo y comodato	394
208. Depósito y prenda	399
209. Contratos consensuales	403
210. La compraventa	403
211. Los deberes del comprador y del vendedor	407
212. El riesgo de la cosa, en la compraventa	410
213. Unos casos especiales de compraventa	411
214. Pactos especiales en relación con la compraventa	411
215. <i>Locatio-conductio</i>	412
216. <i>Locatio-conductio rerum</i>	414
217. Aparcería	416
218. <i>Locatio-conductio operarum</i>	417
219. <i>Locatio-conductio operis</i>	418
220. Mandato	419
221. Sociedad	423

222. Contratos innominados	426
222a. La promesa de contrato	430
223. La donación	430
224. Los delitos privados en general	434
225. <i>Furtum</i>	435
226. <i>Damnum iniuria datum</i>	438
227. Injuria o lesiones	442
228. Delitos privados del derecho honorario	443
229. Cuasicontratos	446
230. Cuasidelitos	449
231. Otras fuentes	451
232. Epílogo procesal	452

CAPÍTULO VIII
LAS SUCESIONES

233. Observaciones generales	455
234. Sucesión por vía legítima según las <i>Doce Tablas</i>	457
235. La vía legítima en el derecho pretorio	459
236. Correcciones de la vía legítima durante la época imperial	461
237. La vía legítima en el derecho justinianeo	462
238. El testamento	464
239. Las formas del testamento romano	468
240. Interpretación del testamento	472
241. La <i>testamenti factio activa</i> y la <i>testamenti factio passiva</i>	473
242. La revocación de testamentos	476
243. La adquisición de la herencia por el heredero	477
244. La situación jurídica del heredero	480
245. <i>Ius adcrendi</i> y sustitución	483
246. La desheredación	485
247. La <i>collatio</i>	488
248. La herencia yacente y la herencia vacante	489
249. Los legados	489
250. Las formas de los legados	491
251. El objeto del legado	492
252. Herederos <i>versus legatarios</i>	494
253. La adquisición de los legados. <i>Dies cedens</i> y <i>dies veniens</i>	496
254. Las modalidades en los testamentos	498
255. Casos especiales de modalidades en el testamento	501
256. Las modalidades en los testamentos en el derecho moderno	503
257. El fideicomiso	503
258. Los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano	506
259. Fideicomisos y legados	507
260. Los codicilos	508
261. El problema de las transacciones celebradas por herederos	509
262. La <i>donatio mortis causa</i>	510
263. Epílogo procesal	510

ESTA OBRA SE ACABÓ DE IMPRIMIR
EL DÍA 3 DE ABRIL DE 1998, EN LOS TALLERES DE

OFFSET UNIVERSAL, S. A.
Calle 2, 113-3, Granjas San Antonio
09070, México, D. F.