TRATADO ELEMENTAL
DE
DERECHO ROMANO

EUGÈNE PETIT
PROFESOR DE DERECHO ROMANO EN LA UNIVERSIDAD DE POITIERS

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO

CONTIENE

EL DESARROLLO HISTÓRICO Y LA EXPOSICIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN ROMANA DESDE EL ORIGEN DE ROMA HASTA EL EMPERADOR JUSTINIANO

TRADUCIDO DE LA NOVENA EDICIÓN FRANCESA
Y AUMENTADO CON NOTAS ORIGINALES, MUY AMPLIAS

POR

D. JOSÉ FERRÁNDEZ GONZÁLEZ
DOCTOR EN DERECHO Y CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
EN LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

CON UN PRÓLOGO DEL

DR. DON JOSÉ MA. RIZZI
CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO EN LAS UNIVERSIDADES
DE BUENOS AIRES Y DE LA PLATA

23ª edición

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2007

Primera edición en francés, 1892
Primera edición en español, Buenos Aires, 1910
Primera edición en Editorial Porrúa, SA de CV, 1984

Copyright © 2007

Esta edición y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 2
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN13 978-970-07-7496-1

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO

A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Este libro de texto ha tenido entre sus similares una rara fortuna, como lo cohonestan sus múltiples ediciones en un breve período. Su adopción en nuestra Facultad de Derecho es coetánea de una mudanza radical en los programas de enseñanza del Derecho Romano. Este curso, que se limitaba a explicar el derecho en la época de Justiniano, esto es, terminado el período de su evolución, encarado de golpe en sus formas perfectas (de ahí el nombre de «Curso de Institutas», «Curso de Pandectas», que ostentaban los clásicos manuales), se estudió luego como un derecho histórico, siguiéndole en las varias fases de su desarrollo, en un período trece veces secular, en que las más variadas civilizaciones se mezclaron y colaboraron armónicamente para que el derecho de Roma, en sus comienzos estrecho y excluyente, adquiriera luego el vigor de un derecho universal, cuyos efectos aun duran y perdurarán, no cabe duda, en el derecho de las civilizaciones modernas.

Es verdad que después de la redacción del actual Código Civil Alemán, el Derecho Romano desapareció como legislación vigente; no es, con todo, un derecho muerto; trocóse sencillamente en un derecho histórico, consagrado por los tiempos, que permanece como fuente del derecho actual. En este mismo código precitado, cuyas alabanzas entonan los modernos civilistas, librada la batalla entre el «Pandentenrecht» y el «Deutsches Privatrecht», no está probado que este último triunfara en la contienda (1). Y porque es un derecho histórico requiere ser estudiado con un criterio histórico antes que dogmático. Es lo que aconteció en Francia después de la codificación de 1804, cuando el estudio exegético de las compilaciones de Justiniano se convirtió paulatinamente, sin reforma oficial, por la sola iniciativa de los profesores, en un curso de historia de la legislación romana (2).

Pero esta nueva metodología, antes que debilitar, vigorizó el estudio del derecho romano. La propia literatura jurídica moderna pareció colaborar en esta feliz iniciativa de rejuvenecer las instituciones de Roma, aplicándoles el espíritu crítico y sagaz de los nuevos tiempos y mediante el aporte de abundantísimo material de estudio que hizo posible una más grande penetración y hondo conocimiento de las pasadas civilizaciones. Y estas experiencias del pasado, contempladas a la

---

(1) Léase en Lambert, *Fonction du Droit Civil comparé*, los ataques de los germanistas contra la influencia persistente del derecho romano en el nuevo Código, a despecho de toda consideración nacionalista. Pág. 89 y siguientes.

(2) El mismo autor. Op. et loc. cit.

luz de la ciencia moderna, serán, a la vez que mejor comprendidas, eficacísimas para sustentar las nuevas construcciones del derecho.

Así lo comprendió el genio luminoso de Rodolfo Ihering cuando, en la «Introducción» de su *Historia del desenvolvimiento del Derecho Romano*, señalaba el método que habría de renovar los estudios históricos. Y porque este opúsculo, que dejó truncado la muerte de su autor, es menos leído que otras acabadas y clásicas producciones suyas, yo quiero recordar aquí algunas de sus ideas fundamentales.

La ciencia histórica —nos dice— permanecería estacionaria si los historiadores no se sucedieran los unos a los otros, aportando sin cesar nuevas concepciones.

«Pero ella progresa. La historia romana se presenta en nuestros »días con una fisonomía diferente de aquella del último siglo; la Revo»lución francesa se comprende ahora de manera muy distinta de como »se entendía hace cincuenta años. La razón está en que nuevas fuentes »fueron descubiertas y, además, porque el pensamiento ha experimen»tado una evolución. Cada época tiene una concepción diferente, y el »pasado toma, por tal manera, una fisonomía siempre nueva... En el »curso universal de las cosas, la luz de lo nuevo se refleja sobre el pasa»do. Tan sólo hoy día comprendemos muchas cosas que pertenecen a »una antigüedad envuelta en la mortaja de los siglos desaparecidos» (1).

En las nuevas fuentes descubiertas y, sobre todo, en la evolución del pensamiento fía Ihering el progreso de las ciencias históricas. Pero así como el presente se refleja sobre el pasado, éste vierte su claridad en el sendero por donde ascienden las civilizaciones modernas. Una última conquista de la ciencia: el hallazgo siempre creciente de los papiros del Egipto romano es fuente inagotable de renovadas enseñanzas en el campo del derecho. Instituciones loadas por nuevas en la doctrina, y que luchan para imponerse en la codificación de los pueblos más adelantados, aparecen constituídas en las ruinas venerables de épocas pretéritas (2).

Estas instituciones resurgen a la vida por obra de los hombres doctos que confunden, en un mismo sentimiento, su fervor por la ciencia nueva y el amor de las cosas pasadas; de otro modo, sin una vasta preparación para acercarse a ellas y comprenderlas, permanecerían mudas e incomunicables.

Esta virtud renovadora alcanzó al Derecho Romano en muchas de sus instituciones; para remozar algunas que parecían gastadas, bastó que se volviera a las fuentes del derecho romano, no contaminadas por la obra de glosadores e intérpretes, que se apartaron de ellas y fundaron caprichosas doctr nas.

Excedería los límites de este prólogo el abundar en las pruebas de mi aserto; pero ha de bastar para convencer un ejemplo que bien pudiera considerarse clásico.

Raimundo Saleilles, profesor que fué de la Universidad de París y uno de sus últimos grandes maestros, ha renovado el estudio de la personalidad jurídica, abrevándose en las fuentes originales del derecho romano. Profundo conocedor de este derecho, si bien modestamente declara que no es romanista de profesión, explora la historia de aquellos institutos para mostrarlos como fueron y como deben ser: no ficciones, sino realidades jurídicas capaces de ser sujetos de derecho y del

(1) Op. cit., trad. de Meleunnere, pág. 2.

(2) Léase en Eduardo Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, págs. 229 y 270, y en Marcos Módica, *Papirologia Guiridica*, págs. 122, 129 y siguientes, acerca de la forma de transmisión de la propiedad en el Egipto romano mediante la simple inscripción en los registros públicos. Véase también R. Dareste, *Nouvelles études d'histoire de droit*, capitulo IX, «Les papyrus egyptiens de l'époque romaine», passim.

mismo modo que el propio individuo. Y he aquí cómo sintetiza este autor, que vivifica la sabiduría clásica con alerta espíritu moderno, el gran beneficio que en esta materia se debe al derecho romano: «Él ha »aclimatado —nos dice—en el mundo la idea de que todos los organis»mos constituídos para funcionar en el terreno del derecho eran reali»dades jurídicas, capaces de ser sujetos de derecho como el mismo indi»viduo. Y sin pretender plegar todos estos organismos dentro de un mismo »molde constructivo, admitió toda la diversidad de constituciones que »presentaba el mundo de los hechos y de las realidades, desde la perso»nalidad puramente corporativa de la asociación, hasta la personalidad »de pura afectación de las fundaciones. Han sido los hechos los que han »adaptado el derecho a su medida, lejos de pensar que el derecho, a la »manera de un lecho de Procusto, los haya reducido a la abstracción de »sus sistemas. *Estamos en plena corriente de vida*, y el derecho acepta »las creaciones sucesivas» (1).

Me detengo en este único ejemplo que he escogido para fundar mis razones; pero yo no sé que haya una sola obra de la literatura jurídica moderna que pudiera citarse en contrario. El propio estudio del mismo autor acerca de la «Posesión»; el erudito tratado sobre igual asunto de Jorge Cornil, obra modernísima y juzgada como clásica; las «Pandectas» de Winscheid realzadas por las notas de sus doctos traductores italianos; las propias de Dernburg; las de todos los pandectistas alemanes, magníficos en número y en doctrina, prepararon la levadura con que se amasan las nuevas construcciones jurídicas.

A los textos del aula llegó la savia renovadora. Verdaderos maestros en esta rama de los estudios docentes en las grandes Universidades europeas escribieron para sus alumnos manuales que compendiaban en forma clara y sencilla, por veces sugerente, lo más selecto de su doctrina. A este género pertenecen el manual de Federico Girard, profesor de la Universidad de París, texto traducido a varias lenguas europeas, y el de Eduardo Cuq, profesor en la misma Universidad, que han puesto al alcance de la juventud estudiosa el resultado de las últimas investigaciones de la ciencia romanista. Este último, en edición reciente, abandonando el método que antes adoptara, de estudiar la historia de las instituciones jurídicas de Roma en cada uno de los tres períodos del derecho: antiguo, clásico y del Bajo Imperio, ha preferido exponer el desarrollo de cada una de las instituciones, sin solución de continuidad, al través de cada uno de esos tres períodos, poniendo ante los ojos del estudiante el cuadro por entero. De menos volumen es el manual de Jorge Cornil—profesor en la Universidad de Bruselas—, en cuya arquitectura adoptara la primera manera de Cuq; obra de líneas clásicas, que su autor ha querido encerrar en los límites de un «aperçu historique sommaire», pero de los que desborda a veces un rico caudal de hechos y de ideas que abren nuevos horizontes a la meditación y el estudio. No pretendo agotar la lista de todos los manuales modernos conocidos y usados en las escuelas de derecho de Europa y de América; no quiero, con todo, dejar de mencionar algunos de ellos, como el de Rodolfo Sohm, profesor de la Universidad de Léipzig, modelo de claridad y de sana doctrina, pero que peca, conviene decirlo, en su descuidada traducción española. Así también he de enunciar los múltiples textos aparecidos en Italia durante estos últimos tiempos, todos ellos encauzados en la corriente moderna, de maestros que han dado al estudio de un derecho clásico en su tierra los frutos más jugosos de su honda erudición y de su claro talento.

Los manuales de Contardo Ferrini, de Pedro Bonfante, de Juan

(1) *La personnalité juridique*, pág. 159.

Pacchioni, de Silvio Perozzi, de Emilio Costa, de Victorio Scialoja, tienen para nosotros el atractivo de estar escritos en una lengua tan cercana de la nuestra, que sólo rara vez se creyó oportuno presentarlos en una traducción española, como aconteció con el manual de don Felipe Serafini, traducido y con referencias al derecho español por el doctor Juan de Dios Trías.

De estos manuales, quizá ninguno se ha difundido tanto en las escuelas de América como el manual de Eugenio Petit, cuya traducción española, confiada a un distinguido profesor de la Universidad de Valladolid, aparece ahora esmeradamente editada por la importante Casa Editorial Saturnino Calleja, S. A., que tantas obras de valía nacionales y extranjeras ha incorporado al acervo, ya rico, de la moderna bibliografía de España.

Este texto difícilmente podría ser superado en el mérito de adaptarse perfectamente a la enseñanza del Derecho Romano, en el lugar que de antiguo le asignaron todas las escuelas de derecho, esto es, en los primeros años del plan de estudios.

El propio autor, en las primeras ediciones de esta obra, manifestaba su propósito de escribir para los estudiantes que prepararan su licenciatura, una exposición metódica y suficientemente desarrollada de los principios generales de la legislación romana, contemplada sobre todo en sus sucesivas transformaciones, e indicaba como rasgos característicos de este tratado, la sobriedad y claridad en la exposición. Estos propósitos fueron cumplidos en todas sus partes, sin mengua de una discreta erudición, cuando la importancia de la materia lo requiere, y que muestra en nuestro autor la solidez de su doctrina.

De menos extensión que otros trabajos que gozan justamente de renombre, contiene éste, en su sobriedad, riqueza de material como los mejores; aventaja a los demás en cuanto puede satisfacer las exigencias de todo programa de estudios, porque no deja en la sombra ningún punto de importancia; si la propia índole de la obra aconseja a su autor que sea parco y evite tratar de intrincados problemas inaccesibles a los principiantes, mediante llamadas a los textos originales y citas diestramente escogidas, estimula, enciende la pasión del estudioso para más serias investigaciones.

Bien venida sea, pues, esta traducción: ella facilitará a los estudiantes de España y de América un claro y ordenado conocimiento de la historia de las instituciones jurídicas de la Roma clásica.

A pesar de la divulgación de la lengua francesa en el mundo entero, creándose cátedras para su enseñanza en los propios Institutos, que preparan el ingreso a los estudios universitarios, conviene considerar que los textos científicos redactados en lengua extranjera presentan a la mayoría de los estudiantes serias dificultades para su buena inteligencia, que frecuentemente les es necesario desentrañar de giros idiomáticos a los que no están avezados. Y porque la traducción no es simple traslación idiomática, sino una fiel interpretación del texto, tan sólo un maestro en el asunto puede abordar con eficacia esta, por veces, espinosa tarea. En ella sobresalen los profesores universitarios de Italia, cuyas traducciones, especialmente del alemán, son verdaderas obras maestras, enriquecidas algunas por copiosísimas notas, y de las que son claro ejemplo las «Pandectas» de Winscheid, en las que colaboraron los mejores romanistas. Igual elogio puede tributarse a la traducción del «Sistema del Derecho Romano actual», de Federico Carlos de Savigny, emprendida por Victorio Scialoja, profesor de Derecho Romano en la Universidad de Roma, y tantas otras que fueron vehículo de intensísimo intercambio espiritual. En el prefacio de dicha traducción escribe su autor esta advertencia, que convendría tuvieran presente

cuantos intentan trabajos semejantes. «Es necesario—dice—que quien lea la versión de un libro científico encuentre en ella todo cuanto habría de encontrar en el original: ninguna cosa de menos y ninguna de más.» El traductor debe permanecer enteramente fiel al pensamiento del autor, sin descuidar un solo matiz, esmerándose en exponer con claridad cuanto en el original está claramente expresado; trasladar, asimismo, cuando se insinúa en la frase, una sombra de vacilación o de duda.

Por estas razones merece una buena y confiada acogida esta versión de un maestro de Derecho Romano. Haya asimismo plácemes para los editores que han puesto en tan hábiles manos la realización de su obra de cultura. Hay que confesar que no todas las traducciones españolas de obras científicas fueron, hasta ahora, objeto de tan loable diligencia.

Termino formulando un voto: Pueda este libro avivar en el corazón de la juventud de España y de Hispanoamérica el amor por el estudio del derecho romano, el más fuerte eslabón de nuestra cultura latina.

DR. JOSÉ M.ª RIZZI

Catedrático de Derecho Romano en las Universidades de Buenos Aires y de La Plata.

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1924.

PREFACIO

Esta novena edición de una obra, impresa por primera vez en 1892, no tiene apenas necesidad de ser presentada a aquellos para los que ha sido hecha, es decir, a los estudiantes que buscan, para preparar la licenciatura y el doctorado, una exposición metódica y suficientemente completa del derecho romano. Conviene, sin embargo, hacer observar que ha sido revisada en todas sus partes con el mayor cuidado y aumentada en algunas páginas. Un estudio atento de los textos nos ha conducido, en efecto, a retocar ciertas teorías y a completar otras. Nos hubiera sido fácil ir más lejos en este camino y profundizar ciertas cuestiones solamente tratadas de modo somero. Pero nosotros hemos querido, sobre todo, conservar en nuestro tratado, con sus dimensiones relativamente restringidas, las cualidades de concisión y claridad que hasta el presente le han asegurado el éxito, y que nosotros esperamos serán todavía apreciadas en la actual edición.

Eugène Petit.

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN

§ 1.—Del Derecho en general.

1. El hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales. Pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto de la libertad de otros. De aquí deriva la necesidad de reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad. La teoría de estos principios constituye el *derecho*, en su acepción más extensa. La palabra *derecho* se deriva, en efecto, de *dirigere*, e implica una regla de conducta. De este modo considerado, el derecho es el *conjunto* de reglas que rigen las relaciones sociales (1).

¿Cómo pueden determinarse estas reglas? El hombre civilizado encuentra en su conciencia y en su razón la noción de *lo justo* y de lo *injusto*. Puede, por tanto, concebir la existencia de un derecho ideal, cuyos principios todos estarían conformes con la idea de lo justo. Éste es el derecho en su esencia, el derecho en sí. Se le llama también *derecho natural*. Esta expresión no está a cubierto de la crítica, porque el hombre, en el estado de naturaleza, no tiene sino una concepción muy imperfecta de lo justo; solamente en una civilización bastante adelan-

---

1. (1) N. del T.—El concepto que del Derecho formula el autor es el clásico, en el llamado sentido objetivo, que hace tiempo viene expresándose al decir que el Derecho es conjunto de normas jurídicas. Pero sabido es que esta mal llamada definición, puesto que con más razón se la considera como una simple descripción, no atiende a la verdadera esencia del concepto. Para saber lo que el Derecho sea, es absolutamente necesario determinar lo que hace que una regla o norma sea Derecho, y no una prescripción de la moral, de la cortesía, o una conminación arbitraria; fijar qué es lo que constituye el carácter jurídico de una norma o regla.

Hoy, siguiendo las orientaciones filosófico-jurídicas trazadas por Rodolfo Stammler para encontrar el verdadero concepto del Derecho, hay que desentrañar las notas lógicas, fijas y permanentes que le delimitan en medio del cúmulo de reglas que rigen y gobiernan la vida social. Para ello, abandonando el método que se ha llamado *todactico*, y utilizando exclusivamente en la investigación el denominado *crítico*, puede llegarse con seguridad a dicho concepto.

Esas notas lógicas son, en primer término, siempre y necesariamente, *voluntad*, porque el Derecho es algo específicamente humano, obra racional, y como tal, producto de la voluntad y perteneciente al imperio de los *fines*. En segundo lugar, la *vinculatoriedad* es otra nota lógica que informa el concepto del Derecho, porque éste sólo se puede dar en la vida social, es voluntad de relación, voluntad social o *vinculatoria*, porque liga, vin-

tada es cuando la idea de lo justo se desprende más claramente. Pero, sea cual fuere el nombre que se le dé, este derecho, que no se manifiesta por signos materiales, sería insuficiente para gobernar las relaciones sociales. Se necesitan reglas precisas, formuladas en textos. A la autoridad, a la cual los hombres han investido de este poder, pertenece el publicar en forma de edictos estas reglas, que constituyen las *leyes*. El conjunto de las leyes forma el *derecho positivo*, que, a diferencia del derecho natural, se ha hecho sensible por monumentos exteriores. El derecho, considerado como derecho positivo, puede, por consiguiente, definirse: *el conjunto de reglas cuya observancia está prescrita y sancionada en los distintos pueblos*. El derecho positivo es esencialmente variable. Un interés mal entendido, necesidades pasajeras, retardan con frecuencia su progreso. Y se necesitan siglos para que las instituciones jurídicas se perfeccionen y para que el espíritu humano, habiendo llegado a las concepción más o menos perfecta de un derecho ideal, se esfuerce por realizarla en forma de leyes.

2.—De esta primera idea del derecho puede deducirse otra significación derivada. Dentro de los límites donde el hombre puede obrar, sin producir menoscabo a la libertad de otros y sin perturbar el orden social, el ejercicio de sus facultades constituye para él un conjunto de *derechos* cuyo respeto debe asegurar la ley. Entre estos derechos, unos son de orden político y consisten en la participación de los ciudadanos en el gobierno y en la administración del Estado; los otros son de orden privado: tales son los derechos de familia, los derechos reales, los derechos de crédito. (V. núms. 144 y 145.)

---

cula y encadena entre sí los fines perseguidos por diferentes individuos. También es otra nota lógica la *autarquía*, puesto que las normas del Derecho obligan por propia virtud, es el Derecho mismo el que dispone a quién ha de obligar y en qué medida, y sus dictados obligan permanentemente en tanto no se desvirtúan por derogación o desuso. Y, por último, se dice, siguiendo al maestro alemán antes citado, que la última nota para completar y precisar el concepto de Derecho es la *inviolabilidad*, que distingue al Derecho del poder arbitrario, y que reside en la fuerza formal atribuída al imperativo por quien dicta la norma o regla con carácter permanente para la regulación del caso previsto y de cuantos puedan surgir idénticos a él en la práctica.

Desde luego, hay que observar que los romanos, que exclusivamente se movieron dentro de las exigencias de la vida real y práctica, mirando el Derecho como un instrumento de aplicación, no se acomodaron al anterior modo de investigación. No obstante, es sabido que Roma llevó al más alto grado las garantías jurídicas de la vida social; que vió la necesidad de separar el *Derecho* del *poder arbitrario*, y que consideró que el primero, para que fuese tal Derecho, precisaba moverse siempre en el sentido de perfección de un más allá, de la equidad *(aequitas)*; por ello puede reputarse como definición del Derecho no superada, en el sentido de aspiración ideal, la de Juventius Celsus, «*ius est ars boni et aequi*» (arte de lo bueno y equitativo), reproducida por Ulpiano en el Libro I de las Instituciones, y que consigna el Digesto, libro I, título I, fragmento 1.°, pr., y también la de Paulo, libro XIV, *ad Sabinum*, «*quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur*» (lo que es siempre equitativo y bueno), inserta en el Digesto, libro I, título I, fragmento 11; noción admirable del Derecho que se explica por las particularísimas circunstancias en que los romanos se encontraron, puesto que siendo ellos los que tenían que resolver las cuestiones de derecho que se les presentaban, acudían a la ley, y no existiendo precepto legal a veces, porque su legislación era muy pobre, la luz de la razón, sin embargo, les dictaba que no podía llamarse Derecho el fallo dado según capricho, y anhelosos de sentar una base sólida, común, general, creyeron encontrarla diciendo «quod semper bonum et aequum est, hoc ius est», porque, en efecto, lo justo es inmutable, universal, de todos los tiempos, es bueno y es equitativo. Mas dicha definición, aun cuando revele el conocimiento de un Derecho universal común a todos, no es en rigor definición verdadera, porque los romanos no dijeron qué era lo que siempre es bueno y equitativo. Véase, sobre estas ideas, el trabajo del ilustrado Profesor W. Roces: «El concepto del Derecho» (y su distinción de la moral, de las normas convencionales y del poder arbitrario). «Una lección de cátedra», publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 144, núm. IV, abril, año 1924, Madrid, en cuyo trabajo se inspira la presente nota.

§ 2.—Del Derecho Romano.—Su utilidad.

3. El Derecho Romano es el conjunto de los principios de derecho que han regido la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano.

Después de haber formado durante siglos la legislación de una gran parte de Francia, no es ya susceptible de aplicación después de la promulgación del Código Civil. Sin embargo, su estudio no ha cesado de constituir con justo título la base de toda educación jurídica verdaderamente digna de este nombre. Esto no es que se haya librado, sobre todo en estos últimos tiempos, de protestarse su utilidad. Para ciertas personas que no toman de las cosas más que el interés práctico e inmediato, este derecho, caduco y anticuado, no será más que un bagaje inútil, y, de renovarse, su enseñanza sería como un último resto de la escolástica de la Edad Media. Pero se ha dicho en su favor, frecuentemente con razón, que el derecho romano ha recibido siempre de los que le ignoran los más violentos ataques, mientras que los mejores espíritus no han cesado jamás de ser sus defensores ardientes y convencidos (1).

4.—Veamos así, pues, rápidamente por qué motivos el estudio de la legislación romana es todavía útil.

1. Ella tiene desde luego una *utilidad histórica*. Nuestro Derecho actual tiene, sobre todo, por orígenes: las costumbres y el Derecho Romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente. Para comprender bien sus disposiciones, es, por consiguiente, esencial conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen; éste es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor.

Pasó el tiempo en que nuestro Código Civil era considerado como la última palabra del derecho, y las dificultades prácticas que él hizo nacer, como objeto esencial de las preocupaciones del jurista. La enseñanza que se reducía al comentario árido de los textos y de la jurisprudencia pudo formar prácticas que aplicasen la ley, pero no jurisconsultos que supiesen el derecho. Pero, iluminado por la historia, el estudio de nuestras leyes se ensancha y se eleva; se descubren los lazos que las unen con el pasado, las causas de sus imperfecciones, y se está mejor preparado para asegurar su progreso.

2. El Derecho Romano debe ser estudiado como un *modelo*. En los monumentos que nosotros poseemos no se incluyen solamente leyes, sino también, y sobre todo, las aplicaciones que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y de deducción. Por tanto, no se encuentran ejemplos más perfectos de interpretación jurídica que ofrecer a los principiantes del estudio del derecho. Esta perfección no es nada que deba sorprendernos. Los romanos tuvieron, en efecto, una aptitud especial para el derecho, así como los griegos para la filosofía. Si se añade que el Imperio romano ha abarcado en su dominación todo

---

3. (1) N. del T.—Sin criticar el concepto y definición del autor acerca del Derecho Romano, juzgamos conveniente hacer notar, para mayor claridad, que no es sólo el derecho legislado por Roma el que debe estudiar el jurista, sino también el derecho vivido, el sentido y madurado en la conciencia jurídica de este pueblo, que es una parte importante del que en su seno elabora y concreta. No bastará, pues, conocer la legislación para tener cabal idea del sentido jurídico romano: será preciso penetrar en aquel derecho gestado en el pueblo mismo y manifestado espontánea y directamente por su conciencia social que forma la costumbre en sus varias y vallosas fuentes. Así se expresa Ihering, reconociendo la amplitud objetiva y doctrinal del Derecho Romano.

el universo civilizado, que sus jurisconsultos tenían los orígenes más diversos, se comprende fácilmente que este derecho es el resultado del trabajo del espíritu humano en lo que tiene de más culto. Por tanto, uno de nuestros antiguos autores, Cristóbal de Thou, ha podido llamarle justamente la *razón escrita*. Bajo semejante escuela, la inteligencia jurídica se forma y se desarrolla. El espíritu adquiere cualidades de precisión y de claridad que facilitan singularmente el estudio de las legislaciones modernas (1).

3. Desde otro punto de vista, el conocimiento del derecho romano es además, para este estudio, un poderoso auxiliar. En efecto, si se exceptúa Inglaterra, donde la ley común deriva de las costumbres locales y donde domina el elemento feudal, el Derecho Romano constituye el fondo de las principales legislaciones de Europa. De este modo es el Derecho alemán originado de la mezcla del derecho germánico y del Derecho Romano; España, que ha pedido prestadas sus leyes al derecho romano y al derecho canónico, e Italia, en que los redactores del Código Civil de 1865 se han inspirado, sobre todo, en las leyes romanas. Este es, por consiguiente, el lazo que une a la nuestra con las diversas legislaciones, y en gracia al cual puede ser posible que llegue un día en que por mutuas concesiones se realice la unidad ciertamente deseable del derecho internacional privado.

4. A estas consideraciones viene a añadirse otra de orden secundario, pero que tiene también su valor. El derecho es indispensable para comprender la historia y la literatura romanas. En Roma, más que en cualquiera otra parte, los ciudadanos estaban iniciados para la práctica del derecho: era éste el efecto de su inclinación natural y de su sistema de organización judicial. También el lenguaje de los historiadores y literatos de Roma está profundamente impregnado de dichas dos características, quedando muchos pasajes sin comprender por parte de quienes ignoren el Derecho Romano, de lo cual dan fe, desgraciadamente, las traducciones.

§ 3. — Noción, divisiones y fuentes del Derecho, según los jurisconsultos romanos.

5.—I. *Noción del Derecho.*—1. Durante los primeros siglos de Roma, el derecho está íntimamente unido y, por decirlo así, subordinado a la religión; pero no por eso conserva menos su dominio propio, y los romanos tuvieron expresiones diferentes para designar las instituciones que ellos consideraban como de origen divino y las que emanaban de los hombres. *Fas* es el derecho sagrado, *lex divina; jus* es la obra de la humanidad, *lex humana* (1). Esta distinción acaba, por otra parte, por debilitarse, y la palabra *jus* se aplica al derecho en toda su integridad (V. n.º 6, 1).

El *jus*, con arreglo a su misma etimología (2), no era desde luego

4. (1) N. del T.—Estos caracteres del Derecho Romano fueron también señalados por otros autores. Así, Carle, en su *Vida del Derecho*, tomo I, pág. 193 y siguientes, pudo afirmar que la legislación de Roma es una legislación de formas tan regulares y precisas, que bien puede compararse, como decía Leibnitz, por su exactitud, con los escritos de los matemáticos, y por su equidad, capaz de poderse acomodar a todas las gentes conquistadas por Roma, y debe ser considerada como una razón escrita.

5. (1) Isidoro, Orig. V, 2.—Servius, *Ad Georg.*, I, 269.

(2) *Jus*, como *jubere, jussus*, proviene de la raíz sánscrita *ju*, ligar.—Esta palabra tiene otros sentidos derivados. Así, expresa las utilidades, los derechos que la ley asegura a los particulares: *jus in re aliena*, derecho real. Designa también el tribunal de los magistrados: *vocatio in jus*.—Cf. Paul L. 11, D., *de Justit.*, I, 1.

para los romanos más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, y a las cuales los ciudadanos estaban obligados a obedecer. Pero esta idea se ensancha hacia la mitad del siglo VII, bajo la influencia de la filosofía griega. Los jurisconsultos admiran, fuera de las prescripciones del legislador, la existencia de un derecho innato, anterior a las leyes escritas, y aplicable a todos los hombres.

Dentro de esta nueva concepción, no siempre evitaron el confundir el derecho con la moral. Esta confusión se revela en la definición del derecho que nos da Ulpiano según Celso: es *el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo* (3). La misión del legislador no es consagrar como reglas de derecho todo lo que es bueno. En él hay preceptos de moral que escapan a la sanción de la ley positiva: tales son los que más bien tienden a fijar los deberes del hombre consigo mismo que las relaciones con sus semejantes. La misma censura puede ser dirigida a Ulpiano cuando formula así los tres grandes preceptos del derecho: *vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo* (4). Sólo los dos últimos se refieren al derecho. Vivir honestamente, respetarse a sí mismo, es una regla de moral que tiene su sanción en la conciencia y no en la ley.

Sin embargo, se necesita no exagerar el alcance de esta confusión. No procede de la teoría pura. En la práctica, los romanos siempre han distinguido con cuidado el dominio del derecho del de la moral. Quizá ninguna legislación ha observado mejor esta separación, absteniéndose de reglamentar todo lo que es asunto de conciencia, asegurando así el respeto de la libertad individual (5).

2. De *jus* derívase *justitia* y *jurisprudentia:* a) *Justitia* es la justicia, cualidad del hombre justo. Ulpiano la define: *la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo* (6). Para merecer la calificación de justo no basta serlo, en efecto, en un momento dado: se necesita conformar su conducta al derecho sin rebeldía; b) *Jurisprudentia* es la *jurisprudencia* o ciencia del derecho, que Ulpiano define: *el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto* (7). De este modo se manifiesta todavía en la época clásica el recuerdo de la unión antigua del derecho religioso y del derecho profano (8).

---

(3) L. 1, pr., D., *de Justit.*, I, 1:... *Nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et æqui.*

(4) L. 10, § 1, D., *de Justit.*, I, 1 e I., § 3, *de Justit.*, I, 1: *Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*—Cf. Ciceron, *De offic.*, 1. 3.5.7.—Seneque, *De benef.*, III, 14.

(5) Paul. L. 144 pr., *de reg. jur.*, L. 17: *Non omne quod licet honestum est.*

(6) L. 10, pr., D., *de Justit.*, I, 1: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*—Ad I, pr., *de Justit.*, I, 1.—Cicerón, *De finib.*, V, 23.

(7) L. 10, § 2, D., *eod.: Jurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, justi atque injusti scientia.*—Ad. I, § 1, *ht.*—Hoy, aunque la palabra jurisprudencia se tome en el mismo sentido, es más frecuente emplearla en otra significación, cual es: el hábito de los tribunales de juzgar en tal sentido o en tal otro las cuestiones que les son sometidas.

(8) N. del T.—Se expone ordinariamente por los tratadistas, en punto al concepto de la justicia en Roma, que tal noción envuelve dos ideas: la de la voluntad y la de derecho. Los caracteres de la voluntad han de ser: *constans*, permanente, firme, decidida, inalterable, que por nada se perturbe, ni por promesas, ni por amenazas, ni por halagos, ni por castigos, ni por peligros de salud ni de muerte; que sólo la guíe el amor purísimo al bien; y *perpetua*, es decir, de ayer, de hoy, de mañana, de siempre. En tal sentido se ha reputado como magnífica la definición romana, considerando, sin embargo, que tiene también el defecto de no responder a la idea de justicia en todos sus aspectos, puesto que no comprende la justicia civil, ya porque ésta se fija más en los actos que en la intención, y aprecia obra por obra, calificando ésta de buena y aquélla de mala, sin tener en cuenta la disposición general del ánimo, a no ser para determinar la responsabilidad, o bien porque el juez no puede apreciar la voluntad del hombre directamente, sino interpretándola por los hechos. Por tales razones han considerado que la noción romana de la justicia sólo puede convenir a la justicia *considerada como una virtud del alma*, pero no a la justicia externa, que consiste en la conformidad de los actos con la ley.

El ilustrado Profesor W. Roces, en un artículo-conferencia acerca de la idea de la justicia en los juristas romanos, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*,

6.—II. *Divisiones del derecho.*—1. El derecho se divide en dos grandes partes: el derecho *público* y el derecho *privado, jus publicum et jus privatum.*

El *jus publicum* comprende el gobierno del Estado; la organización de las magistraturas; y aquella parte referente al culto y sacerdocio es llamada también *jus sacrum;* finalmente, regula las relaciones de los

---

tomo 145, n.° III, Madrid, septiembre, 1924, afirma que el Derecho es el *prius* lógico, la condición inexcusable de la idea de la Justicia, y que ésta es una noción condicionante del Derecho, su idea normativa o pauta de juicio, que campea sobre él y debe informar sus preceptos y orientarle en las vicisitudes de su aplicación. Que los juristas romanos, para designar lo que en todos los tiempos constituye el fin último del Derecho y la suprema misión del orden jurídico, es decir, la idea de la Justicia, se solían valer de la expresión *aequitas*, equidad, expresión que entraña un sentido de igualdad, y que contiene también una noción de unidad, la idea de un punto culminante hacia el que deben converger todas las tendencias del Derecho en lo objetivo y en lo subjetivo. Sostiene igualmente que la *aequitas* es, en términos generales, un deber de carácter ético, una virtud que afecta a las relaciones todas de la vida, pero que tiene su principal campo de acción dentro del orden jurídico, y citando el fragmento 50, 17, 90 *(in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est)* en todas las cosas, particularmente en el Derecho, se ha de admitir a la equidad, afirma que ésta para con nuestros semejantes en materias de Derecho es lo que se llama Justicia, pura normativa para el propio proceder y punto de vista crítico para juzgar de la conducta de otros. También expone las varias concepciones según las épocas y las opiniones personales en cuanto a lo que intrínsecamente se estime ser la Justicia, concluyendo por afirmar que a la Justicia como virtud, como acatamiento espontáneo y puro de los preceptos del derecho, alude la definición de Ulpiano ya indicada en el texto de esta obra, si bien entendiendo que *lo suyo*, lo que a cada cual en justicia corresponde, es el problema de la Justicia distributiva que corresponde resolver a la filosofía del Derecho.

Asimismo, entendiendo que desde un punto de vista filosófico jurídico, la Justicia no es creadora, ni fuente por sí de la que directamente emanen normas jurídicas, sino simplemente pauta de juicio para discernir el carácter justo o injusto de una regla de Derecho ya existente, considera, con razón, que no era éste el criterio de los juristas romanos en cuanto a la equidad. La *aequitas* era una especie de poder complementario del Derecho constituído, en el sentido de hacer derivar de ella una larga serie de normas e instituciones, todas las que se agrupan como *ius aequum*, por oposición al *iniquum ius* y al *ius strictum*, fundamental papel de la equidad, que constituye uno de los rasgos más genuinos del Derecho Romano, y al que es debido, sobre todo, el gran florecimiento de la jurisprudencia romana clásica.

Con no menos acierto que lo antes expuesto se determina en el trabajo antes indicado otra función de la *aequitas*, según las fuentes romanas, y es la de ser pauta crítica del derecho vigente, que es hoy la función por excelencia de la Justicia, debido a que Roma conocía también que no todo Derecho porque rigiese era justo, distinguiendo el Derecho justo y el injusto, el inicuo y el equitativo, tomando por criterio la equidad. Por eso los jurisconsultos romanos separaban el *aequum ius*, el Derecho perfecto, armonizado con los postulados de la Justicia, el *ius iniquum*, incompatible con esos dictados, y el que, sin ser totalmente adverso a la Justicia, se preocupa mucho de ella o *ius strictum*.

Por último, se establece con razón que para los jurisconsultos romanos, especialmente, la equidad era un principio de interpretación del Derecho, principio activo y creador que contribuyó de modo maravilloso a desenvolver el Derecho existente, como mediador entre el orden jurídico y las necesidades, sin cesar nuevas y renovadas, de la vida social. (Para más detalles, véase el aludido trabajo.)

Con relación a la idea de jurisprudencia, y supuesto que entre los nombres con que los romanos designaron el estudio del Derecho, *scientia* y *prudentia*, prevaleció el último, porque fueron sus jurisconsultos más prudentes que sabios, y en sus escritos brillan más la sensatez y cordura que el análisis filosófico y el conocimiento especulativo, se han dado dos explicaciones de la definición de Ulpiano, que transcribe el texto.

La primera es que, teniendo en cuenta que los antiguos definieron la filosofía *Humanarum divinarumque rerum notitia*, sostienen algunos que para los romanos, jurisprudencia era la filosofía de lo justo. No es creíble, sin embargo, que tuviesen tal pensamiento, porque, como se ha dicho, fueron respecto al Derecho más *prudentes* que *scientes*, y llevaron sus recelos tan allá, que desdeñaban a los filósofos, a quienes calificaban de ilusos.

La segunda explicación, considerando que el derecho depende de los hechos, y que apreciando éstos se establece aquél, y teniendo en cuenta, además, que nadie mejor que los romanos supieron aplicar el derecho a los hechos concretos y determinados, afirma que en la definición aludida quisieron señalar estas dos partes: el hecho y el derecho. En tal caso, *Divinarum atque humanarum rerum notitia* quería decir conocimiento de los hechos, y *justi atque injusti scientia*, calificación de si son justos o no. Tal explicación, más antigua que la anterior, tiene algún fundamento en la historia romana y está conforme con el genio de sus jurisconsultos; pero debe dudarse igualmente que Ulpiano y Justiniano, que la copió, quisieran con dicha definición hacer la distinción indicada.

La interpretación más racional de una tan enfática definición, dada acaso para enaltecer la ciencia jurídica, de la que tenían alto concepto, si bien no tan preciso como el

ciudadanos con los poderes públicos. El *jus privatum* tiene por objeto las relaciones entre los particulares (1).

2. El derecho privado se subdivide en derecho *natural*, derecho *de gentes* y derecho *civil; jus naturale, jus gentium et jus civile.*

a) La noción del *jus naturale* es formulada la primera vez por Cicerón, quien la toma de la filosofía de los estoicos. Más tarde es desenvuelta por los jurisconsultos del Imperio. Para ellos es un conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo (2).

Según otra concepción particular de Ulpiano, el derecho natural consiste en las leyes que la Naturaleza ha impuesto a todos los seres animados, de donde resultan, por ejemplo, la unión de sexos, la procreación y la educación de los hijos. Mas los animales obedecen al instinto y no al derecho. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque él sólo está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de sus actos (3).

b) Los romanos, desde un principio, consideraron como contrario el *jus gentium* del *jus civile* (4). En un sentido restringido, el derecho de gentes comprende las instituciones del derecho romano, de las que pueden participar los extranjeros lo mismo que los ciudadanos (5). Pero en la acepción extensa, y la más usada, es el conjunto de reglas aplicadas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad (6). El derecho de gentes se aproxima de este modo al derecho natural, pues en las instituciones que no han sido enteramente aceptadas por todos, porque están conformes con la razón común, los textos hacen frecuentemente sinónimo el *jus gentium* del *jus naturale* (7). Sin embargo, sería un error confundirlos absolutamente, pues esta razón común no es la de una época o de un grado de civilización; el interés, bien o mal entendido, ha

---

que los intérpretes quieren señalar, parece ser la de los que estiman que la palabra *notitia* significa conocimientos generales y *scientia* conocimientos especiales; es decir, que el jurisconsulto debe tener un conocimiento general de todas las cosas divinas y humanas, y un conocimiento especial, más hondo, de lo justo y de lo injusto, o lo que es igual, simple noción de lo primero y conocimiento científico de lo segundo.

Esta misma idea parece ser la del Profesor Roces, antes citado, en su aludido trabajo, al consignar que la misión de la jurisprudencia requiere un vasto conocimiento de la vida social toda, y es bien mísero y digno de lástima el jurista que sólo conozca la técnica de su Derecho sin saber nada del medio social ni de las personas a que ha de aplicarse. Y éste carácter universal de los estudios de la jurisprudencia lo habían visto magistralmente los juristas romanos en la dicha definición. El conocimiento de la vida humana en todas sus manifestaciones, y, sobre todo, *la ciencia de lo justo y de lo injusto.*

6. (1) Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de Justit.*, I, 1: *Hujus studii duae sunt positiones; publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem... Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.*—Cualquiera que sea el interés que presenta el derecho público, es el derecho privado la obra más perfecta del genio romano. Nosotros, en este tratado, no tocaremos más partes del derecho público que las que tienen relaciones íntimas con el derecho privado.

(2) Cicerón, *De leg.*, II, 4.—Paul., I, 11, D., *de Justit.*, I, 1. *Id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale.*

(3) L. 1, § 3, D., *de Justit.*, I, 1.—Esto es lo que el mismo Ulpiano reconoce en la L. 1, § 3, D., *si quadrupes...* IX, 1: *Nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret.*—Por otra parte, para apoderarse por completo de su pensamiento, se necesita reunir la L. 1, §§ 3 y 4 y la L. 6, pr., D., *De Justit.*, I, 1. Resulta que él ha querido examinar, desde luego, las leyes comunes a todos los seres, o *derecho natural:* después, aquellas que rigen a todos los hombres, o *derecho de gentes:* y por último, las que no se aplican más que a los ciudadanos de una nación, o *derecho* civil.

(4) Cicerón, *De offic.*, III, 17: *Majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt.*

(5) Este es el punto de vista en que se colocan los jurisconsultos cuando tratan de averiguar si una institución romana es de derecho de gentes.—Cf. Gaius, §§ 93, 133.

(6) Gaius, I, § 1... *«Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos custoditur vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur.*

(7) Cf. Fr. Dosith., § 1.—I, § 11, *de rer. divis.*, II, 1.

oscurecido muchas veces la noción de lo justo, y generalizado una institución contraria al derecho natural. La esclavitud, admitida en todos los pueblos de la antigüedad, es un ejemplo patente, y siendo expresamente considerada como de derecho de gentes, los jurisconsultos reconocen, bajo el Imperio, que es contraria al derecho natural (8).

La expresión *jus gentium* todavía ha sido empleada alguna vez para designar toda una parte especial del derecho público: la que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados; por ejemplo, las declaraciones de guerra, los tratados de paz o de alianza (9).

c) El *jus civile*, por oposición al *jus gentium* o al *jus naturale*, comprende las reglas de derecho especiales de cada pueblo, de cada Estado. De este modo se separa del derecho común, que es el derecho de gentes, y forma la singularidad de cada legislación (10). Más especialmente, los jurisconsultos entienden por *jus civile* las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de las cuales no participan los extranjeros: *jus proprium civium romanorum* (11).

A medida que la civilización de un pueblo se desarrolla y que sus relaciones se extienden a las naciones vecinas, el derecho civil se ensancha y se funde poco a poco con el derecho de gentes. De este modo, en Roma, las instituciones que estaban desde luego reservadas a los ciudadanos, fueron por consecuencia aplicadas a los extranjeros y pasaron del *jus civile* al *jus gentium* (12).

3. Desde otro punto de vista, Ulpiano divide el derecho en derecho *escrito* y derecho *no escrito: jus scriptum et jus non scriptum*. El derecho escrito es aquel que tiene un autor cierto, que ha sido promulgado por el legislador. El derecho no escrito está formado por el uso, por la tradición. Poco importa que el mismo haya sido consignado en los textos, pues, a pesar de ello, no conserva menos su nombre en razón de su origen, que es la *costumbre*.

7.—III. *Fuentes del Derecho.*—Se hace preciso distinguir las fuentes del derecho escrito y las de derecho no escrito.

---

(8) Se puede citar en este sentido la definición de la esclavitud que da Florentinus. L. 4, § 1, D., *de stat. hom.*, 1, 5: *Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*—Ad Ulpian., L. 32, D., *de reg. jur.*, L. 17.

(9) Cf. Pomponius. L. 17 (18), D., *de legation.*, L. 7.—Salluste, *Jugurt.*, 22, 34.—Tito Livio, I, 14 (1)—V. 36 (6)——IX, 10, *in fine.*

(10) Galus., I, § 1:... *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus propium civitatis.*—Cf. I, §§ 1 y 2, *de jure natur.*, 1, 2.—Ad. L. 6, pr., D., *de Justit.*, I, 1.—Las palabras *jus civile* son también empleadas en otro sentido.—(V. números 34 y 35.)

(11) Gaius, I, §§ 108, 119.—II, § 65.—III, § 93.

(12) Esta fusión es hoy poco más o menos un hecho perfecto. Sólo con relación a algunas instituciones se puede aún preguntar si se debe negar su beneficiosa aplicación a los extranjeros. Desde entonces, el *derecho de gentes* designa exclusivamente el *derecho público internacional* que rige las relaciones entre las naciones. Por la misma razón, el *derecho civil* no conserva su antigua acepción; llega a hacerse sinónimo de *derecho privado.*

N. del T.—Ninguna legislación positiva existe que se forme sólo de leyes expresas. En todos los pueblos hay ciertos principios que se desarrollan por la opinión, por las costumbres, por las sentencias de los tribunales y por el progreso científico, y lejos de depender de las leyes, éstas se forman ordinariamente de ellos mismos, cuando habiendo llegado a su completo desarrollo se han hecho ya una necesidad. De aquí se deduce con cuánta razón los romanos dieron al derecho *consuetudinario* la misma consideración que al *positivo* I. 1, 2, 9. Se diferencian, sin embargo, en que éste debe ser promulgado para ser obligatorio, I. 1, 1, 1, pr., y aquél se introduce tácitamente por las costumbres; el positivo consta ya por la promulgación, y el consuetudinario necesita que se pruebe su existencia para que los tribunales sentencien con arreglo a sus preceptos.

Por lo demás, en cuanto a su fuerza obligatoria, son enteramente iguales, D., 1, 3, 32, parf. 1, aun para aplicar la regla de que *el derecho* posterior deroga siempre el anterior, I. 1, 2, 11.—D., 1, 4, 4. Así, pues, las leyes eran derogadas, según los principios del Derecho Romano, por cualquiera costumbre que posteriormente se introducía en contrario, siempre que no fuese opuesta a los buenos principios de gobierno, de moral y de honestidad pública, lo mismo que la costumbre lo era también por las leyes que se promulgaban con posterioridad a su introducción.

El derecho escrito proviene de las fuentes siguientes: 1. Las *leyes* o decisiones votadas por el *pueblo*, en los *comicios*, sobre la proposición de un magistrado senador (1). Se concluyó por aplicar también esta calificación a los plebiscitos (V. n.º 29).—2. Los *plebiscitos*, o decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre la proposición de un tribuno.—3. Los *senadoconsultos*, decisiones votadas por el Senado.—4. Las *constituciones imperiales* que emanan de la voluntad del emperador.—5. Los *edictos de los magistrados*, es decir, las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, sobre todo los pretores, publicaban en sus edictos al entrar en funciones.—6. Las *respuestas de los prudentes*, o dictámenes de los jurisconsultos.—Sin embargo, solamente a partir del reinado de Adriano es cuando los *edictos* codificados en el *Edicto perpetuo* y las *respuestas de los prudentes*, bajo ciertas condiciones, pueden ser contados en el número de las fuentes del derecho escrito.

El derecho no escrito no tiene más que una fuente: la costumbre (V. n.º 30) (2).

8.—Todas estas fuentes no han contribuído a un mismo tiempo a formar el derecho romano. Le han nutrido en épocas diversas, según el estado social y la organización del Poder legislativo. Por consiguiente, es necesario hacer brevemente la historia de ese derecho, es decir, ver en suma cómo el derecho romano ha nacido, cómo se ha desarrollado, y cuál ha sido su destino. Esta exposición de las diferentes fases de la legislación romana formará en este tratado una introducción natural al estudio de las instituciones consideradas en sí mismas y en sus transformaciones sucesivas (1).

§ 3 bis—Derecho subjetivo (1).

1. Derechos y deberes en general.-Derechos comunes.

A) *Derecho subjetivo en general.*—El derecho subjetivo, esto es, considerado como la facultad, el poder moral de hacer, omitir o exigir alguna cosa, es la consecuencia inmediata de las leyes, tanto de las morales como de las positivas, porque, en efecto, todas en definitiva tienden únicamente a conceder derechos o garantizar los que ya poseemos.

B) *Derechos morales o imperfectos* y *derechos perfectos y jurídicos.* El hombre, desde el momento de su concepción, se encuentra ya dotado por la Naturaleza de muchos derechos, sin los que no podría cumplir el destino que debe desempeñar sobre la tierra, y estos derechos, que se llaman naturales o morales, deben ser sagrados para sus semejantes. Sin embargo, la misma causa que hizo necesarias las leyes positivas, hizo necesarios también otros derechos creados por estas mismas, y que no vienen a ser más que o los mismos derechos naturales nuevamente sancionados por las leyes positivas o garantías de ellos.

---

7. (1) Este es un sentido restringido y técnico de la palabra *lex*. En su significación general designa toda regla obligatoria. (Cf. Papiniano, L. 1, D., *de legib.*, 1, 3 y Marciano, L. 2, D., *eod.*) En otra acepción particular se entiende por *leges* las constituciones imperiales por oposición al *jus* o derecho proviniente de otras fuentes.

(2) Cf. sobre la enumeración y la noción de las fuentes del derecho estudiadas más al por menor y de cuando en cuando: Gaius, I, §§ 3 a 7 y §§ 4 a 9, *de jure natur.*, II, 2.

8. (1) Estos dos aspectos del estudio del derecho romano son frecuentemente llamados: *historia externa e historia interna;* expresiones debidas a Leibnitz. *(Nova methodus disc. docendaeque juris.*, II, §§ 29 y 30.)

(1) Original del traductor.

Éstos se llaman también *jurídicos* o *perfectos*, porque pueden hacerse valer ante los tribunales, a diferencia de los que son puramente morales, que se denominan *imperfectos*, porque su sanción está reservada a la conciencia de cada uno, y la ciencia jurídica y su expresión, la Jurisprudencia, no se ocupa directamente de ellos, por sagrados que sean en el fuero interno, porque pertenecen sólo a la moral.

C) *Deberes correlativos de los derechos: deberes perfectos e imperfectos.*—Todo derecho subjetivo, sea de la clase que quiera, supone siempre un deber que le es correlativo, porque no podría concebirse que un hombre tuviese una facultad si otro estuviese autorizado para impedirle su ejercicio, y aun a veces, si no hubiera otra persona que estuviese especialmente obligada a prestar aquello que el primero tiene derecho a exigir. Estos deberes, precisamente por ser correlativos de sus respectivos derechos, participan de la misma naturaleza, y, por consiguiente, serán *imperfectos* en sentido jurídico los que corresponden a derechos puramente morales, y *perfectos* los que se refieren a derechos propiamente jurídicos.

D) *Deberes generales o negativos* y *positivos o relativos.*—Del concepto del derecho subjetivo, y de lo que más tarde haya de exponerse, se infiere que los deberes correlativos pueden consistir en que nadie estorbe el ejercicio del derecho a quien lo tiene, en cuyo caso el deber es *general*, porque corresponde a todos los hombres o al menos a todos los conciudadanos, y *negativo*, porque consiste en no hacer, en abstenerse de todo lo que impida el ejercicio del derecho, y puede consistir también en la necesidad moral de prestar alguna cosa que el otro tenga derecho a exigir, en cuyo caso existe siempre una persona especialmente obligada, además de la masa o conjunto general de los hombres o conciudadanos, y los deberes de esta clase se denominan *positivos* o *relativos*.

E) *Derechos absolutos y relativos.*—Aquellos derechos cuyos deberes correlativos son generales o negativos se llaman *absolutos*, y son los que se refieren a la capacidad de un individuo y a sus cualidades personales, los que se refieren a sus relaciones de familia, aunque éstas producen también muchas obligaciones personales que ligan a los parientes recíprocamente entre sí, por cuya razón las instituciones del derecho de familia comprenden derechos absolutos y relativos, y los que se denominan derechos reales. Aquellos en que existe una persona especialmente obligada se consideran *relativos*, y se designan más frecuentemente con la denominación de derechos personales o de crédito u obligación.

F) *Existencia de los derechos jurídicos, garantías y elementos de los mismos.*—Es fácilmente comprensible que así como los derechos y deberes morales existen en el hombre sin consideración ninguna al estado social, los jurídicos o perfectos no pueden concebirse sin suponer la existencia de aquél, porque sin ella no existirían tampoco leyes positivas, de donde traen su origen, ni autoridades constituídas que los hiciesen respetar.

De igual modo es evidente que la fuerza pública es la única que tiene el poder de hacer que cada uno cumpla sus deberes jurídicos, porque, de lo contrario, todos serían jueces en causa propia, y no habría justicia ni orden posible en la sociedad. Todo derecho subjetivo supone o requiere como elementos indispensables para su existencia, en primer término, un *sujeto activo* o persona, que es la que tiene el poder, la facultad que constituye el derecho; en segundo lugar, otro *sujeto pasivo*, persona en quien reside el deber u obligación correlativa, y que puede ser el conjunto general de los hombres o conciudadanos, o puede haber, además, otra particular, especialmente obligada; en tercer término es

precisa alguna cosa que sea *objeto del derecho*, porque la facultad que lo constituye es inconcebible sin algo sobre que deba versar, sobre que haya de ejercerse; y, en último lugar, requiere asimismo algún *hecho* o *acontecimiento* que lo haga nacer, porque aun en aquellos derechos que provienen inmediatamente de las leyes, éstas necesitan tener alguna razón para concederlos, o para quitarlos una vez concedidos, y esta razón no puede ser otra cosa que algún acontecimiento que ocurra, al menos en el mundo de nuestras percepciones.

Los derechos, por consiguiente, ya se consideren en su creación o adquisición, ya en su conservación, ya en su pérdida o extinción, dependen siempre de algún acontecimiento, ya sea éste un acto jurídico o simple del hombre, ya un suceso cualquiera independiente de la voluntad. De manera que, en conclusión, son tres los elementos indispensables de todo derecho: uno, las personas: sujeto activo y pasivo; otro, las cosas: objeto de los derechos, y un tercero, los hechos o acontecimientos, que son causas eficientes de los derechos.

G) *Adquisición, conservación y pérdida de los derechos.*- De la materia integrante de este epígrafe general se ha de tratar con la necesaria amplitud en la parte general; pero, no obstante, conviene por adelantado se expongan las máximas o principios más importantes que el Derecho Romano había establecido acerca de tales extremos. Así, respecto a la adquisición de los derechos, se precisaba tener en cuenta las normas de que no se podían adquirir derechos en perjuicio de otro cuando en ello no se tenía interés (1); de igual modo se afirmaba que nadie debía enriquecerse a costa de los demás; se propugnaba también de modo expreso que, concedido un derecho, se conceden tácitamente los medios de probarlo; de la misma manera se estableció que nadie podía transferir a otro más derechos que los que tiene (2); y finalmente, que en toda adquisición de derechos se debían distinguir dos acontecimientos, que son: la *delación*, que consiste en que su adquisición dependa sólo de la voluntad, y la *aceptación*, que es la manifestación que hacemos expresa o tácitamente de lo que queremos adquirir. Estos dos actos deben siempre reunirse para que adquiramos un derecho, y cuando sólo se ha efectuado el primero, el derecho se dice diferido.

En cuanto a la conservación de los derechos, ya veremos en el lugar anteriormente indicado cómo se logra y obtiene por la *protesta*, la *reserva*, la *retención*, el *arresto* o *embargo*, la *caución* y la *posesión judicial*.

Y de igual forma veremos asimismo en el lugar antes apuntado que los derechos se pierden unas veces por voluntad de quien los tiene y otras contra su voluntad, siendo figuras de este último supuesto o grupo la *renuncia*, la *enajenación* o *transferencia*, la pérdida de estado, personalidad o consideración, la extinción de la cosa, la condición resolutoria o el tiempo de duración, la falta de interés en la conservación, la prescripción y el mal uso o delito.

2. Privilegios.

Las leyes positivas establecen y sancionan ordinariamente reglas generales que comprenden a todos los ciudadanos sin excepción, y los derechos y deberes que de ellas emanan se llaman *comunes*. Pero otras veces, por razones particulares, se apartan de la norma o regla común y establecen disposiciones que se refieren sólo a alguno o algunos individuos en particular, o sólo a aquellos que se encuentren

(1) D., 39, 3, 1, § 12.
(2) D., 1, 17, 54.

en ciertas y determinadas circunstancias, y entonces se llaman *derechos particulares* (3). Esta denominación comprende dos especies, en cuanto en el primer caso se dice que hay un *privilegio* (4), y en el segundo, propiamente hablando, hay un *derecho singular* (5); sin embargo, conviene advertir que estas dos denominaciones se suelen usar indiferentemente.

De estos privilegios, *lex privata*, se forman diferentes especies, pues unos se califican de *odiosos* o *favorables*, según que establecen una restricción o una extensión de los derechos comunes. Otros se denominan *personales* o *reales*, según que son concedidos a alguna o algunas personas particulares o a una cosa u objeto determinados (6). En otro aspecto, y por razón de su contenido, existen también privilegios *afirmativos* y *negativos*, otorgando los primeros una facultad particular, y los segundos librando de un deber común. Y hay asimismo privilegios *gratuitos* u *onerosos*, según que se conceden por mera gracia o liberalidad del legislador, o por servicios que ha prestado o debe prestar el concesionario.

Si se trata de determinar la naturaleza de los privilegios, es preciso tener en cuenta que los privilegios personales sólo pueden usarlos las personas a quienes se han concedido, y los reales, en cambio, no sólo a las personas que los tenían en su origen, sino también a sus herederos, sucesores singulares y fiadores (7). Además, ningún privilegio favorable se aplica sin que lo reclame la persona interesada (8). Es procedente en justicia que toda persona privilegiada pueda impedir que usen del mismo privilegio las personas que no lo son, como también el que el privilegiado no pueda ceder a otro su privilegio, ya que solamente podrá transmitir el ejercicio de él cuando no lo resista la naturaleza del mismo, como sucede siempre en los privilegios negativos, y aun en los afirmativos, cuando su uso se ha ceñido a la persona privilegiada exclusivamente.

Los privilegios pueden cesar, produciéndose la extinción de los mismos y de los derechos que contienen. Las causas que producen tal extinción pueden provenir de haber transcurrido el tiempo por el que se concedieron (9) o por haberse cumplido la condición de que su duración dependía. Concluyen también por la muerte de la persona que los gozaba, caso de ser personales, o por perecer la cosa a que estaban anejos, si son reales; mas en este segundo caso volvían a renacer si la cosa se restablecía (10). Otra causa de extinción provenía de la revocación de la autoridad competente, hecha en virtud de haberse reservado esta facultad (11), o por exigirlo el bien del Estado, en cuyo caso debe indemnizarse al privilegiado, y también por el mal uso que se haga del privilegio (12). Y, finalmente, pueden asimismo concluir por la renuncia expresa o tácita de la persona privilegiada (13).

Los privilegios negativos no se extinguían por el no uso (14), y en cuanto a los afirmativos, sólo hay una disposición en Derecho Ro-

---

(3) D., 1, 3, 14, 15, 16.
(4) D., 1, 4, 1 § 1.
(5) D., 26, 7, 40, 42, 44.
(6) D., 43, 20, 1 § 41.
(7) D., 50, 17, 68.
(8) D., 50, 17, 69.
(9) C., 1, 23, 2.
(10) D., 8, 2, 20 § 2.
(11) C., 1, 19, 7.
(12) C., 11, 43, 3.
(13) D., 4, 4, 41.
(14) C., 10, 43, 2.

mano, según la que se acaba a los diez años el privilegio *nundinarum* (15) es decir, la facultad concedida por el Príncipe para tener alguna feria.

3. Concurso y colisión de derechos.

Los derechos, tanto los comunes como los particulares, pueden encontrarse en *concurso* y en *colisión*.

Hay o existe el concurso cuando diferentes personas tienen derecho sobre un mismo objeto, pero de tal modo que no se imposibilitan unos a otros, y en este caso cada uno usa de su derecho respectivo, aunque limite las ventajas que los demás pudieran tener, o las suyas sean limitadas por ellos.

En cambio, existe la colisión cuando los diferentes derechos que concurren sobre un mismo objeto se oponen de tal modo que sólo el de una persona puede ejercitarse, en cuyo caso, para resolver la oposición, debe tenerse presente que el privilegio debe de ser preferido al derecho común (16), y que entre derechos iguales obtendrá la preferencia el que sea más antiguo (17), a no ser que entre dos o más derechos particulares unos sean más privilegiados que otros, pues entonces serán preferidos los primeros (18).

En otro supuesto, si los derechos en colisión son de tal naturaleza que los que los tienen pueden ejercitarlos uno contra otro, debe ser preferido el que intenta preservarse de una pérdida real al que sólo pretende obtener alguna ventaja (19), y si las pretensiones son iguales, al que recibió alguna cosa del otro sin haberse enriquecido por ello (20); en los demás casos, los derechos en colisión se destruyen (21).

Y, por último, si los derechos se refieren a un tercer objeto sobre el cual pretenden dos o más personas tener un derecho exclusivo, obtendrá la preferencia el que tenga la posesión (22); pero si ninguno la tiene, se dividirá el objeto o cosa (23), y si ésta no fuere divisible, se destruyen los derechos en colisión, a no ser que su naturaleza o las circunstancias exijan que alguien los ejercite, en cuyo caso decidirá la suerte a falta de disposición legal (24).

§ 4.—Formación y desarrollo del Derecho Romano.

9.—Si se considera el derecho privado de los romanos desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro períodos:

1.° De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma).

2.° De la ley de las XII tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma).

3.° Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, ó 235 de la Era cristiana).

(15) D., 50, 11, 1.
(16) D., 50, 17, 8.
(17) C., 1, 19, 7.
(18) D., 14, 6, 3 § 2.
(19) D., 12, 6, 14.
(20) D., 4, 4, 11 § 6.
(21) D., 4, 5, 36.
(22) D., 50, 17, 128.
(23) D., 50, 17, 33.
(24) D., 5, 1, 13.—D., 42, 1, 38 § 1.

4.º De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la Era cristiana) (1).

Durante el primer período, el derecho romano está todavía en la infancia. Se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos que fundaron la nueva ciudad. En el segundo, determinado por la ley de las XII tablas, se desarrolla gracias a la interpretación de los pontífices y de los jurisconsultos, y adquiere el carácter de derecho nacional. El tercer período marca su apogeo. Felizmente extendido al contacto de las legislaciones extranjeras, coordinado y adaptado a las necesidades de la práctica por ingenios eminentes, llega a alcanzar, bajo los Antoninos, su más alto grado de perfección. Después, a partir de Diocleciano y durante el Bajo Imperio, cesa de progresar. Los emperadores buscan la manera de poner las leyes en relación con las costumbres de una sociedad nueva, y publican algunas excelentes Constituciones. Pero el derecho, como ciencia, está herido de una verdadera decadencia, y este último período es señalado, sobre todo, por los trabajos de codificación.

PRIMER PERÍODO

De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas

I.—Estado social bajo los primeros reyes.— Los comicios por curias.

10.—Una gran oscuridad reina acerca de los orígenes de Roma. Con arreglo a las conjeturas con que la ciencia moderna ha sustituído los relatos legendarios de los historiadores y poetas latinos, tres poblaciones concurrieron a su formación: una de raza latina, los *Ramnenses*, que tenían por jefe a Rómulo; otra de raza sabina, los *Titienses*, bajo el gobierno de Tatio; y, por último, la raza etrusca, los *Luceres*, cuyo

---

9. (1) Esta división es, sobre poco más o menos, la que ha sido propuesta por Gibbon *(Historia de la decadencia y de la caída del Imperio romano*, c. 49). Tiene la ventaja de caracterizar francamente las diferentes fases del derecho romano, comparándolas a las edades de la vida humana: infancia, adolescencia, virilidad y senectud. Hoy está un poco abandonada, sin que a nuestro parecer se la haya sustituído por otra mejor.

N. del T.—Ha sido siempre delicado asunto el de señalar cronológicamente los períodos de la historia del Derecho Romano. El ilustre Ihering, en su *Exp. del Derecho Romano*, habla de una cronología interior jurídica, opuesta a la meramente exterior y general del tiempo. Nada tiene de extraño, puesto que nadie pondrá en duda que las evoluciones internas que el Derecho sufre en sí mismo no siempre se manifiestan externamente tan pronto como son originadas, ni se corresponden a las veces con acontecimientos políticos de bulto, ni tampoco se reparten por igual y de modo simultáneo por toda la sustancia jurídica.

Dados estos antecedentes, puede explicarse la existencia de multitud de opiniones acerca de los períodos de la historia del Derecho Romano.

Autores existen que se inspiran en un criterio exterior meramente político para establecer las divisiones de dichos períodos, fijándose, o en la sucesión de formas de gobierno o en acontecimientos políticos cuya importancia aprecian de diverso modo. Así procedieron Jacobo Godofredo, hablando de las épocas que denomina «*Jurisprudentia regiorum temporum, Jurisprudentia sub libera Respublica* y *Sub imperatoribus*», subdividiendo esta última en desde Augusto a Constantino, desde éste a Teodosio el Joven y desde éste a Justiniano, y después de dicho autor, Leibnitz, Heinecio, Bach, Schubart, Gibbon, Ortolán, Makeldey, Marezoll, Puchta, Mainz, Capuano y otros.

Por el contrario, tratadistas hay que con el mismo objeto toman por base un criterio interno jurídico con especial aplicación y referencia al Derecho privado. Así Voigt y Cuq

jefe lleva el título de Lucuwio (1). La reunión de estos tres pueblos, agrupados en tres *tribus* distintas y establecidas sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tíber, bajo la autoridad de un *rey*, constituía la ciudad romana. Veamos cuál ha sido su organización social y política (2).

11.—1. *Los patricios.—Los clientes.—La plebe.*—1. Cada una de las tres *tribus* primitivas estaba dividida en diez *curias* (1). Cada curia comprendía un cierto número de *gentes*. Mientras que la curia no es más que una división artificial, la *gens* parece haber sido una agregación natural, teniendo por base el parentesco (2). Cada *gens* comprendía el conjunto de personas que descienden por los varones de un autor común. A la muerte del fundador de la *gens*, sus hijos llegan a nacerse jefes de familias distintas; mas estas familias, que son ramas diversas de un mismo tronco, conservan una señal de su común origen; ésta es el nombre, *nomen gentilitium*, llevado por todos los miembros que continúan formando parte de la misma *gens*.

Cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, *paterfamilias*. Estos *patres* y sus descendientes, que componen las *gentes* de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*. Ellos constituyen una nobleza de raza (3), y ellos solos participan del

---

atienden a los elementos de la cultura, y otros, como Ihering, Carle, Padelletti y Cagliolo, en el principio que informa el sistema jurídico.

Algunos romanistas, fundándose en que los cambios políticos implican más o menos tarde profundas y radicales transformaciones del Derecho, siguen ambos criterios, el exterior y el interno, como nuestro Hinojosa; e igual opinión adoptan otros, como Gravina, por entender que esos dos criterios corresponden a otros tantos aspectos distintos, si bien relacionados, que deben tratarse por procedimientos distintos. Este último autor expuso, siguiendo a Floro, una clasificación, que puso en relación con las edades del pueblo romano, hablando del período de infancia hasta las XII Tablas, juventud hasta Cicerón, madurez hasta Alejandro III y vejez hasta Justiniano, y puestos los límites en relación con los *acontecimientos que más directamente atañen a la constitución política, resulta la división* de Monarquía, República y Emperadores paganos y cristianos aceptada por Hojinosa. También Willens, aunque simplifica la división no admitiendo más que dos períodos, real y republicano e imperial, coincide con los anteriores en el fondo, puesto que subdivide los períodos antes expuestos.

En otra corriente figuran los autores que no vacilan en afirmar la dificultad que existe en señalar períodos igualmente aplicables a todas las ramas del Derecho, y por ello establecen una distinta división para cada una. Así, Karlowa acepta para el Derecho político los cuatro períodos de los anteriores autores; para el privado, otros cuatro en relación con los del derecho político, *jus civile, jus honorarium*, Derecho del imperio pagano y del cristiano, y para el procesal civil, tres, a saber: *Legis actiones, formulae y extraordinem cognitio*.

Por último, el ilustre romanista y profesor español Clemente de Diego, distingue dos períodos, correspondientes a las dos etapas principales de la vida del pueblo romano, separados por un espacio que llama de transición. En el primer período, el pueblo romano, trabajando sobre el legado de ideas, tradiciones y costumbres que de otros recibiera, logra constituir su individualidad poderosa, modelar su carácter y labrar su espíritu nacional, y entonces forma también su derecho propio y exclusivo, eminentemente nacional y en armonía con las enérgicas condiciones de aquel pueblo sencillo, agricultor y de grandes virtudes. En el segundo período, el espíritu nacional se debilita tanto como se fortalece el principio de universalidad; elementos extraños se infiltran uno tras otro en aquel derecho, borrando sus antiguos exclusivismos y capacitándole para engrosar la cultura de las modernas sociedades. Los dos períodos se manifiestan en lo público y en lo privado. Véase la obra del citado profesor, *Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano*, 1900.

10. (1) Tito Livio, I, 13 [8].—Cicerón, *De republ.*, II, 8.—Varron, *De. ling. latin.* V, 55.

(2) No entra en el plan de esta obra estudiar de una manera completa el estado social del pueblo romano en las diferentes épocas de su historia. Esto toca a las nociones suministradas por los tratados de derecho público. Nosotros no trataremos sino de lo que es indispensable para comprender la formación del derecho privado.

11. (1) *Curia* parece puesto por *Coviria*, reunión de hombres. De ahí viene, sin duda, *Quirites*, ciudadanos romanos que componían las curias. Los autores hacen, al contrario, derivar esta palabra bien de *Quiris*, lanza sabina, bien de *Curis*, diosa de los Sabinos.—Cf. Festus, V° *Quirites*.

(2) Esta probabilidad ha sido protestada, por falta de indicios ciertos sobre la *gens* y los derechos de gentilidad. La cuestión será tratada con detalle en el n.° 81.

(3) Cicerón, *De republ.*, II, 12.—Tito Livio, I, 8 [7].—X, 8 [9, 10, 11].

gobierno del Estado y gozan de todos los privilegios del ciudadano romano.

Al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de *clientes*, bajo la protección del jefe, que es su *patrón*. Es probable que los clientes formasen parte de la *gens* del patrón, y que tomaran el *nomen gentilitium*. Lo que es cierto es que la *clientela* crea entre ellos derechos y deberes. El patrón debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, para que puedan cultivarlas y vivir de su producto. Por otra parte, el cliente debe al patrono respeto y abnegación. Le asiste en su persona, siguiéndole a la guerra, y en su fortuna, bien para pagar su rescate en caso de cautiverio, bien para dotar a su hija, o bien para pagar las multas a que el patrón había sido condenado. Estas obligaciones recíprocas estaban enérgicamente sancionadas: el patrón o el cliente que las violaba era declarado *sacer* y podía ser muerto impunemente (4).

En cuanto al origen de la clientela y a la manera en que se desarrolla, se reduce todo a conjeturas. Si se tiene en cuenta el número considerable de clientes agregados a ciertas *gentes*, se hace preciso admitir que muchas causas han contribuído a formar esta parte de la población romana. Desde luego, los fundadores de Roma tenían ya clientes, pues en esta época se encuentra la misma institución en la mayor parte de las ciudades de Italia (5). A este núcleo primitivo deben añadirse los libertos y sus descendientes (6); después, los extranjeros llegados a Roma por derecho de asilo, y que se colocaron voluntariamente bajo la protección de un patricio (7). Por último, como consecuencia de las primeras conquistas, las poblaciones de las ciudades vecinas, trasladadas a Roma en totalidad o en parte, contribuyeron al acrecentamiento rápido de la clientela, pues entre los vencidos, aquellos que eran pobres y de baja extracción subsisten, buscando cerca de un patrón una vida menos libre, pero mejor protegida (8). La cualidad de cliente se transmitía, además, hereditariamente.

3. Los testimonios de los antiguos autores convienen en comprobar que, durante los primeros tiempos que siguieron a la fundación de Roma, la población no comprendía más que los *patricios* y *clientes* (9). Mas inmediatamente aparece otra clase de personas, los *plebeyos* o la *plebe*, *plebs* (10). Libres de toda unión con los patricios, ocupan en la ciudad un rango inferior. No tienen ninguna participación en el gobierno; está prohibido su acceso a las funciones públicas, y no pueden contraer matrimonio legítimo con los patricios.

¿Cómo se formó la plebe? Éste es un problema difícil de resolver. Se puede admitir que está compuesta desde luego de clientes que llegaron a hacerse independientes, por ejemplo, cuando la *gens* de su patrono se extinguió. De otra parte, a medida que Roma extendía sus conquistas, los extranjeros introducidos dentro de la ciudad eran muy

---

(4) Dionis. de Hal., II, 10.—Aulo-Gelio, *Noches at.*, V, 13.—Servius, *ad Aeneid.*, VI, 609.

(5) Tito Livio, II, 16 [4].—Dionis. de Hal., II, 46 *in fine*.—V° 41.

(6) Dionis. de Hal., IV, 23, *in fine*.—Tito Livio, XLIII, 16 [4].—Las relaciones del patrón y del liberto tomaron, por consecuencia, un carácter especial y mejor definido: han sobrevivido a la desaparición de la clientela.

(7) Muchas inscripciones dan fe de ello.—Cf. Otelli, Inscr. lat., 156, 3.693.

(8) Dionis. de Hal., II, 36, 50.—Tito Livio, I, 10, 11.

(9) Cicerón, *De Republ.*, II, 9.—Dionis. de Hal., II, 9.—Tito Livio, VI, 18 [6].—Festus. V° *Patrocinia*.—Plutarco, *Romulus*, 13.

(10) *Plebs* significa en griego, vulgo. La palabra *populus* comprende el conjunto de patricios y plebeyos.—Gayo, I, § 3: *...Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis: plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur.*

numerosos para no proveer de alimento a la clientela. Alguna vez las *gentes* de noble origen fueron incorporadas al patriciado (11). Mas los vencidos de condición inferior aumentaron poco a poco la muchedumbre de plebeyos. Las reclamaciones de esta multitud, sin cesar creciente, no tardaron en crear un serio peligro para el Estado, y durante siglos, la historia interior de la ciudad se resume en la lucha de patricios y plebeyos, quienes se esfuerzan en conseguir la igualdad en el orden público como en el orden privado.

12. II. *El rey. El senado. Los comicios por curias.*– 1. La forma de gobierno es la monarquía; pero no es una monarquía absoluta. El *rey* no es más que el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenece a los patricios, que componen las curias. Ellos ejercen su poder en las asambleas o comicios, los *comitia curiata*. El rey es elegido vitalicio por los comicios, que le confieren la autoridad suprema. Es a la vez el jefe del Ejército, que manda en tiempo de guerra; el magistrado judicial, tanto en lo civil como en lo criminal, y el alto sacerdote encargado de velar por el regular cumplimiento de las ceremonias del culto público (1). A su muerte, y mientras tiene lugar la elección de un nuevo rey, el Poder es ejercido por un *inter rex* tomado del senado.

2. El rey está asistido del *senado*, que parece haber sido compuesto desde luego de los *patres* o *seniores*, es decir, de los más viejos entre los jefes de las familias patricias (2). Es probable que en su origen hubiese 100 senadores. Bajo Tarquino el Antiguo el número alcanzó a 300 (3). El senado forma un consejo, al que el rey debe consultar sobre todas las cuestiones que interesan al Estado (4).

3. Los *comitia curiata* comprendían los miembros de las treinta curias, patricios y clientes. Esta asamblea constituía, entre los romanos, la forma más antigua del Poder legislativo. Sus decisiones se convierten en leyes, *leges curiatae*. Procedía a la elección y a la investidura del rey. Estatuía sobre la paz y la guerra, así como sobre los actos que interesan a la composición de las familias y a la transmisión de los bienes, es decir, la adrogación y el testamento (5).

Estos comicios se reunían en Roma sobre una parte del foro llamada *comitium*. El rey sólo tenía el derecho de convocarles y someterles los proyectos sobre los cuales estaban llamados a votar. Era menester, por otra parte, que los auspicios fuesen favorables para que la asamblea pudiera deliberar válidamente (6). La decisión de los comicios no era obtenida por el sufragio directo de los individuos. La unidad del voto es la curia. Dentro de cada curia se vota por cabeza para tener la opinión de la curia (7). Dieciséis curias pronunciándose en el mismo sentido forman la mayoría. Pero la ley no es perfecta más que cuando ha recibido la sanción del senado, la *auctoritas patrum* (8).

---

(11) Tito Livio, 1, 38 [2, 3].—Dionis. de Hal., III, 29, *in fine*.

12. (1) Cicerón, *De republ.*, V, 2.—Dionis de Hal., II, 14.

(2) Florus, I, § 1: *Concilium reipublicae penes senes esset qui ex auctoritate Patres, ob aetatem Senatus vocabantur*.—Festus, V° *Senatores*.

(3) Cicerón, *De republ.*, II, 20.—Tito Livio, 1, 35 [6].—V. n.° 13, nota 2.

(4) Cicerón, *De republ.*, II, 8 y 9.—Tito Livio, I, 49 [7].

(5) Aulo-Gelio, *Noches at.*, V, 19.—XV, 27.—Cicerón, *De republ.*, II, 3 a 21.

(6) Cicerón, *De divinat.*, II, 55.—Dionis. de Hal., II, 6.—Los *auspicios* eran los indicios que los *augures* sacaban del vuelo de los pájaros, del apetito de los pollos sagrados y del estado del cielo. Había seis augures bajo los reyes. En 300, la ley *Ogulnia* eleva su número a nueve, de los cuales cinco eran plebeyos.

(7) Tito Livio, I, 43 [10]. Las mujeres y los impúberos estaban excluídos de los comicios por curias. En el mismo caso estaban, bajo los reyes, los plebeyos no clientes. Unicamente los patricios, y en participación con ellos sus clientes, estaban en el deber de votar, estos últimos como sus patronos.—Dionis. de Hal., II, 10.

(8) Este es un punto dudoso. La palabra *patres* es, en efecto, empleada en los textos para designar ya los *patricios* como los *senadores*. Así, muchos autores entienden la *aucto-*

13.—La organización que venimos trazando a grandes rasgos no tardó en presentar graves inconvenientes cuando el número de plebeyos no clientes llegó a ser considerable por consecuencia de las conquistas de Roma. Solos los patricios tenían la carga del impuesto y del servicio militar; pero solos también participaban de la vida política y social. La plebe permanecía extraña a las cargas públicas así como a la administración de la ciudad. Tarquino el Antiguo intenta el primero remediar esta desigualdad, y quiere establecer tres nuevas tribus compuestas de plebeyos. Pero la enérgica oposición del augur Navius le impide realizar su proyecto (1). Se contenta, conservando todos los antiguos marcos de las tres tribus y de las treinta curias, con aumentar el número de sus miembros, haciendo entrar en ellas un cierto número de familias plebeyas, las que, incorporadas a los patricios, fueron llamadas *minores gentes*, o, según la tribu de que formaron parte, los *Ramnenses*, *Titienses*, *Luceres secundi* (2). Esta medida era insuficiente y no podía tener más que un efecto temporal. Era menester una reforma más completa; ésta fué la obra de su sucesor.

II.—Reforma de Servio Tulio.—Los comicios por centurias.

14.—Servio Tulio, llegado a rey en el año 166 de Roma, evita el tropezarse con la resistencia que tenía paralizadas las intenciones de Tarquino. Deja subsistir la antigua organización patricia resultante de la distinción de las tres tribus primitivas y de los comicios por curias que eran su consecuencia. Pero establece una nueva división del pueblo, fundada no ya sobre el origen de los ciudadanos, sino sobre la fortuna de ellos, comprendiendo el conjunto de la población. Los plebeyos fueron de este modo llamados a concurrir con los patricios al servicio militar, al pago del impuesto y asimismo a la confección de la ley dentro de las nuevas asambleas, los *comicios por centurias*. He aquí el detalle de estas reformas:

1. Divide desde luego el territorio de Roma en cuatro regiones o *tribus urbanas*, y el campo romano en un cierto número de *tribus rústicas* (1). Esta división no está fundada, como la antigua, sobre la distinción de razas: es geográfica y administrativa. Cada tribu comprende todos los ciudadanos que están domiciliados, sean patricios o plebeyos (2).

2. Servio Tulio estableció después el *censo*. Todo jefe de familia debe ser inscrito en la tribu donde tiene su domicilio, y se halla obligado a declarar bajo juramento, al inscribirse, el nombre y la edad de su

---

ritas patrum en el sentido de que era preciso un segundo voto de los comicios por curias para que la ley sea perfecta.

13. (1) Cicerón, *De republ.*, II, 20.—Dionis. de Hal., III, 71, 72.

(2) Aurelius Victor, *De vir.*, 6.—Dionis de Hal., III, 67.—Tito Livio, I, 35, 36.—Los jefes de estas familias aumentaron el número de senadores y fueron llamados *patres minorum gentium*.

N. del T.—Sobre la organización gentilicia, que precedió al Estado propia y verdaderamente tal, véase la genial obra de Carle, *Le origine del diritto publico é privato di Roma* (Turín, 1883). Y acerca de la cuestión, muy debatida entre los autores, de si la *auctoritas patrum* pertenecía o no a las curias, véase resumida y nuevamente discutida toda la materia en la obra de Enrique Serafini, *Il diritto publico romano* (Pisa, 1886).

14. (1) El número primitivo de las tribus rústicas es inseguro. El aumento de la población necesita más tarde la creación de nuevas tribus. Al principio del siglo VI hay, además de las cuatro tribus urbanas, 31 tribus rústicas. Este número no fué ya modificado.

(2) Según ciertos autores, estas tribus eran territoriales o reales, en el sentido de que cada ciudadano perteneciese a una tribu, no porque estuviese domiciliado, sino porque fuese propietario de inmuebles. Este cálculo está en desacuerdo con ciertos textos.—Cf. Tito Livio, I, 43 [13]: *Quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibusque, quae habitabantur partes, tribus eas appellavit.*

mujer y de sus hijos, así como el importe de su fortuna, dentro de la cual figuran sus esclavos. Aquel que no se sometía a esta obligación *(incensus)* era castigado con la esclavitud, y sus bienes confiscados (3). Las declaraciones estaban inscritas en un registro, donde cada jefe de familia tenía su capítulo, *caput*. Debían ser renovadas cada cinco años.

3. Haciendo el censo conocer la fortuna de cada ciudadano, Servio Tulio estableció sobre esta base una nueva repartición de la población, desde el punto de vista del servicio militar y del pago del impuesto.

Los ciudadanos fueron divididos en cinco clases, según que su patrimonio tenía un valor por lo menos de 100.000 ases para la primera, 75.000 ases para la segunda, 50.000 ases para la tercera, 25.000 ases para la cuarta y 11.000 ases para la quinta (4). Estas clases están divididas en *centurias*.

Cada una comprende un número igual de centurias de *juniores* (de diecisiete a cuarenta y seis años cumplidos) y de *seniores* (de cuarenta y seis a sesenta años) (5). Hay 80 centurias en la primera clase, la más importante por la riqueza; 20 centurias en la segunda, así como en la tercera y cuarta; 30 en la quinta; en total, por las cinco clases, 170 centurias de infantes, que componían el ejército regular. Se necesita añadir 18 centurias de jinetes, 6 de las cuales eran reclutadas entre los patricios, y 12 entre las familias más ricas de la ciudad. Los ciudadanos que tenían menos de 11.000 ases forman finalmente 5 centurias colocadas como séquito del ejército, bien a modo de obreros, o bien para llenar los vacíos de las tropas regulares *(accensi* o *velati)*. El conjunto de ciudadanos está, por consiguiente, distribuído en 193 centurias (6).

El impuesto era pagado por los ciudadanos de las cinco clases y por aquellos que tienen por lo menos 1.500 ases; se les llama *assidui* (de *assemdare)*. Los ciudadanos que tienen menos de 1.500 ases se hallan exentos de impuestos. Éstos son los *capite censi* o *proletarii (de prolem*

---

(3) Tito Livio, I, 44 [1].—Cicerón, *Pro Cecina*, 34.—Gayo, I, § 160.

(4) Tito Livio, I, 43 [1-7].—Dionisio de Halicarnaso (IV, 16), que expresa estas cifras en dracmas, está de acuerdo con Tito Livio para las cuatro primeras clases, pero indica para el censo de la quinta un valor de 12.500 ases.—En esta estimación de la fortuna de los ciudadanos es difícil saber lo que valía el as. Es probable que corresponda, sobre poco más o menos, a un franco de nuestra moneda. De otra parte, parece cierto que se tenían en cuenta todos los elementos del patrimonio, y no solamente la fortuna territorial. La opinión contraria no tiene para ello ninguna razón decisiva y es contradicha por muchos textos.—Cf. Festus, V.° *Rodus: In aestimatione censoria aes infectum rudus appellatur.*

N. del T.—No se han puesto de acuerdo los autores respecto a la especie de ases que mencionan Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, porque no se acuñó moneda hasta los decenviros. Desde Servio Tulio se conoció el «*aes signatum*». o sea, un pedazo de metal marcado con la indicación del peso que tenía.

(5) Aulo Gelio, *Noches at.*, X, 28.—Tito Livio, XXII, 57 [9].—XLIII, 14 [6].

(6) Esta cifra es dada por Dionisio de Halicarnaso (IV, 10 y siguientes).—Tito Livio cuenta seis centurias fuera del Ejército regular y llega así a un total de 194. (I, 43 [3, 7, 8].)

N. del T.—Otros autores exponen que la primera clase del censo se dividía en 98 centurias; la segunda, tercera y cuarta, en 20 centurias cada una, y la quinta, en 30 centurias, agregándose dos centurias de ingenieros y tres de músicos, de modo que en total había 193 centurias, de ellas 175 de infantería y 18 de caballería, del modo que aparece en el siguiente cuadro:

Soldados	Clases	Centurias	Riqueza según el censo
Equites		18	*Census maximus*
Pedites	1.ª	80	100.000 ases
»	2.ª	20	75.000 ases
»	3.ª	20	50.000 ases
»	4.ª	20	25.000 ases
»	5.ª	30	11.000 ases ó 12.000 ases
Ingenieros *(tignarii et aerarii)*		2	
Músicos *(cornicines et tubicines)*		3	
	Total.....	193	

dare), los que no se cuentan más que por su cabeza y por los hijos que puedan dar al Estado (7).

15.—De esta organización nace una nueva especie de asambleas del pueblo. Convocadas por el rey, las centurias se reunían en armas fuera de la ciudad sobre el Campo de Marte, para estatuir sobre los negocios que las están sometidos. Son los *comitia centuriata*, que comprenden el pueblo entero, patricios y plebeyos. La unidad del voto es la centuria (1). Los *seniores*, que son, naturalmente, menos numerosos que los *juniores*, cuentan, sin embargo, un número igual de centurias, y así tienen el mismo número de votos. Se consultaba desde luego a las 18 centurias de caballeros. Después se pasaba a las 80 centurias de la primera clase, las cuales son consultadas según el orden fijado por la suerte. Cuando estas 98 centurias votaban en el mismo sentido, formaban la mayoría y es inútil consultar a las otras. De hecho, el poder pertenece, por consiguiente, a la parte más rica de la población (2).

La decisión votada en los comicios por centurias, *lex centuriata*, no era obligatoria hasta después de haber recibido la sanción del senado, la *auctoritas patrum* (3). La influencia de los patricios estaba de este modo protegida. Es difícil precisar cuál fué desde su origen el papel de estas nuevas asambleas. Lo que es cierto es que no hicieron desaparecer los comicios por curias, quienes conservan, bajo la monarquía, sus antiguas atribuciones.

16.—Por virtud de estas reformas, Servio Tulio obtiene un triple resultado: 1. Asegura el reclutamiento del Ejército, abriendo sus filas a todos, patricios y plebeyos, fijando los cuadros de antemano de una manera permanente.—2. Distribuye la carga del impuesto sobre todos los ciudadanos proporcionalmente a su fortuna.—3. Finalmente, sustituye la preponderancia en el Estado. Hasta allí pertenecía a la nobleza de raza, a los patricios, y pasa a la aristocracia de fortuna, a los ciudadanos más ricos, cualquiera que sea su origen. En lo sucesivo, los plebeyos tienen su puesto en las asambleas; participan de las cargas del servicio militar y del impuesto; pero necesitan más de dos siglos todavía para conquistar la igualdad.

III.—La República.—Los tribunos.—Los «concilia plebis».—Los comicios por tribus.

17.—En el año 245 de Roma, la monarquía es derribada. El rey es sustituído por dos magistrados patricios, elegidos por un año y teniendo iguales poderes, los *cónsules*. A un mismo tiempo, la autoridad religiosa es separada de los Poderes civiles y confiada al gran pontífice. Este cambio no aprovecha apenas a los plebeyos, quienes permanecen excluídos de todas las magistraturas. En el orden privado, la situación de los plebeyos pobres, es decir, de la mayoría, es de las más desdichadas. Arrebatados al cultivo de la tierra por las guerras incesantes, son obligados a pedir prestado dinero a los patricios y a los plebeyos más ricos, que hicieron causa común con el patriciado. Los exagerados intereses vinieron a aumentar las deudas, y los deudores, en la imposibi-

---

(7) Cf. Cicerón, *De republ.*, II, 22.—Aulo-Gelio, *Noches at.*, XVI, 10.

15. (1) Aulo-Gelio, *Noches at.*, XV, 27: *In eodem libro (Laelii Felicis), hoc scriptum est; cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse; cum ex censu et aetate, centuriata; cum ex regionibus et locis, tributa.*- El fin de este texto hace alusión a los comicios por tribus. (V. n.° 18 *in fine.)*

(2) Tito Livio, I, 43 [11].—Dionis, de Hal., IV, 20.

(3) Cicerón, *De republ.*, I, 32.—Se vuelve a encontrar aquí la controversia ya señalada sobre la *auctoritas patrum*.—V. n.° 12, nota 8.

lidad de pagar, se ven expuestos a todos los rigores que el derecho primitivo autoriza contra ellos; la prisión en casa del acreedor, donde eran tratados como esclavos.

En 260, los plebeyos, empujados al cabo, toman una resolución enérgica: salen de Roma y se retiran al monte Aventino. Los patricios se deciden entonces a hacer una importante concesión. Sobreviene una especie de tratado, con arreglo al cual la plebe obtiene protectores de sus intereses. Éstos son dos magistrados exclusivamente plebeyos: los *tribuni plebis* (1).

Son declarados inviolables y armados de un derecho de *veto* que pueden oponer, en Roma y dentro de un radio de una milla alrededor de Roma, a las decisiones de todos los magistrados, lo mismo que a las de los cónsules y del senado (2).

18.- Luego que fueron establecidos, los tribunos toman la costumbre de reunir la plebe en las asambleas, en donde deliberan y votan las resoluciones, llamadas *plebiscitos*, que no tienen fuerza obligatoria más que para ella misma. Los patricios, a los que los tribunos no tenían por lo demás el derecho de convocar, no asistieron jamás a estas reuniones, o *concilia plebis* (1). Es difícil saber con arreglo a qué base se forman desde luego los *concilia*. Mas, en seguida, los tribunos convocaron a los plebeyos, sobre el foro, conforme al domicilio de ellos, es decir, por *tribus*.

Esta costumbre no tarda en ejercer su influencia sobre las asambleas del pueblo entero. En una fecha incierta, pero probablemente anterior al año 283, los magistrados patricios, en lugar de reunir al pueblo por centurias, sobre el campo de Marte, le convocaron por tribus sobre el foro. Este fué el origen de una tercera especie de comicios, los *comicios por tribus, comitia tributa*, a los cuales no fueron desde luego sometidos más que los negocios menos importantes. La unidad del voto en estas nuevas asambleas era la tribu; la preponderancia pertenecía a los plebeyos, que tenían para ellos el número.

19.—En la lucha para conquistar la igualdad, la plebe encuentra entre los tribunos defensores ardientes. Gracias a sus esfuerzos obtiene pronto una nueva concesión: la de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, que no la dejase por más tiempo expuesta a los rigores arbitrarios de los magistrados patricios. Ésta fué la ley de las XII tablas. Pero antes de hablar de este acontecimiento capital en la historia del Derecho Romano veamos cuáles eran en esta época las fuentes y el estado del derecho privado.

IV.—Estado del Derecho antes de la ley de las XII tablas.

20.- Durante los tres primeros siglos de Roma, el derecho privado tenía su fuente única en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad, y que han pasado, por tradición, de las poblaciones primitivas a la nación nueva. Estas son las costumbres de los antepasados, *mores majorum* (1).

---

17. (1) Tito Livio, II, 33 [1, 2, 3].—Cicerón, *De republ.*, II, 33, 34.—A partir del año 297 existían 10 tribunos. Parece que los primeros fueron elegidos por las curias (Cicerón, *Pro Cornel.*, 1). Desde el año 283, una ley *Publilia*, confía el nombramiento a las tribus.—Tito Livio, III, 30 [5, 6, 7].

(2) Cicerón, *De legib.*, III, 3, 9.—Tito Livio, III, 55 [6, 7]. V., sin embargo, número 25, nota 2.

18. (1) Lalius Félix, según Aulo Gelio, *Noches at.*, XV, 27: *Is qui non universum populum, sed partem aliquam aedesse jubet, non comitia sed concilium edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios, neque ad eos referre de re ulla possunt: ita ne leges quidem propie, sed plebiscita appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt.*

20. (1) Dionis. de Hal., X, 57.—Aulo Gelio, *Noches at.*, V. 13.

Es cierto que el pueblo toma las decisiones en los comicios por curias y por centurias, y desde entonces parece que las leyes han de ser votadas en estas asambleas. Pero nada hay en este punto bajo la Monarquía (2). Solamente se encuentran, a partir de la República, leyes centuriadas relativas al derecho público, en particular al derecho criminal (3). Sobre derecho privado no se puede citar ninguna, o, por lo menos, no se posee ningún documento que tenga suficiente carácter de autenticidad.

Sin embargo, el jurisconsulto Pomponio refiere que Rómulo y sus sucesores hicieron votar leyes por las curias; que bajo Tarquino el Soberbio, un cierto Papirio, personaje de los más importantes de su tiempo, las publica en una colección llamada *Jus civile papirianum;* y, finalmente, que estas leyes reales, *leges regiae*, cayeron en desuso después de la expulsión de los reyes. Sabemos de otra parte que en una fecha incierta, acaso bajo Julio César, Granio Flacco hizo un comentario del *Jus papirianum* (4). Esta colección no ha llegado a nosotros; mas la existencia de las *leges regiae* no parece contestable, porque los antiguos historiadores y lo mismo las obras de derecho hacen a ellas frecuente alusión (5). Las disposiciones que traen tienen, sobre todo, el carácter del derecho sagrado; sin embargo, algunas se refieren a cuestiones que tienen conexión con el derecho privado, como las relaciones del patrón con sus clientes, los derechos del jefe de familia (6). No obstante la afirmación de Pomponio, la misma naturaleza de estas prescripciones ha permitido a muchos autores negar que ellas hayan sido verdaderas leyes curiadas, porque el derecho sagrado estaba en manos de los pontífices (7) y el pueblo no era apenas consultado sobre cuestiones de este género. ¿Es preciso ver en ellas con preferencia la obra personal que rindieron los reyes en calidad de jefes de la religión de las leyes inspiradas por los dioses, como la leyenda ha dicho del rey Numa? ¿Es necesario considerarlas como una publicación apócrifa de fin de la República, conteniendo en realidad antiguas reglas consuetudinarias falsamente atribuídas a la autoridad real? Esta última conjetura parece la mejor fundada, pero es difícil decir en dónde está la verdad.

En resumen: el derechp privado no tiene en este período más que una fuente cierta: la *costumbre*. La falta de precisión de sus reglas favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la administración de justicia, no solamente en orden del derecho privado, sino también para la represión de crímenes y delitos. Los tribunos fueron los intérpretes de las justas reclamaciones de la plebe. Pidieron la redacción de una ley que rigiera igualmente para todos los ciudadanos. Después de diez años de resistencia, los patricios cedieron por último; el senado y los tribunos se pusieron de acuerdo, y fué convenido que una ley aplicable a los dos órdenes sería redactada y promulgada. Esta ley fué la de las XII tablas (8).

---

(2) Se ha convenido en rechazar como legendario el relato de Dionisio de Halicarnaso, según el cual Servio Tulio había hecho votar por los comicios cerca de 50 leyes sobre contratos y delitos, leyes que su sucesor había abrogado.—Cf. Dionis. de Hal., IV, 13, 43.

(3) Tito Livio, I, 26 [6, 7].—Según Cicerón *(De republ.*, II, 31), la primera ley centuriada ha sido la ley *Valeria* (año 245), que concedió a todo ciudadano romano el derecho de apelar al pueblo, reunido en los comicios por centurias, de las penas capitales declaradas por los magistrados.—V. n.° 68, *in fine*.

(4) Cf. L. 2, §§ 2 y 3, D., *de orig. jur.*, I, 2.—Servio, *Ad Aeneid.*, XII, 836.—Paulo, L. 144, D. *de verb. sign.*, L. 16.—Censorino, III, 2.

(5) Cicerón, *De republ.*, II, 14.—V. 2.—Tito Livio, VI, 1 [10].—Tacito, *An.*, III, 26. Dionis. de Hal., IV, 13.—Macrobio, *Saturn.*, I, 13.—Para los textos jurídicos, véase la nota siguiente.

(6) Cf. Dionis. de Hal., II, 10, 15, 26, 27.—Plutarco, *Romulus*, 22.—*Numa*, 12.—Festus, V.° *Plorare*.—Marcelo, L. 2, D., *de mort. infer.*, XI, 8.—Lex Dei, 1, 4, c. 8.

(7) Festus, V.° *Rituales*.—Cicerón, *De republ.*, II, 31.

(8) N. del T.—Es opinión de muchos autores que, además de la costumbre, como principal fuente de Derecho, especialmente del privado, en esta época, se presentaba éste

V.—La ley de las XII tablas.

21.—Si es necesario dar crédito al relato de ciertos historiadores, los romanos quisieron primeramente ilustrarse por el estudio de una legislación célebre entonces: la del Grecia. Hacia e año 301, tres patricios fueron enviados a las ciudades griegas de la Italia meridional, donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor y, acaso también, lo que es mucho más dudoso, hasta Atenas. Regresaron al cabo de un año, trayendo las leyes griegas. Hermodoro, desterrado de Éfeso, los auxilia en su misión y toma una parte importante en la confección de la ley de las XII tablas, tanto que los romanos le elevaron una estatua que Plinio dice existir todavía en su tiempo (1). La veracidad de esta tradición ha sido debatida por la crítica moderna; pero nos parece apoyada sobre testimonios demasiado precisos para no ser aceptada, y, por otra parte, muchas disposiciones de la ley de las XII tablas están manifiestamente inspiradas por las leyes griegas (2).

En 303, año que sigue al regreso de la legación, las magistraturas ordinarias fueron suspendidas de común acuerdo, y todos los poderes fueron confiados a diez magistrados patricios, elegidos en los comicios por centurias, los *decenviros*, que fueron encargados de hacer la ley. Al cabo de un año publicaron sus trabajos, escritos sobre diez tablas, que recibieron la consagración de un voto de los comicios por centurias. Pero esta legislación pareció insuficiente, y, en 304, se eligen otros decenviros, que redactaron dos nuevas tablas, complemento de las diez primeras. Después, habiendo querido mantenerse ilegalmente en el Poder, fueron derribados. Entonces se restablecen los cónsules, los tribunos y todas las antiguas magistraturas.

---

bajo dos formas, *fas* y *jus*, o sea como precepto emanado de la religión y sancionado por ella, o como facultad de hacer el individuo, ejercitada conforme a las decisiones del Poder público y bajo la protección del Estado. Comprendía el *fas*, tanto la religión en cuanto tomaba aspecto jurídico, como el derecho en cuanto se relacionaba con la religión. El *jus* es de origen humano; el *fas* se funda en la voluntad de los dioses: aquél es variable y perfectible; éste es inmutable, mientras los mismos dioses no quieran cambiarlo. La fuerza obligatoria del *jus* descansa en el acuerdo general del pueblo, y su inobservancia no lesiona sino los derechos puramente humanos; el *fas*, como de origen divino, no puede ser violado sin ultrajar a los dioses.

Respecto a las *Leges regiae*, el hecho del *Jus Papirianum* y las opiniones acerca del contenido del mismo no autorizan a negar la existencia de verdaderas leyes en el período regio, puesto que, si bien en restringido número, fueron ciertamente dictadas algunas. Véase, sobre esta materia, Voigt *(Ueber die leges regiae.* Leipzig, 1876-77); Mommsen *(Staatsrecht*, II, I, 40 y siguientes); Carle *(Origini del dir. rom.*, págs. 310-324); Ferrini *(Storia delle fonti del diritto romano*, pág. 1 y siguientes); Padeletti-Cogliolo *(Storia del diritto romano*, Florencia, 1886, pág. 101); Landucci *(Storia del diritto romano*, Padua, año 1896, pág. 75 y siguientes), y Krüger *(Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano.* Madrid, *La España Moderna*, pág. 5 y siguientes). Algunos escritores modernos se han ocupado en restaurar las *leges regiae*, determinando las que son auténticas y las que no lo son, pudiendo citarse como trabajos más notables sobre este punto el de Dirksen y el de Mauricio Voigt. Según éste, dichas leyes reales son catorce las indudablemente auténticas. De ellas, cuatro son conocidas por su texto literal, y diez por noticias de los escritores. A las primeras pertenecen la ley de Rómulo contra la nuera que faltase al respeto a su suegra; la ley de Numa, contra el homicidio de un hombre libre, y la sanción penal del mismo rey contra un delito que no se expresa; y, por último, la de Tulio Hostilio contra los hijos que maltratasen a sus padres.

A las segundas corresponden tres leyes de Rómulo y otras tres de Numa, dos de Tulio Hostilio y otra cuyo autor y cuya época no pueden precisarse.

21. (1) Cf., sobre esta tradición y sobre la confección de la ley de las XII tablas en general: Tito Livio, III, 31 [8], 33 [5]. — Dionis. de Hal., X, 51 a 58.—Aulo Gelio, *Noches at.*, XX, 1.—Plinio, *Hist. nat.*, XXXIV, 11 [2].—Pomponius, L. 2, § 4, D., *de orig. jur.*, I, 2.

(2) Las prestaciones de este género son citadas por Gayo (L. 13, D., *fin reg.*, X, 1.—4, L., D., *de colleg.*, XLVII, 22) y por Cicerón *(De legib.*, II, 23 y 25).

22.—La ley decenviral, grabada sobre tablas de bronce o de roble, fué expuesta en el foro. Cualquiera que haya sido la suerte de estas tablas, el texto era todavía familiar a los jurisconsultos de fin de la República y de los primeros siglos del Imperio; varios hicieron de ellas comentarios. Pero el contenido auténtico de las XII tablas no ha llegado a nosotros, y no poseemos más que los fragmentos conservados por los tratados de los jurisconsultos que han comentado la ley de las XII tablas, sobre todo por el de Gayo, del cual han sido insertados 18 extractos en el Digesto de Justiniano, y también por las obras de los antiguos autores que se han ocupado de explicar ciertas expresiones de la vieja lengua latina empleada por los decenviros. Tomando lo necesario de estas diferentes fuentes, se ha intentado, desde el siglo XVII, reconstituir la ley de las XII tablas, y se ha llegado a restablecer una gran parte, si no en el texto primitivo, al menos en su significación general (1). También se ha probado a colocar estos fragmentos por orden, y hallar cuál había sido el objeto de cada tabla. Mas, excepto raras indicaciones suministradas por algunos autores (2), este trabajo no descansa sobre ninguna base seria, pues no está de ningún modo probado que cada tabla haya formado un todo completo y que el contenido haya sido determinado de otro modo que por el azar de la escritura (3).

Con arreglo a lo que nos queda, se ha podido comprobar que la ley decenviral tiene un carácter esencialmente romano, y que ella no es de ningún modo, como a veces se ha pretendido, una simple copia de las leyes griegas. Si las prestaciones de esta legislación son indiscutibles, la mayor parte de la ley de las XII tablas parece ser, o la obra personal de los decenviros, o más bien la consagración de antiguas costumbres, a las cuales de este modo se las concedió una nueva fuerza.

23.—La ley de las XII tablas reglamentó a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho (1). Es la *ley*, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de *legitimum* (2). Además, las leyes posteriores no han hecho frecuentemente más que desenvolver el derecho de las XII tablas, y jamás, hasta Justiniano, ninguna de sus disposiciones ha sido objeto de una revocación expresa. Los antiguos autores alabaron con una admiración un poco exagerada su concisión y su sencillez. Mas es necesario reconocer que ciertas reglas tienen huellas de un rigor excesivo, y el mismo Cicerón se considera obligado a moderar el elogio, reconociendo que las dos últimas tablas contenían leyes inicuas (3).

---

22. (1) Jacobo Godefroy es el autor del primer ensayo de restitución de las XII tablas, en 1616. Después de esta época, los trabajos, purificados por una crítica más rigurosa, han sido publicados, sobre todo por Dirksen, en 1824, por Rudolf Schaell en 1866 y por Voigt en 1883.

(2) Así, conforme a Cicerón *(De republ.*, II, 37), por una de las dos últimas tablas estaba prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos; según Dionis. de Hal. (II, 26 y 27), en la cuarta estaban regulados los derechos del padre de familia sobre la persona de sus hijos.

(3) He aquí cuál es el orden generalmente adoptado, según las inducciones sacadas de los fragmentos que nos quedan del comentario de Gayo.—I y II. *De la organización judicial y del procedimiento.*—III. *De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes.*—IV. *De la potestad paternal.*—V. *De las sucesiones y tutelas.*—VI. *De la propiedad.*—VII. *De las servidumbres.*—VIII. *De los delitos y quizá de las obligaciones en general.*—IX. *Del derecho público.*—X. *Del derecho sagrado.*—XI y XII. *Suplemento a las diez primeras tablas.*

23. (1) Tito Livio, III, 34 [6]: *Fons omnis publici privatique est juris.*—Floro, I, 24: *In duodecim tabulis tota justitia.*

(2) Así se han llamado tutelas legítimas y sucesiones legítimas a las que son organizadas por las XII tablas. Cf. Ulp., X, 1, § 3.—XII, § 1.

(3) Cf. Cicerón, *De orat.*, I, 44.—*De legib.*, II, 23.—*De republ.*, II, 37.—Aulo-Gelio *(Noches at.*, XX, 1) refiere una interesante discusión, en la cual el jurisconsulto Caecilius y el filósofo Favorinus hacen resaltar, uno después del otro, las cualidades y defectos de la ley de las XII tablas.

Tal legislación estaba lejos, en efecto, de dar entera satisfacción a la legítima ambición de los plebeyos y de otorgarles la igualdad que reclamaban. Ellos quedaban excluídos de todas las magistraturas y les estaba prohibido contraer un matrimonio legítimo con los patricios. Mas por grandes que fuesen las imperfecciones de la ley de las XII tablas, realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo, había una ley pública, aplicable a todos, y, si es cierto que una nación está constituída cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos, puede decirse que la ley de las XII tablas muestra realmente la fundación de la ciudad romana (4 .

SEGUNDO PERÍODO

De la ley de las XII tablas al fin de la República

I.—Progreso de los plebeyos.—Fusión de los dos órdenes.

24.—Durante este período, los plebeyos, por un progreso lento pero continuado, obtienen por fin lo que habían esperado inútilmente de la ley de los decenviros: la igualdad con los patricios, tanto en el derecho público como en el derecho privado. Al final del siglo V es una conquista definitivamente acabada. Nosotros nos limitaremos a indicar en esta última parte de la lucha lo que es útil de conocer para el desarrollo del derecho.

25.—Después del año 309, el tribuno Canuleyo obtiene, tras largos debates, el voto de la ley *Canuleia*, que permite el legítimo matrimonio entre patricios y plebeyos. Ésta fué una de las victorias más importantes; ella sola debía traer al cabo de cierto tiempo la mezcla completa de razas y la fusión de los dos órdenes (1).

Hacia la misma época, los patricios comprenden que no podían impedir por más largo tiempo todavía a los plebeyos el acceso a la más alta magistratura: el consulado. Acaso por este motivo, y también porque los cónsules, retenidos con demasiada frecuencia a la cabeza del Ejército, no tenían lugar de emplear el tiempo en sus funciones administrativas, ciertas atribuciones son sucesivamente separadas del poder consular y erigidas en dignidades distintas, que quedan largo tiempo

(4) N. del T.—Es útil, respecto a la historia del origen de las XII tablas, ver a Tito Livio en su *Historia romana*, III, 9, 34; Dionis. de Hal., *Antigüedades romanas*, X, 1, 60, y Pomponio, D., I, 2, fr. 2, párrafos, 3, 4, 24.—También debe consultarse Landucci, *Storia* I, § 27, pág. 79 y siguientes; Padeletti-Cogliolo, pág. 104; Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig, año 1883; Pais, *Storia di Roma*, I, I, pág. 558 y siguientes; Lambert *Etudes de Droit civil comparé*, 1, 1903; Ch. Appleton, *Melonges. L'histoire traditionnelle des XII tables*, pág. 503 y siguientes, y Girad, *La question de l'authenticité des XII tables et les annales maximi*, en la *Nouvelle Revue Historique*, 1902, pág. 149 y siguientes.

Se han hecho varios ensayos de reconstrucción del texto del famoso Código. En el siglo XVII se publicó el ensayo hecho por Jacobus Gothofredus, que es el mejor trabajo de esta clase entre los que se han realizado antes del pasado siglo. Su mérito consiste, principalmente, en haber desechado muchos fragmentos que hasta entonces se había creído pertenecían al Código decenviral, en haber depurado el texto de otros fragmentos y en haber intentado determinar el orden que tuvieron en las primitivas tablas las leyes que han llegado a nuestro conocimiento. Después se han hecho nuevos ensayos de restitución, mereciendo citarse el de Dirksen, en 1824; el de Ortolán, que es posterior, y el de Schoell (*Legis XII tabularum reliquiae*, Leipzig, 1866), que ha mejorado notablemente la obra con el auxilio de la filosofía.

La mejor reconstrucción es la de Schoell, que, con ligeras modificaciones ha sido aceptada por Bruns (*Fontes*, págs. 17-40) y por Girad (*Textes de droit romain*, pág. 9-22). La obra ya citada de Voigt es muy útil para conocer el antiguo Derecho Romano, pero es un tanto arbitraria la restauración de textos, y, en general, menos segura que la de Schoell.

25. (1) Cicerón, *De republ.*, II, 37.—Tito Livio, IV, 1 a 7.

todavía reservadas a los patricios. Así es como, en 307, se crean dos *cuestores*, a los que se confía la gestión del Tesoro público; en 311, dos *censores*, encargados de las operaciones del censo, guardianes de las costumbres públicas y privadas (2); en 387, el *pretor*, a quien pertenece en lo sucesivo la administración de justicia (3), y el mismo año, los *ediles curules*, encargados de la alta policía de la ciudad (4). Desde el año 333, los plebeyos pueden ser cuestores, y el número de estos magistrados fué elevado a cuatro. Pero en el mismo año de la creación del pretor fué cuando, merced a los esfuerzos de los dos tribunos Licinio Stolo y Lucio Sexto, los plebeyos llegaron al consulado (5). Desde entonces, las demás magistraturas no tardaron en ser abiertas para ellos, y llegan a la dictadura en 398, a la censura en 403, a la pretura en 417. Por último, en 454 los plebeyos se colocan entre los pontífices y los augures, y en 500, uno de ellos, Tiberio Coruncanio, es elevado a la dignidad de gran pontífice.

Por consecuencia de estos cambios, la composición del senado fué modificada. Según una ley *Ovinia*, cuya fecha es incierta, los censores tenían el derecho de nombrar los senadores y debían escogerlos desde luego entre los antiguos magistrados (6). Resulta, pues, que los plebeyos, el día en que tuvieron acceso a las magistraturas, llegaron al senado y no tardaron en figurar en él con mayoría.

26.—De otra parte, en 468, la ley *Hortensia* había dado fuerza legal a los plebiscitos votados por los plebeyos en los *concilia plebis*, decidiendo que en lo sucesivo serían obligatorios para todos los ciudadanos. Antes, otras dos leyes, la ley *Valeria Horatia*, en 305, y una ley *Publilia*, en 415, son consideradas como realizadoras del mismo progreso; por lo menos, los historiadores refieren su objeto y contenido en términos idénticos (1).

Pero es difícil creer que desde el año 305, en una época en que el tribunado es la sola magistratura plebeya, y en que la lucha es ferviente entre los dos órdenes, la plebe haya obtenido una ventaja tan importante. Sin duda, estas tres leyes, que se han sucedido en largos intervalos, presentan entre ellas diferencias importantes que nosotros ignoramos (2). El solo punto cierto es que, después de la ley *Hortensia*, los

---

(2) Los dos censores no podían tomar una decisión, a menos que estuviesen de acuerdo; pero no estaban sometidos al veto de los tribunales. Sus poderes duraban cinco años, intervalo de las operaciones del censo.—V. n.° 135. 1.

(3) Cicerón, *De legib.*, III, 3.—*Ad famil.*, X, 12.—V. n.° 711. 1.

(4) Tito Livio, VI, 42 [14].—Pomponio, L. 2, § 26, D., *De orig.*, I. 2.—Cicerón, *De leg.*, III, 3.—V. n.° 711, 1.—Los ediles *curules* derivan su nombre de la *sella curulis*, sobre la cual estaban sentados, y que era reservada a los magistrados patricios.

(5) Tito Livio, 35 a 42.—Appien., *De bel. civ.*, I, 8.—El mismo Lucio Sexto fué el primer cónsul plebeyo.—Tito Livio, VI, 42 [9].

(6) Se trata de esta ley *Ovinia* en un texto de Festus. V.° *Praeteriti*. Es un plebiscito que se coloca entre el año 417 y el año 442 de Roma.

26. (1) Según Tito Livio, la ley *Valeria Horatia* resolvía: *Ut quod tributim plebes jussisset populum teneret* (III, 55 [3] y la ley *Publilia, Ut plebiscita omnes Quirites tenerent* (VIII, 12 [14]). Aulo Gelio, por su parte, dice de la ley *Hortensia: Quibus rogationibus ante patricii non tenebantur donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit ut eo jure quod plebes statuisset omnes Quirites tenerentur. (Noches at.*, XV, 27).

(2) Según una conjetura admitida por muchos autores, la ley *Valeria Horatia* había decidido que los plebiscitos tenían fuerza de ley cuando habían obtenido la aprobación del senado. En virtud de la ley *Publilia*, los tribunos debían obtener el asentimiento del senado antes del voto (Appien, *De bel civ.*, I, 59). Por último, la ley *Hortensia* había suprimido completamente la necesidad de la sanción senatorial.

N. del T.—Se ha discutido, en efecto, acerca de si estas tres leyes, cuyas fórmulas no difieren notablemente entre sí, establecieron la forma de dar validez a tres diversas especies de plebiscitos, o fueron otros tantos recursos contra las astucias y los pretextos alegados por los patricios para eludir la ley, repitiendo, en forma cada vez más clara, la proclamación del mismo principio. Y esta última opinión parece la más aceptable, y la corrobora poderosamente la consideración de que los tres momentos sucesivos coinciden con importantes corrientes de la opinión pública en Roma, en especial el tercer momento, que comienza con la última *secessio*. Véase Ihne, *Die Entwickelung der römischen Tributcomitien*, en el *Rheinisches Museum für Philologie*, nueva serie, vol. XXVIII, págs. 353-379.

plebiscitos tienen definitivamente fuerza de ley sin ser sometidos a la *auctoritas patrum*. La misma resolución debe aplicarse con más razón a las leyes votadas por el pueblo en los comicios por tribus.

Mientras que esta transformación se realizaba, veamos cuáles eran las fuentes que nutrían el derecho.

II.—Desarrollo del Derecho.

27.—*Después de la caída de los decenviros, los comicios por centurias*, que habían ratificado la ley de las XII tablas, prosiguieron investidos del Poder legislativo y le ejercieron solos, poco más o menos, al principio de este período. Pronto apareció una fuente importante de derecho escrito: los *plebiscitos*. Pero, sobre todo, el derecho no escrito es el que se desarrolla gracias a la *interpretación de los jurisconsultos* y al *edicto de los magistrados*.

28.—I. *Las leyes.*—1. Los comicios por curias se reunieron todavía bajo la República. Parece probable que la plebe fué admitida a tener participación en ellos, y esta admisión debe ser anterior al año 545, en que un plebeyo fué nombrado jefe de una curia, *curio maximus* (1). Pero la preponderancia pasó a los comicios por centurias, cuya composición es más apropiada al nuevo estado social. También la competencia de las curias se redujo a ciertos negocios en que la religión estaba interesada, tales como la consagración de los testamentos, de las adrogaciones y la investidura de magistrados. Asimismo se llega, hacia el fin del siglo VI, a que los patricios cesasen de dirigirse a estos comicios, y la asamblea de las curias fué desde entonces representada por los treinta lictores que estaban encargados de convocarlas (2).

2. Los comicios por centurias adquieren, por consiguiente, el primer lugar y llegan al *comitiatus maximus*. Dan su voto sobre los proyectos de leyes, que son propuestos frecuentemente por un cónsul; y, desde el año 415, las *leyes centuriadas* no tienen necesidad de ser ratificadas por el senado, pues una *ley Publilia* resuelve que la *auctoritas patrum* debe ser concedida antes del voto (3). En el siglo VI, entre los años 517 y 538, la organización de los comicios por centurias fué modificada; reciben un carácter más democrático, y la influencia de la riqueza fué atenuada. Mas los historiadores que atestiguan esta reforma no hacen conocer este punto al detalle. Acerca de esto no se puede hacer más que conjeturar, y sólo es cierto el resultado (4).

3. Por último, los comicios por tribus, que tienen su origen hacia el fin del siglo III (V. n.º 18), son bastante frecuentemente reunidos en

---

28. (1) Tito Livio, XXVII, 8 [3].
(2) Cicerón, *De lege agrar.*, II, 11 y 12.—*In Rul.*, II, 12.
(3) Tito Livio, VIII, 12 [14 y 15]. Los autores que opinan que la *auctoritas patrum* dimana, no del senado, sino de los comicios por curias, ven en esta ley *Publilia* la causa que, arrebatando a estos comicios la más importante atribución, les hizo poco a poco decaer y les redujo a una reunión de treinta lictores.
(4) Tito Livio, I, 43 [12 y 13].—Dionis. de Hal.—IV, 21, *in fine*.—Según la conjetura más acreditada, se tomaba por base la tribu local. Cada una de las 35 tribus había sido dividida en cinco clases, y cada clase en dos centurias, una de *seniores*, la otra de *juniores;* son 350 centurias, a las cuales se añaden las 18 centurias de caballeros y las cinco de obreros y de *accensi:* en total, 373 centurias; de este modo las centurias de las primeras clases son a distancia y en lo sucesivo las que forman la mayoría; las clases siguientes son necesariamente consultadas. Un texto de Cicerón *(De republ.*, II, 22), autoriza otra conjetura. Atribuye 70 centurias a la primera clase, en lugar de 80, y fija en 89 el número de sufragios de esta clase, añadiendo a las 70 centurias de ciudadanos que la componen, las 18 centurias de caballeros y una centuria de obreros que votan con ellos. Suponiendo el acuerdo de estas 80 centurias, se hace preciso consultar todavía ocho centurias de la segunda clase para tener la mayoría de 97. Se puede admitir que estas cifras se refieren a la nueva organización.

este período. Sin embargo, no tienen más que una importancia secundaria; se les opone al *comitiatus maximus*, bajo el nombre de *comitia leviora* (5). Y se ocupan, sobre todo, de la elección de los magistrados inferiores.

Los magistrados que presiden los comicios por centurias o por tribus, cónsules o pretores, apenas si hacen votar más que las leyes relativas al derecho público. En cuanto al derecho privado, la actividad legislativa se manifiesta en los *concilia plebis*, presididos por los tribunos, y el interés durante este período se concentra sobre los plebiscitos.

29.—II. *Los plebiscitos.*—Los *plebiscitos* eran las decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre la proposición de un tribuno, y que se aplicaban desde luego a ella sola. Pero a partir de la ley *Hortensia*, en 468, regían lo mismo para los patricios que para los plebeyos. Desde entonces son verdaderas leyes, y los textos les dan en general esta calificación (1). Aunque votados en las asambleas en que domina el mayor número, emanan de la parte más prudente de la población. En efecto, el voto tiene lugar en la mayoría de las tribus; ahora bien: los plebeyos pobres y todos los libertos estaban repartidos en las cuatro tribus urbanas, mientras que las tribus rústicas, en número de 31, estaban compuestas, sobre todo, de propietarios territoriales (2).

Los plebiscitos relativos al derecho privado son numerosos durante los últimos siglos de la República. Entre los más importantes, nosotros nos contentaremos con citar: la ley *Cincia*, sobre donaciones (año 550; V. n.º 420); la ley *Aquilia*, de fecha incierta, sobre el daño causado injustamente (V. n.º 454); la ley *Falcidia*, sobre los legados (año 714; V. n.º 644).

30.—III. *La costumbre.*—Al lado del derecho promulgado se desarrolla el *derecho no escrito*. Éste toma su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo, que puede hacer la ley, no solamente manifestando en las asambleas su voluntad expresa, sino también, más seguramente acaso, consagrando por un *largo* uso una institución o una regla de derecho (1). Los progresos de la costumbre son favorecidos por la feliz influencia de los jurisconsultos, cuya autoridad y crédito se ve aparecer y progresar en este período.

31.—*La interpretación de los pontífices y jurisconsultos.*—*Jus civile.*—La ley de las XII tablas era conocida de todos. Mas sus disposiciones, muchas veces demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester, por otra parte, fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las XII tablas no había determinado más que líneas generales y casos de aplicación. Era el procedimiento de las *legis actiones*, que consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes (V. n.º 715). Estando todo minuciosamente regulado, la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada *interpretatio*, fué, desde luego, la obra exclusiva

(5) Cicerón, *Pro Plantio*, 3.

29. (1) Gayo, I, § 3.—Los plebiscitos y las leyes propiamente dichas eran designadas por el *nomen gentilitium* del magistrado que los había propuesto, cuando es un dictador, un pretor o un tribuno. Así, el plebiscito que hizo votar el tribuno M. Cincius Alimentus es llamado ley *Cincia*. Las leyes que emanan de la iniciativa consular llevan los *nomina gentilitia* de los dos cónsules en función; lo mismo cuando la proposición está hecha por uno solo; pero el nombre del autor del proyecto está entonces colocado el primero: ley *Valeria Horatia*, ley *Aelia Sentia*.

(2) Tito Livio, IX, 46 [11].—XLV, 15 (1).—Cicerón, *De oratore*, I, 9 [38].

30. (1) Juliano, L. 32, § 1, D., *de legib.*, I, 3: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum... namquid interest suffragio populus voluntatem suam declaret aut rebus ipsis et factis?*—Ad. Hermogeniano, L. 35, D., *eod.*

del colegio de los pontífices. En efecto, aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del derecho privado, los pontífices estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el *jus sacrum:* la adrogación, la devolución de los *sacra privata* en caso de sucesión, la *confarreatio*, la determinación de las *res religiosae* y otras. De ahí la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo jurisconsultos (1) y la influencia que fueron los primeros en ejercer sobre el desenvolvimiento del derecho.

32.—Durante mucho tiempo, únicamente los pontífices y magistrados patricios conocieron los secretos del procedimiento y la lista de los días *fastos*, durante los cuales únicamente también era permitido realizar delante del magistrado los ritos de las acciones de la ley. Por consiguiente, los plebeyos estaban obligados a recurrir a ellos para consultarles en caso de pleito (1).

Esta situación, tan favorable a la dominación de los patricios como perjudicial a la difusión y al progreso de la ciencia jurídica, dura hasta mediados del siglo v. Más, en esta época, un descendiente de liberto, Cneo Flavio, secretario (*) del patricio Apio Claudio Caeco, divulga el cuadro de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley. Y bien sea que sustrajo el secreto, o que obedeció a la inspiración del mismo Apio, lo hizo objeto de una publicación que tomó el nombre de *Jus flavianum*, la cual fué tan agradable al pueblo que su autor llegó sucesivamente a tribuno, senador y edil curul en 450 (2). Un siglo más tarde, esta divulgación fué completada en una colección, obra de Sexto Aelio, que fué edil curul, cónsul en 556 y censor. Esta obra, llamada *Jus aelianum* o *Tripartita*, comprende tres partes: el texto de la ley de las XII tablas, su interpretación y los ritos de las acciones de la ley (3).

Después de la publicación del *Jus flavianum*, la ciencia del derecho cesa de ser privilegio de una casta celosa de guardar el secreto. Este fué abierto a todos. Los plebeyos pudieron entregarse, como los patricios, al estudio de las cuestiones nacidas de la práctica de las leyes, y uno de ellos, Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que fué gran pontífice, fué también el primero que dió públicamente consultas sobre derecho. Otros siguieron su ejemplo, y luego fué uso general el tomar en todas las disputas el dictamen de uno o varios jurisconsultos, quienes respondían oralmente o por escrito *(respondere, scribere)*, bien en su morada, bien sobre el foro (4). Los mismos magistrados toman la costumbre de rodearse de un *consilium* compuesto, sobre todo, de prudentes, a los cuales consultaban en cada pleito (5). Los jurisconsultos adquieren así en la sociedad romana un prestigio y una consideración desconocidos entre los demás pueblos de la antigüedad (6). La aptitud natural, y la particular inclinación de los romanos por el Derecho, una organización judicial que hacía que la mayor parte de los ciudadanos

---

31. (1) Cicerón, *De legib.*, II, 19; *Saepe inquit Publii (Scaevolae) filius ex patre audivi pontificem neminem bonum esse nisi quia jus civile cognosset.*

32. (1) Pomponio, L. 2, § 6, D., *de orig. jur.*, I, 2.—Cicerón, *Pro Murena*, 11: *Posset agi lege necne pauci quondam sciebant. Fastos enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur.*—Ad. Tito Livio, IX, 46 [4].

(*) N. del T.—Cneo Flavio, a quien se alude por el autor, era liberto y escriba de Apio Claudio.

(2) Cf. Cicerón, *Pro Murena*, 11.—Plinio, *His. nat.*, XXXIII, 6 [1].—L. 2, § 7, D., *de orig. jur.*, I, 2.—Tito Livio refiere este hecho de una manera diferente (IX, 46 [1 a 5].)

(3) Cicerón, *Pro Murena*, 11.—L. 22, §§ 7 y 38, D., *de orig. jur.*, 1, 2.—Festus, V. *Nota.*

(4) Pomponio, L. 2, § 35, D., *de orig. jur.*, I, 2.—Cicerón, *De oratore*, III, 33. En otro pasaje *(De oratore*, I, 48 [212]), Cicerón resume el papel del jurisconsulto, diciendo que debe ser: *et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum peritus.—Agere*, esto es, llenar la misión de abogado; *cavere*, esto es, redactar los actos jurídicos, componer las fórmula.

(5) Tito Livio, XXXVII, 60 [3].—Cicerón, *Act.* 2.° *in Ver.*, I, 29.—II, 29.

(6) Cicerón, *De oratore*, I, 45. *Brutus*, 42.—L. 2, § 37, D., *de orig. ju.*, I, 2.

podían ser llamados como jueces privados a decidir una disputa, finalmente una especie de jerarquía entre las magistraturas, de modo que el conocimiento del derecho era indispensable para llegar a las más altas funciones (7): he ahí las causas que explican suficientemente el favor de esta ciencia en Roma y el crédito que de gozaban los que en ella se habían distinguido.

33.—Hacia el fin de la República, la autoridad de los prudentes toma una nueva fuerza con la filosofía griega, que, después de una oposición temporal del senado y de los censores (1), fué profesada libremente en Roma. El estoicismo, sobre todo, tiene pronto los más ilustres adeptos entre los romanos, a los cuales agradaba su severa moral, sus elevadas doctrinas, que enseñan a amar la virtud por sí misma. Los jurisconsultos encontraron en él una noción nueva: la de un derecho innato, fundado sobre la razón y superior a las leyes escritas, al *jus* emanado de las prescripciones del legislador (V. núms. 5 y 6, 2, a). Así aprendieron a atemperar por la equidad lo que las lógicas deducciones del derecho civil primitivo podían tener de demasiado rigurosas. Por último, pidieron a la filosofía griega un método más científico, que ejerció una feliz influencia sobre sus trabajos y sobre los de los jurisconsultos del período siguiente.

34.—Por otra parte, por grande que haya sido en esta época el crédito de los jurisconsultos, es necesario no exagerar la fuerza de sus decisiones. No tenían todavía nada de obligatorio, no ligaban al juez, y no formaban de ningún modo una fuente de derecho escrito; pero tenían autoridad moral. Los jurisconsultos dedicados diariamente a la práctica del derecho, interpretando las partes dudosas, deduciendo las consecuencias y respetando la ley, desarrollan y perfeccionan las aplicaciones del mismo. De este modo, las soluciones que acuerdan admitir, *sententiae receptae*, forman una parte importante del derecho no escrito, que no ha recibido nombre especial, como las demás fuentes del derecho, pero que está designada bajo la apelación común de *jus civile* (1).

Entre los más notables jurisconsultos de este período es preciso citar: en el siglo VI, M. Porcio Catón, el censor, y su hijo, apellidado Liciniano; en el siglo VII, P. Rutilio Rufo y el gran pontífice Q. Mucio Scévola, el primero que, utilizando con provecho el método de Aristóteles, ensaya presentar una exposición sistemática de los principios del derecho; después, dos contemporáneos y amigos de Cicerón: C. Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo, célebre por el número y mérito de sus obras, y que tuvo numerosos discípulos (2); nada nos queda de las obras de estos jurisconsultos. Por otra parte, bajo el Imperio principalmente es cuando los escritos de los prudentes elevan la ciencia del derecho romano a su más alto grado de perfección (3).

---

(7) El testimonio de los historiadores y de numerosas inscripciones nos hacen conocer la jerarquía establecida bajo la República y bajo el Imperio, hasta Diocleciano, entre las diferentes magistraturas, para los personajes de procedencia senatorial. Para llegar al *consulado* era necesario haber sido, desde luego, *cuestor*, después *edil* o *tribuno*, después *pretor:* es decir, haberse ocupado sucesivamente del tesoro público, de la administración y de la justicia. Cf. *Corp. inscri. lat.*, VIII, 2.747.—IX, 3.365.

38. (1) Suetonio, *De clar. rhetor.*, §, 1.

34. (1) Pomponio, L. 2, § 12, D., *de orig. jur.*, I, 2: *Est proprium jus civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*—Se dice en el mismo sentido, *Disputatio fori.*—Cf. L. 2, § 5, D., *eod.*—Cicerón. Topic., 14, 19.

(2) Cf. Pomponio, L. 2, §§ 41, 42, 43, D., *de orig. jur.*, I, 2.—Cicerón. *Brutus*, 41, 152 y 153.

(3) N. del T.—Creemos útil consignar que en la relación de jurisconsultos notables de este período deben figurar, al lado de los citados por el autor, en el siglo VI, Q. Mucio, Cincio Alimencio, P. Atilio el *Sapiens*, S. Aelio Peto, que publicó la colección llamada *Tripertita;* P. Cornelio Scipión Nasica, que mereció del Estado la honrosa distinción de que se le concediera una casa donde recibir a los que le consultaban, y Publio, hijo del anterior, notable por su sagacidad.

35.—*El edicto de los magistrados, Jus honorarium.*—A la acción de los jurisconsultos hay que añadir la de los magistrados, y, sobre todo, la de los pretores, que extensamente contribuyeron al progreso del derecho.

Todos los magistrados, cónsules, censores, tribunos, tenían la costumbre de publicar declaraciones o disposiciones que tenían conexión con el ejercicio de sus funciones, llamadas *edicta* (de *edicere*). Entre estos edictos, los únicos que hay que tener en cuenta en el estudio de las fuentes del derecho privado son aquellos que emanan de los magistrados encargados de la jurisdicción civil. En Roma, el más importante es el edicto del pretor. Ya hemos dicho cómo la pretura fué creada en 387 (V. n.º 25). Las relaciones de Roma con los pueblos vecinos, que llegaron a ser más frecuentes después de la conquista de Italia, hicieron precisa, en 507, la creación de un nuevo pretor para las disputas o asuntos entre extranjeros, o entre ciudadanos y extranjeros: éste fué el *praetor peregrinus* (1): el primero toma el nombre de *praetor urbanus*. Más tarde son encargados de otras atribuciones especiales. Pero el edicto del pretor urbano, *edictum urbanum*, y el del pretor peregrino, *edictum peregrinum*, son los únicos que presentan interés desde el punto de vista del derecho privado en general. Es necesario añadir el edicto especial de los ediles curules, *edictum aedilitium*. En las provincias, los edictos de los gobernadores corresponden al edicto del pretor, y los edictos de los cuestores a los de los ediles curules (2).

El conjunto de reglas contenidas en los edictos es llamado unas veces *jus honorarium*, porque emana de los que ocupan funciones públicas, *honores*, por oposición al *jus civile*, obra de los jurisconsultos; otras veces, *jus praetorium*, a causa del preponderante papel que los pretores representaron en su formación.

36.—El pretor publicaba su edicto al principio de su magistratura; es decir, las calendas de enero. Escrito en negro sobre el *album*, que consistía en tablas de madera pintadas en blanco, estaba expuesto a la vista de todos sobre el foro, y las deterioraciones estaban castigadas con una multa (1). El edicto permanecía obligatorio durante todo el año, sin poder ser modificado; por esta razón se le llamaba *annuum* o *perpetuum* (2). Su autoridad terminaba con los poderes de su autor. El pretor siguiente era libre de modificar sus disposiciones; pero, en realidad, había muchas que se transmitían de edicto en edicto; cada pretor, añadiéndole reglas nuevas, conservaba de la obra de sus ante-

---

En el siglo VII, florecieron, además de los mencionados en el texto, M. Manilio, Junio Bruto, P. Mucio Scévola, llamados por Pomponio fundadores del Derecho civil, y Craso Muciano. Que entre los discípulos de Servio Sulpicio Rufo, salidos de la escuela que éste fundó, se cuenta como jurisconsultos notables a Aulo Ofilio, llamado el Triboniano de César, por haber sido consejero del célebre triunviro, y Alfeno Varo, que recopiló y comentó el *jus civile*, emanado de las respuestas de los jurisconsultos, en su obra titulada *Digestorum libri cuadraginta*. Todavía pueden añadirse, como jurisconsultos, Cayo Trebacio Testa, Aulo Cascelio, Quinto Elio Tuberón, C. Elio Galo y también Cicerón, discípulo de Scévola.

35. (1) Lydus, *de magistrat.*, I, 38, 45.

(2) Gayo, I, § 6: *...Jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent: item in edictis aedilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani quaestores habento.*

36. (1) L. 7, pr., D., *de jurisdict.*, II, 1: *Si quis id quod jurisdictionis perpetua causa... in albo... propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est.*

(2) Cicerón, *Act.* 2.ª in Ver., I, 42.—Se han opuesto los *edicta perpetua* a los demás edictos *(edicta repentina)* que los pretores publicaban en el curso de sus funciones, en vista de asuntos especiales. Esta facultad producía abusos, y les fué arrebatada, en 687, por una ley *Cornelia*, que estableció: *ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.*—Cf. Asconius, *In Cicer., Pro Cornel.*, pág. 58. (Orel.)

cesores aquellas cuya utilidad había sido probada por la práctica, y el uso acababa por darles fuerza de ley (3).

Felizmente, la obra del pretor fué ya considerable en la época de Cicerón, y el edicto pretoriano continúa siendo para el Derecho Romano, hasta fin del siglo VIII, un incesante instrumento de progreso. Se ha informado mal sobre el contenido de los primeros edictos. Es probable que el pretor se limitase, desde luego, a asegurar y facilitar la aplicación del *jus civile*. Pero, poco a poco, a medida que las costumbres se modifican, inserta en el edicto las nuevas disposiciones apropiadas a las necesidades sociales. Así es como *ayuda* al derecho civil y le *completa*. Más tarde, él mismo le *corrige:* no abrogando directamente un principio del *jus civile*, puesto que no tenía el derecho de hacer esto, pero sí proponiendo y sancionando, en virtud de su autoridad, una regla más equitativa, que concluyó por prevalecer (4). Esta obra fué realizada con tanto más éxito cuanto que la mayor parte de los pretores eran jurisconsultos eminentes. Casi siempre habían sido cuestores en provincias, habían podido ver de cerca y apreciar las instituciones jurídicas de los demás pueblos. Además, muchas veces publicaron en sus edictos reglas tomadas de las legislaciones extranjeras y, en general, hicieron prevalecer un derecho más extenso y más equitativo, que es llamado *jus honorarium*.

37.—Puede sorprender que los magistrados encargados de aplicar la ley tuvieran también el poder de proponer un derecho nuevo, lo cual parece contrario a nuestro moderno principio de separación de poderes, principio, por otra parte, desconocido de los romanos, así como de todos los pueblos antiguos.

Mas el pretor no tenía el Poder legislativo propiamente dicho. Encargado de proveer a los intereses generales de la justicia, toma, en virtud de su *imperium*, todas las medidas que le parecen propias para asegurar la buena administración. Las disposiciones del edicto, *edicta* (1), que estaban aprobadas por la opinión pública, sobrevivían al pretor que las había propuesto, e insertadas en los edictos siguientes, adquirían con el tiempo la fuerza de una regla consuetudinaria. Aquellas que reprobaba la equidad caían con su autor, cuyas funciones eran anuales, y podían suscitar contra él, por razón de la responsabilidad en que había incurrido, persecuciones, de las cuales el proceso de Verrés suministra el ejemplo más célebre.

---

(3) Cicerón. *De invent. rhet.*, II, 22: *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit... Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consueverunt.*—Ciertos textos llaman *edictum novum* la parte nueva de cada edicto, y *edictum translatitium*, las reglas tomadas de los edictos precedentes.—Cf. Cicerón, *Act.* 2.ª *in Ver.*, I, 44, *in fine* y 45.

(4) Papiniano, L. 7, § 1, D., *de justit.*, I, 1: *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.*—Marciano. L. 8, D., *eod: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.*

37. (1) Se emplea la palabra *edictum* para designar, no solamente el edicto entero, sino también una disposición del edicto, una regla de derecho pretoriano contenida en el edicto: por ejemplo: *edictum de alterutro* (V. n.º 435, A), *edictum Carodnianum* (V. n.º 680). Se dice también, en el mismo sentido: *clausual edicti* (L. 6, pr., D., *de inof. test.*, V, 2).

N. del T.—Sobre los *Edicta* y el *Jus honorarium*, véase Krüger, *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, p. 33.

TERCER PERÍODO

Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo

I.—Advenimiento del Imperio.—"Lex Regia".

38.—Al principio del siglo VIII, la constitución republicana de Roma es reemplazada por una Monarquía absoluta. Después de la batalla de Actium quedó como único señor Octavio, quien reúne en sus manos todos los poderes. Después de haber tomado los títulos de *Imperator* y de *Augustus*, se hace conceder sucesivamente por el pueblo y por el senado, de 723 a 741, el poder *proconsular*, que le da el mando de todos los ejércitos del Imperio; la potestad *tribunicia*, que hace su persona inviolable y le otorga el derecho de *veto* sobre todos los magistrados; la potestad *censorial*, que le permite completar el senado y proceder a su depuración, y, por último, el poder *religioso*, del modo que le tenían los reyes en tiempos pasados. Por otra parte, ninguna de las antiguas magistraturas fué suprimida, y existen, como en tiempos de la República, los cónsules, pretores y tribunos, compañeros del emperador. Asimismo fueron establecidas nuevas dignidades (V. n.º 711).

Después de Augusto, sus sucesores reciben los mismos poderes, no ya por concesiones sucesivas, sino de una sola vez, por efecto de una ley, renovada a cada advenimiento, y denominada *lex regia* o *lex de imperio* (1). Entre otros privilegios, esta ley otorgaba al emperador el derecho de hacer todo lo que él juzgara útil para el bien del Estado; es decir, el poder absoluto. Votada por el senado, dicha ley era en seguida ratificada por el pueblo, sin duda en los comicios por tribus (2).

II.—Fuentes nuevas y progreso del Derecho privado.

39.—Bajo el Imperio, el Derecho continúa progresando hasta la muerte de Alejandro Severo. La costumbre *(diuturna, inveterata consuetudo)* es siempre una fuente activa de derecho no escrito. Los juris-

---

38. (1) Cf. L. 1, § 7, C., *de veter. jur.*, I, 17.—Esta práctica existe desde los primeros siglos, en que una *lex curiata* era necesaria para dar la investidura a los reyes (Cicerón, *De republ.*, II, 13, 17, 18, 20, 21).—Nosotros poseemos en parte, según una tabla de bronce descubierta en 1342, la *lex regia de imperio* que confirió el Poder imperial a Vespasiano (Girad, *Textes*, p. 105).

(2) N. del T.—Por lo expuesto en el texto puede afirmarse que la Constitución republicana se convirtió en Imperio por la concentración de todas las magistraturas en la persona de Augusto. Sin embargo, la dominación imperial no surgió como término opuesto a la República, sino más bien como si se tratara de continuar ésta en oposición a la dictadura cesariana, que había prescindido o suspendido durante varios años los poderes de la Constitución republicana. Todas las instituciones del período republicano subsistieron, aunque modificándose paulatinamente bajo el nuevo régimen. Aunque parezca paradójico, algunos escritores afirman que el gobierno republicano no cesó con Augusto, sino que se perpetuó con él, con la sola diferencia de que la República estuvo gobernada por un magistrado supremo y vitalicio investido de poderes extraordinarios.

Lo característico de la nueva organización es la división de los Poderes entre el senado y el príncipe, razón por la que se ha considerado que el nombre de Dyarkia es el más a propósito para calificar esta forma de gobierno.

Ya se consigna por el autor que el *emperador asumió casi todas las antiguas magistraturas*. Pero lo que no se indica es que para auxiliarle en el desempeño de su cargo se

consultos de este período atestiguan su autoridad (1). En cuanto al derecho escrito, el cambio en la forma de gobierno trae consigo modificaciones en el ejercicio del Poder legislativo.

Aunque los emperadores estaban investidos de un poder absoluto, conservan, durante los primeros años del Imperio, la apariencia de las antiguas formas republicanas, y hacen votar las leyes en los comicios, después de haber sometido los proyectos al senado. No se trata aquí, de ningún modo, de los comicios por curias, representados ya desde largo tiempo por treinta lictores y que no servían más que para la consagración de ciertos actos como las adrogaciones. Es dudoso, por otra parte, que la división del pueblo en clases y centurias haya sido mantenida bajo el Imperio. Si bien la falta de indicios no permite con respecto a este punto más que conjeturas, es probable que los emperadores apelasen sobre todo a los *comicios por tribus*, donde todo el pueblo estaba reunido, y que poco a poco fuese considerada inútil la reunión de los *concilia plebis* (2). Así es como leyes importantes para el derecho privado fueron votadas bajo Augusto; entre otras, las dos leyes *Juliae judiciariae* sobre procedimiento; las leyes *Fufia Caninia*, *Aelia Sentia* y quizá *Junia Norbana*, sobre manumisiones. Con el Poder legislativo, los comicios conservan el poder electoral. Pero, según el testimonio de Tácito, Tiberio les quita la elección de los magistrados para dársela al senado (3). Bajo su reinado, y después de él, votaron todavía las leyes, también bajo Claudio, encontrándose un último vestigio bajo Nerva al fin del siglo I de nuestra era (4). Después cesaron poco a poco de reunirse, sin que ninguna decisión los haya expresamente suprimido. Este desuso se explica, sobre todo, por la extensión dada al derecho de ciudad. Era difícil llegar a hacer votar la ley a todos los ciu-

---

crearon varios funcionarios, como el *Praefectus urbis*, o sea gobernador de la ciudad, que puede considerarse como el lugarteniente en ausencia del emperador, y que reúne a las funciones de los antiguos ediles la jurisdicción criminal en Roma y en el radio de cien millas, y llega a tener después la civil, siendo juez de apelación de los demás Tribunales de la ciudad, incluso el del pretor; el *Praefectus praetorii*, que al principio sólo tuvo funciones puramente militares, pero después tuvo participación en todas las medidas políticas y concurrió a la decisión de los juicios que se sometían al emperador; el *Praefectus annonae*, encargado de la policía de las subsistencias y de juzgar de los delitos a ella referentes; el *Praefectus vigilium*, que cuidaba de evitar los robos e incendios y de castigar a sus autores, y los *Praefecti aerarii*, que reemplazaron a los cuestores en los asuntos de hacienda.

Se crea también el *Consilium Principis* o *Aula Regia*, Consejo compuesto de magistrados, de funcionarios de diferentes clases y de senadores designados primeramente por la suerte y renovados cada seis meses o anualmente, y después elegidos por el príncipe. Estos individuos le seguían aun en campaña, le ayudaban con sus consejos, y se puede decir que participaban con él de la autoridad soberana.

Los funcionarios imperiales se distinguían de los magistrados de la República, no sólo por el origen de su poder, el cual recibían del emperador, que los nombraba, de quien eran meros delegados, y no del pueblo, como los magistrados republicanos, sino también porque, en vez de gozar de la independencia y libertad de estos últimos en el círculo de sus atribuciones, las ejercían con entera subordinación al emperador, bien que a pesar de esto tuvieran algunos cargos el carácter de verdaderas magistraturas.

No exponemos indicación alguna respecto de la suerte de las antiguas magistraturas y de las Asambleas políticas durante el Imperio, por contener las suficientes en cuanto a este punto el texto.

39. (1) Cf. Ulpiano, L. 33, D., *de legib.*, I, 3 y Modestino, L. 40, D., *eod.*

N. del T.—La costumbre, que es la primera fuente que aparece en el orden cronológico, subsiste siempre al lado de las otras fuentes del Derecho, ya sea para completarlas, suplirlas o corregirlas. Pero a medida que toman importancia las demás, cuanto más perfecto sea el Derecho escrito de un país, menos necesidad hay de acudir a la costumbre, la cual, sin embargo, nunca falta. Esto mismo sucedió en Roma en el período de que el autor se ocupa. El Derecho escrito se aumentó notablemente, y fué menos necesario acudir a las reglas consuetudinarias para resolver las cuestiones de Derecho.

(2) A partir de 747, los tribunos no propusieron más las leyes. El emperador, investido de la potestad tribunicia, les retiró, sin duda, este derecho.

(3) Tácito. *An.*, I, 15: *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt.* El sentido de este texto está naturalmente restringido a las elecciones, por el hecho de que todavía hay leyes votadas en los comicios después de Tiberio.

(4) Cf. Gayo, I, § 157.—L. 3, § 1, D., *de termin.*, XLVII, 21.

dadanos que tenían el derecho de sufragio en Roma y en Italia entera: de hecho, los comicios se redujeron a una débil minoría. Además, los emperadores reemplazaron desde luego el voto de los comicios por la resolución del senado; después ellos hicieron directamente la ley. Los *senadoconsultos* y las *constituciones imperiales* suceden, por consiguiente, en este período, a las leyes y a los plebiscitos; de otra parte, el edicto de los magistrados y las respuestas de los prudentes llegaron a hacerse, a partir de Adriano, fuentes del derecho civil.

40.—1. *Senadoconsultos.*—Se ignora en qué época precisa las decisiones del senado adquirieron fuerza legislativa en materia de derecho civil. No parece que se pueda citar, bajo la República, ningún senadoconsulto de este género (1). Pero, bajo el Imperio, cuando las asambleas del pueblo llegaron a ser cada día más raras, se contentaron de hecho con someter los proyectos de ley a la aprobación senatorial. Este procedimiento encuentra alguna resistencia, y Gayo nos enseña que la fuerza legal de los senadoconsultos fué, desde luego, negada (2). Sin duda, por esta razón es por lo que, durante el siglo I de nuestra era, el senado no formula sus decisiones de una manera imperativa; se limita a emitir un dictamen, y apela a la autoridad del pretor para asegurar la observancia. Citaremos como ejemplos: el S. C. *Veleyano*, que prohibe a las mujeres obligarse por otro (3); el S. C. *Macedoniano*, que prohibe prestar dinero a los hijos de familia. Esta incertidumbre desaparece en el siglo II, y, a partir de Adriano hasta el reinado de Septimio Severo, los senadoconsultos reglamentan, con una autoridad que no es rechazada por ningún jurisconsulto, las materias del derecho privado. Tales son los S. C. *Tertuliano* y *Orphiciano* sobre las sucesiones *ab intestato;* el S. C. de Septimio Severo, *oratio Severi*, sobre enajenación de los bienes de los pupilos; el S. C. de Caracalla, *oratio Antonini*, sobre las donaciones entre esposos (4).

El voto del senado no es, por otra parte, bajo el Imperio, más que una simple formalidad. Los senadores llegaron a ser los servidores dóciles del emperador, quien, armado de los poderes confiados en tiempos pasados a los censores, los escoge a su voluntad. Las proposiciones podían ser hechas por los cónsules o por el emperador. Pero, después de Adriano, nadie más que el emperador es quien usa de este derecho. Cuando emana de la iniciativa imperial, el proyecto es expuesto en un discurso, *oratio*, leído por un mandatario, *candidatus principis*. Precede siempre al voto una relación que ratifica el proyecto. Además, los jurisconsultos se sirven frecuentemente de las expresiones *oratio principis*, para designar el senadoconsulto, que no ha hecho más que confirmar la voluntad del emperador. Así dicen: *oratio Severi* (V. n.º 116, 2); *oratio Antonini* (V. n.º 431, 3).

41.—*Las Constituciones imperiales.*—Después de Septimio Severo, los senadoconsultos, que llegaron a ser cada día más raros, cesan

---

40. (1) Es verdad que Cicerón cita ya los senadoconsultos entre las fuentes del Derecho (*Topic.*, 5); pero su enumeración se refiere a la vez al derecho público y al derecho privado.

(2) Gayo, I, § 4: *Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit idque vicem legis absitnet, quamvis fuerit quaesitum.*

(3) He aquí lo dispositivo del S. C. Veleyano, cuyo texto es referido por Ulpiano, L. 2, § 1, D., *ad S. C. Velleianum.* XVI, 1: *...Arbitrari senatum recte adque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederunt operam ut in ea re senatus voluntas servetur.*

(4) Los senadoconsultos son designados, en general, por el nombre del cónsul o del emperador autor del proyecto, con la desinencia *ianum; S. C. Neronianum*, propuesto por Nerón (Gayo, II, § 197). Mas este uso no es absoluto. Hay algunos que no tienen nombre en los textos; tal es el S. C. propuesto por Adriano, y que los comentaristas llaman *Juventianum* (V. n.º 775, nota 2). Otros son calificados por su objeto. Por último, el *S. C. Macedonianum* es así llamado del nombre de un particular, *Macedo* (L. 1, pr., D., *de S. C. Maced.*, XIV, 6).

completamente de nutrir el derecho privado. Ceden el lugar a las *Constituciones imperiales*, es decir, a las decisiones emanadas del emperador.

Las Constituciones más antiguas insertas en las compilaciones de Justiniano datan de Adriano. Pero nos parece cierto, aunque haya sido discutido, que Augusto y sus sucesores tuvieron también el poder de publicar Constituciones obteniendo fuerza de ley, ya que la *lex del imperio* les confería el derecho. Los jurisconsultos lo afirman (1) y los textos suministran la prueba (2). Sin embargo, los primeros emperadores usaron raramente de esta prerrogativa, e hicieron, sobre todo, aprobar los proyectos de leyes por el senado. Después, esta formalidad acabó por ser desatendida, y las Constituciones imperiales reemplazaron insensiblemente a los senadoconsultos.

Todas las Constituciones no tienen el mismo carácter. Se distinguen tres clases: a) Los *edicta*, verdaderos edictos publicados por el emperador, en calidad de magistrado, teniendo el *jus edicendi*. Contenían, en general, las reglas de derecho aplicables a todo el Imperio.—b) Los *decreta*, decisiones judiciales dadas por el emperador en las causas sometidas a su jurisdicción, en primera instancia o en apelación.—c) Los *rescripta*, consultas dadas bajo forma de carta a un magistrado *(epistola)* o de nota escrita debajo de la demanda de un particular *(subscriptio)*. Son numerosos en este período a partir de Adriano.

Pueden asimilarse a las Constituciones los *mandata*, instrucciones dirigidas por el príncipe a los funcionarios, gobernadores de provincia, sobre cuestiones de administración, que contenían alguna vez reglas de derecho privado (3).

Es probable que la fuerza obligatoria de los *edicta* fuese desde luego limitada a la vida de su autor. Así es como frecuentemente los edictos de un príncipe fueron renovados por sus sucesores (4). Pero acabaron más tarde por conservar su autoridad, en tanto que no habían sido objeto de una revocación especial.

En cuanto a los *decreta* y a los *rescripta*, existían los que aplicaban simplemente el derecho existente y permanecían sin influencia sobre su desarrollo. Los demás no tenían más que un carácter personal, un efecto restringido a un caso particular: cuando otorgaban un favor o aplicaban una pena (5). Sólo podían tener fuerza de ley los que contenían reglas nuevas. Su extensión era general cuando tal había sido la voluntad del emperador; en tal caso, estaban publicados y fijados (6).

El emperador no redactaba sólo las Constituciones imperiales. Lo mismo que los magistrados, bajo la República, se rodeaban de jurisconsultos de quienes tomaban parecer, de igual modo el emperador tenía un *Consejo*, que presidía, en su ausencia, el prefecto del pretorio, y que

---

41. (1) Gayo, I, § 5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit: nec umquam dubitatum est quid in legis vicen obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*—Ulpiano, L. 1, pr., D., de constitut., I, 4: *Quod principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*—Cf. Pomponio, L. 2, § 11, *de orig. jur*, I, 2.

(2) Cf. Ulpiano, L. 2, pr., D., *ad S. C. Velleian.*, XVI, I (V. nota 4).—I, pr., *quib non est permis.*, II, 12.—§ 4, *de vulg. substit.*, II, 15.—§ 1, *De fideic. hered.*, II, 23.

(3) Se encuentran ejemplos en la L. 65, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2 y en la L. 1, pr., D., *de testam. milit.*, XXIX, 1.

(4) Tales son los edictos de Augusto y de Claudio que han precedido al S. C. Velleiano, Ulpiano, L. 2, pr., D., *ad S. C. Velleian.*, XVI, I: *Et primun quidem temporibus divi Augusti mox deinde Claudii, edilis eorum erat interdictum ne feminae pro viris suis intercederent.*

(5) I, § 6, *de jur. nat.*, I, 2 ... *Quaedam sunt personales... nam quod alicui ob merita indulsit (princeps), vel si cui paenam irrogavit, vel si cui sine exemplo suvenit, personam non egreditur.*

(6) Esto es lo que resulta de una Constitución del emperador Gordiano, del año 238, descubierta en 1868. (Cf. Girad, *Textes*, p. 205.)

estaba compuesto de senadores y de caballeros, todos versados en la ciencia del Derecho. Los proyectos de leyes eran frecuentemente elaborados por este Consejo; además, la influencia de las Constituciones imperiales ha sido tal, que ellas, lo mismo en los más afortunados príncipes que en los más desgraciados, han contribuído al progreso del Derecho (7).

42.—III. *El derecho honorario.—Edicto de Salvio Juliano.*—Desde el principio del Imperio, el derecho honorario alcanzó todo su desarrollo; la obra de los pretores concluye al final del siglo I de nuestra era, y sus edictos ya no se hacen notar por ninguna reforma importante. Además, el emperador Adriano quiere fijar y codificar los principios del derecho pretoriano. Salvio Juliano, uno de los más ilustres jurisconsultos de la época, fué encargado de esta misión. Reúne en un solo cuerpo las reglas publicadas cada año por el pretor urbano y los ediles curules (1). Después, su obra fué ratificada por un senadoconsulto. Éste fué el *edictum perpetuum* por excelencia, el que, en lo sucesivo, se cuenta entre las fuentes de derecho escrito, pero sin que el *jus honorarium* se confundiese, sin embargo, con el *jus civile*.

Mucho se ha discutido sobre el alcance de este trabajo. Dos puntos solamente parecen ciertos: la inspiración de Adriano y la aprobación del senado (2). Mas no parece, si bien se ha pretendido, que este senadoconsulto haya retirado oficialmente a los magistrados el derecho de publicar edictos. En efecto, Gayo, que escribe después del reinado de Adriano, atestigua que, en su tiempo, los magistrados tenían todavía el *jus edicendi*. De otra parte, multitud de textos parecen demostrar que usaban de este derecho, si bien no podían modificar la composición en lo sucesivo fijada para el edicto perpetuo, aunque alguna vez era añadido con reglas nuevas, *edicta nova* (3). Pero estas adiciones fueron en realidad muy raras, porque la autoridad y las atribuciones de los pretores se disminuyeron hacia el fin de este período. Los más importantes poderes de ellos pasan a los nuevos funcionarios creados por los emperadores: al prefecto de la ciudad y al prefecto del pretorio (4).

El edicto perpetuo fué comentado por muchos jurisconsultos, especialmente por Paulo y Ulpiano. El mismo texto del edicto no ha llegado hasta nosotros; pero numerosos fragmentos de comentarios acerca del mismo, insertos en el Digesto de Justiniano, han movido a realizar ensayos de restitución, y han permitido reconstituir el plan y las principales disposiciones (5).

---

(7) Cf. Lampride, *Alex. Sev.*, § 15.—Spartien, *Hadrien*, § 17.—Capitolin, *Antonin le Pieux*, § 12.—L. 17, pr., D., *de jur. patron.*, XXXVII, 14.—D., *de of. asses*, I, 22.

42. (1) Este trabajo de codificación se extendió con sus consecuencias: 1.°, al edicto del pretor peregrino; 2.°, a los edictos provinciales, que estaban reducidos a un tipo único, el *edictum provinciale* (?). Estas son las cuestiones controvertidas y difíciles de resolver por falta de documentos.

(2) Constit. *Tanta*, § 18 ... *Divus Hadrianus in compositione edicti et in senatusconsulto quod eam seculum est...*

(3) Cf. L. 3, D., *de conjug. cum emonc.*, XXXVII, 8.—L. 1, § 13, D., *de ventr. in pos. mit.*, XXXVII, 9.—Gayo, I, § 6.

(4) El prefecto del pretorio publicaba edictos, cuya autoridad está reconocida por Alejandro Severo (L. 2, C., *de of. præf. præt.*, I, 26), pero que no tenían influencia sobre el derecho.

(5) Se hace preciso citar la obra de Rudorff, en 1869. Pero el trabajo más importante es la obra de Lenel: *Das edictum perpetuum*, 1883. M. Peltier ha dado una traducción francesa, en dos volúmenes (1900-1903), sobre un texto manejado por el autor, habiendo él mismo publicado (1907) una segunda edición alemana revisada y corregida. Según Lenel, el edicto se compone de cuatro partes y dos apéndices, según el orden siguiente: I. *Introducción de la instancia hasta la litiscontestatio*. II. *Medios de derecho que emanan de la ley*. III. *Medios de derecho que emanan del imperium*. IV. *Ejecución y recursos de casación*. V. *Apéndices: Interdictos, excepciones, estipulaciones pretorianas*. VI. *Edicto de los ediles*. Nuestras citas se refieren a la traducción de M. Peltier.

N. del T.—Conveniente es hacer constar que la compilación de Salvio Juliano, si por una parte fué de algún provecho para la aplicación práctica de las leyes, se convirtió por

43.—*Los dictámenes de los jurisconsultos.—Responsa prudentium.*— La consideración de que gozaban los jurisconsultos no hizo más que progresar con el Imperio. Sus respuestas adquieren fuerza de ley bajo el reinado de Adriano, y llegan a constituir una fuente importante del derecho escrito. Veamos cómo se realiza esta innovación y cuál fué su alcance.

Llegado Augusto al Imperio, quiso encontrar el apoyo de los jurisconsultos, confiriendo un carácter oficial a las respuestas de algunos de ellos. Antes de él, la facultad de dar consultas, *respondere de jure*, no estaba de ningún modo otorgada por los Poderes públicos. Cualquiera que tenía confianza en su propia ciencia podía consagrarse a esta tarea. Él hizo, el primero, del *jus publice respondendi* el objeto de una concesión especial. Aquellos que obtenían este derecho respondían en virtud de la autorización expresa del emperador. Los sucesores de Augusto continuaron otorgando este privilegio honorífico, que concedían a los que de él estaban investidos. Mas es necesario no exagerar su importancia: las respuestas de los jurisconsultos oficiales no tenían todavía fuerza de ley. Sin duda están rodeadas de ciertas formalidades; deben ser dadas *por escrito y selladas*, en garantía de autenticidad. Pero no ligaban al juez, y Pomponio nos dice que su autoridad se halla aumentada con el crédito de sus autores (1). De otra parte, los jurisconsultos no autorizados no perdieron de ningún modo el derecho de dar consultas al público. Labeón, que menosprecia los adelantos de Augusto y rehusa de él el consulado, no fué ciertamente honrado del *jus publice respondendi*, y, no obstante, Aulo Gelio atestigua que daba frecuentes consultas sobre el derecho (2). De este modo, había, a partir de Augusto, dos clases de jurisconsultos: los que habían obtenido del emperador el *jus respondendi*, lo que les daba más crédito, y aquellos a los que no había sido otorgado este beneficio, pero que, no menos, continuaban respondiendo a quienes les consultaban sobre el derecho. Los dictámenes de unos y de otros no tenían nada de obligatorio.

Adriano no suprimió la concesión del *jus publice respondendi* (3). Mas, hacia el fin de su reinado, toma una medida importante, que nos es referida por Gayo. Resuelve que los dictámenes de los jurisconsultos oficiales tendrán fuerza de ley cuando estén de acuerdo. Desde entonces fué exacto decir de estos jurisconsultos que tenían la facultad de hacer la ley, *permissio jura condendi* (4). Para comprobar el acuerdo exi-

---

otra en obstáculo para el progresivo desarrollo del Derecho, toda vez que, habiendo perdido los pretores la facultad de modificar el edicto, faltó con ello uno de los medios más poderosos de adaptación del edicto a las necesidades siempre nuevas de la práctica.

En cuanto a los trabajos de restitución, es preciso consignar que el mismo Otón Lenel ha dirigido la edición del *Edicto perpetuo* en la séptima edición de las *Fontes*, de Bruns, páginas 211-238. Asimismo es muy recomendable la edición de Girad en sus *Textes de droit romain* (París, 1895), págs. 117-144.

43. (1) L. 2, § 49 (47), D., *de orig. jur.*, I, 2 ... *Primus Divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderen...*

(2) Aulo Gelio, *Noches at.*, XIII, 10.—Cf. en el mismo sentido: Ulpiano, L. 1, § 3, D., *de postul.*, III, 1.—Suetonio, *Caligula*, 34.

(3) Es verdad que ciertos autores sostienen lo contrario, apoyándose en un rescripto bastante oscuro citado por Pomponio (L. 2, § 49 (47), D., *de orig. jur.*, I, 2). Pero este rescripto no habla de suprimir la concesión oficial del *jus publice respondendi*, y lo que prueba que ella ha persistido es que, bajo Diocleciano, un jurisconsulto, Inocencio, obtiene todavía la νομοθετική δύναμις (Eunapio, *Vie de Chrysantius*).

(4) Gayo, I, § 7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opintones eorum quibus permissum est jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto Divi Hadriani significatur.*—Cf. I, § 8, *de jur. nat.*, I, 2.

N. del T.—El anterior texto de Gayo no puede menos de calificarse de extraño; en primer lugar, llama la atención que se defina las *responsa* diciendo que son *sententias et opiniones*, porque semejantes expresiones no pueden entenderse ni exclusiva ni aun principalmente como consultas libradas con ocasión de un pleito. ¿Cómo explicarse, sobre todo,

gido por Adriano, parece natural admitir que se presumía en favor de la parte que justificase tener en su provecho el dictamen de dos o más jurisconsultos oficiales, en tanto que el adversario no citara una autoridad contraria. Más tarde se da a las palabras *responsa prudentium* una significación más extensa; se comprende en ellas, con los dictámenes contenidos en las respuestas propiamente dichas, las opiniones de los jurisconsultos consignadas en sus obras. Esta extensión se hizo, sobre todo, necesaria cuando en la decadencia del derecho llegó a ser ya rara la concesión del *jus publice respondendi*. y cuando, en defecto de jurisconsultos dignos de este nombre, hubo necesidad de recurrir a las obras de los que habían ilustrado los primeros siglos del Imperio (5).

44.—La clasificación de *época clásica* es aplicada, en general, al período que se extiende de Augusto a la muerte de Alejandro Severo, y de una manera más especial a los reinados de los *Antoninos* y de los *Severos;* es decir, al siglo II y a los primeros años del III de nuestra era. Porque es entonces cuando los jurisconsultos romanos han llevado la ciencia del Derecho a su apogeo y han demostrado en sus escritos esa unión perfecta entre la teoría y la práctica, esa precisión de lenguaje, esas cualidades de análisis y de deducción lógica que de ningún modo han sido sobrepujadas.

El estudio del derecho levantó cuestiones delicadas, y en todos tiempos dió lugar a disidencias entre los jurisconsultos romanos. Bajo el reinado de Augusto, estas divergencias de opiniones motivaron la formación de dos escuelas o sectas bien distintas: los *Proculeyanos* y los *Sabinianos*. Esta división se remonta a dos jurisconsultos igualmente célebres: Antisio Labeón y Ateyo Capiton. El primero, enemigo declarado de la autocracia imperial y fiel a las instituciones republicanas, rehusa las dignidades que le ofreció Augusto, y muestra en el dominio del derecho la misma independencia. Imbuído de los principios de la filosofía estoica, emplea en sus razonamientos una lógica inflexible.

---

que Gayo declare que si todos los *juris auctoris* están de acuerdo su opinión tiene fuerza de ley? Pudiera creerse que cayendo en cierta confusión, Gayo no ha distinguido la autoridad de la *communis opinio* a propósito de una regla de Derecho, *communis opinio*, que, como el *jus civile* del período anterior, tiene fuerza de ley *(legis vicem)* y la fuerza obligatoria de las *responsa* de los jurisconsultos privilegiados.

Es preciso admitir que el juez al cual se sometían las respuestas contradictorias no estaba obligado a seguir ninguna de ellas. Asimismo el influjo que los juristas tenían sobre la formación del derecho, y que estaba en otros tiempos en razón directa de su valer personal, no dependía más que de la concesión del privilegio imperial, fuera esto o no una consecuencia del rescripto de Adriano: tenido antes por todos sin distinción, no pertenecía más que a los jurisconsultos privilegiados, a los cuales se reservaba con preferencia el título de *juris auctoris*. A éstos es a quienes, al parecer, se aplicaba en lo sucesivo, como título oficial, la calificación de *juris consultus*. Véase sobre la materia P. Krüger, *Historia, fuentes*, etc.

(5) Según ciertos autores, las *responsa prudentium*, consideradas como fuente del derecho escrito, comprendían solamente las obras de los jurisconsultos que habían recibido fuerza de ley después de la muerte de sus autores en virtud de Constituciones imperiales. Estos jurisconsultos eran llamados a tener la *permissio jura condendi*, privilegio distinto del *jus publice respondendi*. Mas este sistema es arbitrario, porque no se encuentra Constitución dando fuerza de ley a los escritos de un jurisconsulto fallecido. Ello es contrario al texto de Gayo (I, § 7), que dice *sententiae et opiniones*. Por último, obliga a decir que Justiniano ha hecho una confusión asimilando la *permissio jura condendi* y el *jus publice respondendi* (Cf. I, § 8, *de jure natur.*, I, 2); asimilación que, para nosotros, es, al contrario, perfectamente exacta.

N. del T.—Conviene no olvidar que los jurisconsultos romanos fueron también grandes maestros, y que bajo el Imperio se llegó hasta abrir escuelas permanentes *(stationes)*, donde el maestro exponía las varias doctrinas o planteaba controversias jurídicas a las que respondían los discípulos. Cf. Bodin, *Les réponses des prudents considerées comme source de droit*. Paris, 1859.—Du Caurroy, *Sur l'autorité des anciens jurisconsultes de Rome*, Themis, II, 12.—Flach, *L'enseignement du droit chez les romains*. Estrasburgo, 1873.—Rossi, *Dell' autorità dei responsa prudentium*. Siena, 1886.—Ferrini, *Fonti*, página 55.—Landucci, *Storia*, I, párrafos 26 y siguientes.—Padelletti-Cogliolo, *Storia*, páginas 417 y siguientes.

Agregado al sentido de las palabras, y en averiguación de la etimología, sin preocuparse de la opinión de los antiguos, deduce rigurosamente sus soluciones de los principios, aun a riesgo de pasar por innovador. El otro, favorito del emperador, fué colmado de gracias por Augusto. Rebelde a las doctrinas filosóficas y partidario de la autoridad en derecho como en política, permanece fiel a las tradiciones de los jurisconsultos que le han precedido, y se deja guiar por sus antecesores (1).

Hasta el fin del reinado de Adriano tuvieron discípulos que permanecieron separados, si no en política, al menos por sus disidencias sobre un cierto número de cuestiones de Derecho. A Labeón suceden Nerva, Próculo, que da su nombre a la escuela de los proculeyanos; Pegaso, Celso, padre e hijo; Neracio. Tras Capiton vienen Masurio Sabino, el más célebre de los jurisconsultos de la escuela sabiniana, que le presta su nombre; Casio Longino, Javoleno Prisco, Salvio Juliano, el autor del edicto perpetuo (2). Mas estos jurisconsultos no sacrificaron jamás el interés de la ciencia del Derecho a un espíritu estrecho de rivalidad. Citan siempre con consideración las soluciones de sus adversarios y no titubean en abandonar la opinión de su escuela cuando la encuentran contraria a la verdad (3).

La distinción de las dos sectas se prolonga hasta mediados del siglo II de nuestra era. Bajo Antonino el Piadoso, Pomponio, por medio del Digesto, nos ha conservado un fragmento importante sobre la historia del Derecho Romano (4); es considerado como sabiniano, y Gayo, que ha visto el principio del reinado de Marco Aurelio, profesa todavía las opiniones sabinianas (5). Pero después de él se borra completamente la distinción, y los grandes jurisconsultos que se suceden hasta la muerte de Alejandro Severo no pertenecen a ninguna escuela.

Entre los más célebres es necesario citar, bajo Marco Aurelio, Marcelo y Cervidio Scévola. Un poco más tarde, al fin del siglo II, vivió Papiniano, que los antiguos y modernos le han considerado como el príncipe de los jurisconsultos romanos. Fué amigo de Septimio Severo. Prefecto del pretorio en 205, pereció asesinado en 212 por orden de Caracalla. El Digesto contiene numerosos fragmentos de sus obras, ninguna de las cuales ha llegado a nosotros. Paulo y Ulpiano, más jóvenes que Papiniano, le sobreviven después de haber sido sus rivales, y llegan a prefectos del pretorio, bajo Alejandro Severo. Ulpiano tiene por contemporáneo a Marciano, y por discípulo a Modestino, quien vivió a mediados del siglo III y fué el último gran jurisconsulto de la época clásica (6).

---

44. (1) En este sentido, Pomponio, L. 2, § 47, D., *de orig. jur.*, I, 2: *Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his quae ei tradita fuerunt perseverabat: Labeo Fingenti qualitate et fiducia doctrinae, qui et caeteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.* Cf. Aulo Gelio, *Noches at.*, XIII, 12.—Tácito, *An.*, III, 75.—Las controversias que nosotros conocemos entre sabinianos y proculeyanos jamás justifican, aunque se haya pretendido lo contrario, la afirmación de Pomponio. Algunas solamente no revelan por cada escuela ninguna tendencia bien caracterizada.

(2) Los *proculeyanos* son también llamados *pegasianos*, del nombre de *Pegaso*, y los *sabinianos, casianos*, del nombre de *Casio Longino*.

(3) Cf. L. 3, D., *de usufr. ear rer.*, VII, 5.—L. 9, § 13 y L. 11, D., *de hered instit.*, XXVIII, 5.

(4) L. 2, D., *de origine juris*, I, 2.

(5) Gayo dice de los sabinianos: *Nostri praeceptores*, y para designar los proculeyanos *Diversae Scholae auctores*.—Cf. I, § 196.—II, §§ 15, 37, 79, 195, 200, 217 a 223, 231, 244.—III, §§ 87, 98, 141, 161, 167, 168, 178.—IV, §§ 78, 79, 114.

(6) Nosotros nos conformamos al uso de afrancesar los nombres de ciertos jurisconsultos, tales como Papinien, Paul, Ulpien. Pero será seguramente más lógico conservar a todos sus verdaderos nombres y decir Papinianus, Paulus, Ulpianus, como se dice Proculus, Javolenus, Pomponius.

N. del T.—Conservamos y reproducimos la anterior nota del autor para ser fieles a

CUARTO PERÍODO

De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano.

I.—Decadencia del Derecho.—Ley de Citas.

45.—Después de la muerte de Alejandro Severo comienza el período del Bajo Imperio, que se extiende hasta el reinado de Justiniano. Las guerras civiles, las luchas de los pretendientes al Trono, las invasiones de los bárbaros, acaban poco a poco la completa desorganización de la sociedad romana. En la multitud de emperadores que se sucede durante tres siglos hay algunos que, por su habilidad y su firmeza, detienen un instante este lento trabajo de disolución y dan al Imperio una apariencia de solidez. Pero no por ello estaba menos condenado a perecer. Con Constantino, el Cristianismo llega a ser la religión oficial, y la sede del Gobierno es trasladada de Roma a Constantinopla. Desde entonces la unidad del Imperio no podía subsistir largo tiempo. Después de la muerte de Teodosio I, se divide en dos partes: el Occidente y el Oriente. El Imperio de Occidente desaparece en 476, invadido por los bárbaros. El Imperio de Oriente, estrechado cada día por sus ataques, vuelve a encontrar en 535, con Justiniano, algunos años de prosperidad. Gracias al mérito de sus generales, este príncipe reconquista Italia y África y reúne por última vez bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas. Pero pronto la Italia vuelve a caer en poder de los bárbaros, y después de la muerte de Justiniano el Imperio de Oriente no es más que un Imperio griego.

46.—En medio de estas revoluciones, ¿qué es del Derecho Romano? Las antiguas fuentes están casi todas agotadas; no se habla de leyes, de plebiscitos, ni de senadoconsultos. Los pretores no conservan casi nada de sus antiguas atribuciones (V. n.º 42). Quedan la *costumbre*, que ha conservado el poder de crear reglas obligatorias (1), y las *constituciones imperiales*, que llegan a ser una fuente, cada vez más activa, de derecho privado. En este período, los rescriptos son ya raros y su autoridad recibe importantes restricciones a partir de Constantino (2). Las Constituciones son publicadas, sobre todo bajo forma de edictos,

---

original, aunque, como fácil es de comprender, tal nota no tiene aplicación en una traducción española.

Sobre el punto tratado, es de utilidad consultar a Landucci, *Storia* I, párrafo 51.—Brini, *Delle due sette dei giureconsulti romani*. Bolonia, 1890.—Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*. Florencia, 1898, y Brugi, en el *Archivio giuridico*. XVII, n. s. III, 164.

Conviene afirmar que la disidencia entre las dos escuelas o sectas no se reflejaba sólo en el terreno teórico o de los escritos jurídicos, sino que alcanzaba, reflejándose también en ella, a la enseñanza. Por de pronto, ya el autor consigna en su nota 5 que Gayo calificaba en diversas ocasiones a los sabinianos de *nostri praeceptores*. Resta saber si es posible enlazar con la existencia de las dos escuelas el aserto de Aulo Gelio, según el cual había en Roma, en el siglo II después de J. C., *stationes jus publice docentium aut respondentium*. Si así fuese, las dos escuelas de sabinianos y proculeyanos habrían sido verdaderos establecimientos de enseñanza.

Ignoramos también a qué escuela pertenecían los contemporáneos de los jefes de escuela enumerados por Pomponio. De todas suertes, parece la cuestión bastante ociosa, dado el estado de los actuales conocimientos acerca de la división de las dos escuelas.

46. (1) Constantino parece haber quitado a la *costumbre* el poder de abrogar una regla de derecho escrito (L. 2, C., *quae sit longa consuet.*, VIII, 53 a 319). Pero su fuerza creadora está todavía atestiguada por Justiniano (I, § 9, *de jure nat.*, I, 2).

(2) Cf. Constantin., L. 2, C. Th., *de div. reser.*, I, 2, an. 315.—Arcadio y Honorio, L. 11, C. Th., *eod* an. 398.—Justiniano, L. 12, C., *de legib.*, I, 14 an. 529.

leyes edictales, y se hallan en un número considerable; pues una sociedad nueva sucede a la antigua, las costumbres cambian y la legislación se transforma. Desgraciadamente, cualquiera que fuese el mérito de las nuevas teorías proyectadas por las Constituciones no sufrieron más la influencia de los prudentes. Las decisiones se multiplican sobre los puntos de detalle a riesgo de contradecirse; fué preciso el genio de un Papiniano para coordinarlas y combinarlas en la práctica con las reglas antiguas. Mas la ciencia del Derecho había caído en una profunda decadencia (3). Es que la jurisprudencia ha cesado de ser la principal preocupación de los espíritus. La actividad intelectual se concentra en lo sucesivo sobre las cuestiones religiosas y las controversias teológicas.

47.—Durante este abandono de toda investigación científica, la ignorancia de los jueces, deseosa de llegar a una rápida solución de los pleitos, encontró, sobre todo, un precioso recurso en las obras de los grandes jurisconsultos, las que suministraban un cuadro casi completo de la legislación. Mas la misma multiplicidad de estos escritos, sus numerosas disidencias complicaban singularmente las averiguaciones: los emperadores comprendieron la necesidad de una reforma (1).

Constantino busca el primero la manera de disminuir el número de obras a consultar, invalidando los escritos especiales, cuyas divergencias eran tanto más propias a causar la confusión, cuanto que sus autores gozaban de una mayor autoridad. En el año 321 quita de este modo toda fuerza a las notas que Paulo y Ulpiano habían escrito sobre Papiniano (2). El ejemplo dado por Constantino fué seguido, y la última palabra de estas medidas se encuentra en una célebre Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, publicada en 426, y conocida bajo el nombre de *Ley de citas* (3). Esta Constitución confirma desde luego la autoridad de los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Da por primera vez la misma fuerza a los escritos de Gayo, que no tenía el *jus publice respondendi*. Por último, reconoce el mismo valor a los escritos de los jurisconsultos citados por los cinco precedentes, tales como Scévola, Sabino, Juliano, Marcelo y otros, a condición, sin embargo, de que la exactitud del texto de sus obras fuese comprobada por la

---

(3) Ammien Marcellin., XXX, 4.—Mamertin.—*Gret. act. ad Jul.*, 20.

47. (1) N. del T.—Indudablemente, la facultad de responder oficialmente a las cuestiones de Derecho no pudo subsistir por más tiempo, dado que, menoscabadas las condiciones que a tanta altura habían mantenido la ciencia del Derecho en Roma, debía necesariamente menguar y casi anularse con el tiempo la autoridad de los jurisconsultos, que fué pasando insensiblemente a manos del príncipe, conforme al espíritu del despotismo que había invadido todas las instituciones. A la potestad imperial, una vez establecida la Monarquía absoluta, era natural correspondiese, no tan sólo crear la ley, sino también interpretarla. Ya Justiniano (C. 12, § 5, C., *de legibus et constit.*, I, 14), dice: *...tam conditor quam interpres legum, solus imperator juste existimabitur.* Por ello los pareceres imperiales, principalmente los consignados en los rescriptos, sustituyeron a la interpretación científica, la decrepitud de la jurisprudencia acrecentó la veneración a los escritos de los jurisconsultos de los tiempos precedentes, volviendo la vista a las glorias pasadas, puesto que faltaban en la época presente. No encontrando los jueces fundamento para sus resoluciones en los jurisconsultos contemporáneos, a fin de fijar de alguna manera la pública opinión, recurrieron a las obras de los jurisconsultos antiguos, y a ellas se atuvieron en sus decisiones. Pero este modo de proceder dió lugar a que se prescindiera de todo examen personal y razonado, porque siendo las obras de los jurisconsultos clásicos muchas y a veces discordantes, no pesaban ni apreciaban los jueces los motivos que determinaban sus decisiones, resultando que se citaban y alegaban las opiniones de los jurisconsultos contenidas en sus obras sin medirlas ni entenderlas bien. Este método, a todas luces deplorable, dio lugar a las medidas legislativas que se indican en el texto.

(2) L. 1, C. Th., *De responsa prud.*, I, 4: *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenti laudem sec antur, non tam corrigere eum quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus.*—Un texto de Justiniano (L. 1, § 6, C., *de vet. ur.*, I, 17), prueba que otra Constitución que no ha sido hallada invalidaba también las notas de Marciano sobre Papiniano.

(3) La ley de Citas se halla inserta en el Código Teodosiano: L. 3, *de responsa prud.*, I, 4.

comparación de los manuscritos (4). Si todos estos jurisconsultos están en desacuerdo, la opinión de la mayoría es la que vence. En caso de división, la opinión de Papiniano es la preponderante, y si él no se ha pronunciado sobre la cuestión, el juez escoge la solución que prefiere. Las notas de Paulo y de Ulpiano sobre Papiniano quedan invalidadas. De este modo, de ninguna manera había de tener en cuenta el juez el valor intrínseco de cada opinión; su línea de conducta está toda trazada: hace cuentas, no aprecia. Estas disposiciones fueron felizmente derogadas por Justiniano, el que quiso, con razón, que fueran aprovechadas para sus trabajos las obras de todos los jurisconsultos a los que había sido concedido el *jus publice respondendi*, y lo mismo las notas de Paulo, de Ulpiano y de Marciano sobre Papiniano (L. 1. §§ 4 y 6. C. *de vet. jur.* I, 17) (5).

II.—Trabajos de codificación anteriores a Justiniano.

48.—A las reglas de derecho clásico desarrolladas en los escritos de los jurisconsultos, las Constituciones imperiales, cuyo número iba continuamente en aumento, añadían sin cesar reglas nuevas. Formaban toda una legislación, que designaban con el nombre de *leges*, por oposición al *jus*, es decir, al Derecho procedente de todas las otras fuentes (1). Bien pronto se hizo sentir la necesidad de reunirlas para hacer colecciones. Estos trabajos están destinados a clasificar las Constituciones y las otras partes del Derecho, llevándolas con mayor facilidad a conocimiento del público, que ante todo distingue este período, y que después de haber llegado a ensayos de codificación más o menos imperfectos sólo fueron llevados a buen fin bajo Justiniano.

1. *Código Gregoriano* y *Código Hermogeniano*.—Las primeras colecciones de las Constituciones, designadas bajo el nombre de *Códigos*, tuvieron un carácter privado, siendo obra de dos jurisconsultos de quienes apenas se sabe nada, y que se llamaron, el uno Gregorianus o Gregorius, y el otro Hermogenianus o Hermógenes.—El *Código Gregoriano*, publicado bajo el reinado de Diocleciano, contiene una serie de Constituciones desde Septimio Severo hasta Diocleciano. La más antigua que hemos logrado es del año 196; la más reciente, del año 295. Está dividida en libros y en títulos. El *Código Hermogeniano* parece ser el complemento del anterior, al cual sigue. Sólo está dividido en títulos, reuniendo Constituciones desde Diocleciano hasta Valentiniano I, desde 291 hasta 365.

2. *Código Teodosiano*.—En 429, Teodosio II concibió el proyecto de un trabajo oficial legislativo. Una Comisión de ocho miembros fué encargada de reunir y clasificar todas las Constituciones imperiales desde Constantino y de reunir además una colección conteniendo extractos de trabajos de jurisconsultos. Este trabajo, pues, debía de pro-

(4) Tal parece ser el sentido más natural de esta ley, que ha sido diversamente interpretada a causa de su oscuridad. He aquí, por otra parte, el texto: *Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur...*

(5) N. del T.—La disposición de Teodosio sólo consiguió hacer aún más vacilante y arbitraria la jurisprudencia, toda vez que en lugar de un examen razonado de las diferentes opiniones, que antes era todavía posible, el juez se veía obligado a contar maquinalmente los votos. En otro sentido, cometió la ley de Citas una verdadera injusticia respecto a los demás jurisconsultos que habían florecido en el período clásico de la jurisprudencia y que tan poderosamente contribuyeron al progreso de la ciencia del Derecho. Por esto es digna de aplauso la medida de Justiniano.

48. (1) Cf. *Consultatio vet. jurisc.*, VI, § 2.—VII, § 2.

mulgarse a la vez sobre el *jus* y sobre las *leges*. Pero parece ser que la Comisión no supo cumplir su tarea. En 496 designó el emperador otra nueva Comisión de dieciséis miembros, que sólo tenían que ocuparse de *leges*, y debió reunir las Constituciones de Constantino y de sus sucesores. Por otra parte, estaba autorizada para llevar a los textos las modificaciones que juzgara necesarias para hacerlos más claros, facilitando su aplicación (2).

Esta colección, dividida en dieciséis libros, fué terminada y publicada en Oriente en 438, bajo el nombre de *Código Teodosiano*. El mismo año fué comunicado al senado de Roma y declarada obligatoria en Occidente, donde reinaba Valentiniano III. Fué hecha la prohibición de invocar en justicia desde las calendas de enero 493 otras Constituciones que las que estaban insertas en el nuevo Código (3).

Desde esta época, el mismo Teodosio y sus sucesores hasta Justiniano publicaron, tanto en Oriente como en Occidente, Constituciones que son llamadas *Nuevas Teodosianas* y *Post-Teodosianas*. Por otra, parte, en Occidente fué derribado el emperador romano desde el año 476, y entonces los conquistadores publican nuevas colecciones de leyes romanas para el uso de los súbditos romanos.

III.—Leyes romanas de los bárbaros.

49.—Las naciones que invadieron el Imperio de Occidente fundaron nuevos reinos sobre sus ruinas: los ostrogodos, en Italia; los borgoñones, al Este de esta comarca. Pero los vencedores respetaron la ley de los vencidos. Cada pueblo conservó su organización judicial y su legislación: fué el sistema de la *personalidad del derecho*. Así que para satisfacer las exigencias de esta nuvea situación, los reyes bárbaros hicieron redactar para estas naciones las costumbres de sus países, *leges barbarorum*, haciendo además componer para sus súbditos romanos colecciones de reglas tomadas del Derecho Romano, *leges romanae*. Hubo tres compilaciones de este género: El *Edicto de Teodorico*, la *Ley romana de los visigodos* y la *Ley romana de los borgoñones*.

(2) Cf. sobre la confección del Código Teodosiano: L. 5 y L. 6. C. Th., *de constit. princ.*, I, 1.

(3) Además de estos Códigos consagrados a las *leges*, se encuentran todavía en este periodo, en el IV y V siglos, otras colecciones, debidas a la iniciativa privada, conteniendo a la vez *jus* y *leges*, de las cuales no se conoce ni el autor ni la fecha precisa. Las principales son: Los *Fragmenta vaticana* y la *Collectio mosaïcarum et romanorum legum*.—Véase más adelante el n.º 58, II.

N. del T.—Los capítulos, que otros llaman artículos, del *Edictum Theodorici*, escaban tomados, según enseña la disposición penal, *ex novellis legibus et veteris juris sanctimonia*.—En la redacción de la obra no se ha reproducido el texto mismo de las fuentes; las reglas que allí figuran están las más presentadas bajo una nueva forma, pues a veces un pasaje del Edicto se ha compuesto en varias fuentes, por ejemplo, e. 11, 28, 70. Se advierten analogías entre ciertos pasajes del Edicto y algunas otras obras, por ejemplo, las *Responsa* de Paulo (C. 105, 139) y Ulpiano, *de officio proconsulis* (C. 57, 58, 74, 82, 103); pero no resulta que esos pasajes estén tomados de allí, y pudiera muy bien ocurrir que fueran tomados de las partes de las *Sentencias*, que no poseemos. Por otro lado, es de advertir que en muchos casos la *interpretatio* ha sido consultada con preferencia al texto.

Es menester no pasar en silencio que lo que distingue al Edicto de Teodosio de las demás colecciones de los visigodos y de los borgoñones es que aquél regía tanto para los vencedores como para los vencidos, o sea tanto para los ostrogodos como para los romanos que les estaban sujetos, al paso que entre los visigodos, los borgoñones y los demás pueblos germánicos estaba en vigor el sistema personal, según el cual cada uno seguía la ley de su propia nación. Esta excepción única al sistema de los derechos personales entraba en los designios de Teodorico, quien se reputaba legítimo representante del Imperio romano, y de los dos pueblos quería formar una sola nación, igualando a los ostrogodos con los romanos en todo, excepto en el derecho de llevar *armas*, que fué reservado exclusivamente a los primeros.

1. *Edicto de Teodorico.*—Al principio del siglo VI de nuestra era, Teodorico, rey de los ostrogodos, publicó en Italia el *Edictum Theodorici*. Esta colección está dividida en 155 capítulos, conteniendo reglas tomadas de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; de algunas Constituciones posteriores a Teodosio y de las sentencias de Paulo: el texto está corregido, apenas sin apercibirse. Reducido al derecho criminal y al derecho público en general, estaba destinado a regir, no solamente a la población romana, sino también a los ostrogodos. El Edicto tuvo una duración efímera. Después de la conquista de Italia por Narcés, cedió el lugar, en 554, a la legislación de Justiniano.

2. *Ley romana de los visigodos.*—Es la más importante de todas las leyes romanas publicadas por los reyes bárbaros. Fué compuesta para el reinado de los visigodos, por orden de Alarico II, sin ninguna otra calificación que la de *Lex romana*, aunque desde el siglo VI fué designada bajo el nombre *Breviarium Alarici*. Esta colección fué redactada por una Comisión de jurisconsultos, bajo la dirección de Goyarico, conde del Palacio, sometida después a la aprobación de una asamblea de obispos y de nobles, y publicada en 506 en Aire (Gasconia). Está tomada de dos fuentes: las *leges* y el *jus*, conteniendo el orden siguiente: 1.° Constituciones tomadas del Código Teodosiano.—2.° Novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo. —3.° Un compendio en dos libros de una parte de las Instituciones de Gayo y un extracto de las Sentencias de Paulo.—4.° Notas sacadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.—5.° Un fragmento del libro I de las Respuestas de Papiniano. Estas diferentes partes, salvo el *Epítome* de las Instituciones de Gayo, van acompañadas de un comentario o *interpretatio*, que aclara el texto, resumiendo y modificando algunas veces sus disposiciones para ponerlas de acuerdo con las costumbres de la época. La *Interpretatio*, que durante largo tiempo fué considerada como obra de los autores del *Breviarium*, parece más bien, sin embargo, tomada de trabajos anteriores. Es reemplazado su texto por las Instituciones de Gayo, no conteniendo, por otra parte, más que un resumen muy incompleto (V. n.° 58, I, 1). Alarico II sólo sobrevivió un año a esta publicación. Pero la ley romana de los visigodos guardó su autoridad en España durante largo tiempo, y lo mismo al mediodía de la Galia. Todavía hoy tiene su importancia por la conservación de las fuentes del Derecho Romano; de esta colección únicamente conocemos las Sentencias de Paulo y los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

3. *Ley romana de los borgoñones.*—Poco tiempo antes de su muerte, ocurrida en 516, Gondebardo, rey de los borgoñones, publicó su ley nacional *(Ley Gambeta)*. En el segundo prefacio de esta ley, reeditada en 517, su hijo Segismundo anunció la redacción de un Código especial de leyes romanas para sus súbditos galo-romanos. El proyecto, en efecto, fué realizado algunos años después. Este Código, de poca extensión, comprende cuarenta y siete títulos; está compuesto de textos sacados del Breviario de Alarico y acaso de otras obras de Derecho Romano. Es la *Lex Romana Burgundionum* (1). Cayó en desuso después del fracaso del reinado de los borgoñones en 534, siendo reemplazado por el Breviario de Alarico.

---

49. (1) Se la llama también *Responsa Papiani* o el *Papiniano*, cuyo nombre se explica de la manera siguiente: En los manuscritos donde la *Lex romana Burgundionum* seguía al *Breviario de Alarico*, la última hoja del breviario, conteniendo un fragmento de *Responsa Papiani* (contracción de *Papiniani)*, hubiera sido tomada por la intitulada de la ley de los borgoñones y papinianos por el nombre de un jurisconsulto desconocido autor de las colecciones. Aunque esta explicación sea probable, el error fué atribuído sin razón a Cujas, pues los manuscritos del siglo X ya la llaman la ley de los Borgoñones: *Capitula Papiniani libri responsorum.*

IV.—Trabajos legislativos de Justiniano.

50.—En la época en que Justiniano subió al Trono, en 527, la reforma de las leyes romanas vino a ser obra indispensable. Desde hacía diez siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos y las Constituciones imperiales llenaron millares de volúmenes, cuyas reglas de Derecho formaban un verdadero caos. Aun comprobando el mal (1), Teodosio sólo aportó un remedio insuficiente, codificando tan sólo las Constituciones imperiales. Es verdad que también tuvo la idea de redactar una colección donde hubieran estado fundidos y de común acuerdo extractos de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano juntamente con los tratados de los jurisconsultos puestos en vigor desde la ley de Citas. Pero no dió paso a este proyecto. Justiniano emprendió una obra análoga, que terminó. Este trabajo de codificación, donde se mantiene la separación del *jus* y de las *leges*, comprende cuatro colecciones: El *Código*, el *Digesto*, las *Instituciones*, una *Nueva edición del Código*. Hay que añadir las *Novelas*.

1. *El Código.*—Justiniano se interesa, en primer lugar, por las *leges*. En 528 nombra una Comisión de diez miembros, encargada de reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, añadiendo las Constituciones posteriores y tachando las repeticiones, contradicciones y las reglas caídas en desuso, aunque teniendo cuidado en respetar el orden cronológico. Esta obra fué terminada en catorce meses y publicada en 529, bajo el nombre de *Codex Justinianeus*. Estaba dividida en doce libros. Cinco años más tarde, Justiniano hizo aparecer otra nueva edición.

2. *El «Digesto» o las «Pandectas».*—Después de la codificación de las *leges*, Justiniano se ocupó del *jus*. En 530 encargó a Triboniano, cuestor del Palacio, de redactar una colección compuesta de extractos de escritos de los jurisconsultos que hubiesen obtenido la concesión del *jus respondendi*. Triboniano se hizo asistir para esto de una Comisión de dieciséis miembros. Era un trabajo inmenso: había que examinar más de diez mil compendios, que comprendían más de tres millones de líneas. Pero fué tan grande el celo de la Comisión, que en tres años quedó terminada. Esta colección sólo contenía cincuenta mil líneas, tomadas de treinta y nueve jurisconsultos. Fué publicada y declarada obligatoria en diciembre del 533. Esto es el *Digesto* o las *Pandectas* (2).

Durante el intervalo de 529 a 531, para facilitar el trabajo de la Comisión, Justiniano había publicado cincuenta Constituciones, por las cuales decidía cuestiones discutidas entre los antiguos jurisconsultos. Se las llama las *quinquaginta decisiones*. Fueron, sin duda alguna, reunidas en una colección, pero no las hemos logrado.

Las materias que componen el *Digesto* están repartidas siguiendo el

---

50. (1) Cf. la constitución colocada a la cabeza del Código Teodosiano, *De Theodosiani Codicis auctoritate*, §§ 1, 2, y 3, y L. 5, C. Th., *De constit. princ.*, I, 1.

(2) Digesto procede del latín *digerere* (digestum), poner en orden, clasificar.

Pandectas procede del griego παυδέκτης; es la colección que comprende todo el Derecho.

N. del T.—P. Krüger, en su *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, afirma que no puede dudarse que el móvil principal de los trabajos de Justiniano en materia de legislación fué el amor a la gloria, la vanidad personal. Véase una apreciación notable de la obra de Justiniano en Ranke, *Weltgeschichte*, IV; Gibón, *Hist. of the dechise and fall of the Rom. emp.*, cap. 40 a 43.

orden del edicto perpetuo y divididas en cincuenta libros. Cada libro contiene varios títulos (3).

Cada título está designado por una rúbrica conteniendo cierto número de *fragmentos* tomados de los escritos de los jurisconsultos y llamados *leyes* (4).

Estos fragmentos, de extensa variación, están numerados. Cada uno de ellos lleva una *inscriptio*, indicando el nombre del jurisconsulto y el título y la partida de la obra de la cual ha sido tomado. Los más extensos están divididos en párrafos numerados; el primero no lleva ningún número, es el *principium;* el segundo lleva el número 1 (5).

Justiniano dividió el *Digesto* en siete partes, comprendiendo cada una cierto número de libros; pero esta división no tiene interés alguno (6).

3. *Las Instituciones.*—Mientras se trabajaba en el *Digesto*, Justiniano hizo redactar una obra elemental destinada a la enseñanza del Derecho. En 533 encargó esta misión a Triboniano, cuestor del Palacio; a Teófilo, profesor de Derecho en Constantinopla, y a Doroteo, profesor en Beryto. Esta colección fué publicada bajo el nombre de *Instituciones*, habiendo sido declarada obligatoria en el mes de noviembre de 533, lo mismo que el *Digesto* en diciembre del mismo año.

Las *Instituciones* están compuestas de fragmentos tomados de los jurisconsultos clásicos, pero sin indicacian de fuentes, extractos o resúmenes de Constituciones imperiales, destinados a indicar los cambios del Derecho en la época de Justiniano. Las fuentes de donde las han extraído los redactores son, principalmente: las *Instituciones* y las *Res cottidianae* de Gayo; además, algunos tratados del mismo género, las *Instituciones* de Florentino, de Ulpiano, de Marciano, las *Reglas* de Ulpiano; en fin, el *Digesto*, de donde parece haber tomado sin recurrir a obras originales todos los extractos de trabajos, más que las *Instituciones* y las *Reglas*. Han seguido el mismo plan general que las *Instituciones* de Gayo, habiendo dividido la colección en cuatro libros, subdivididos en títulos.

El libro I trata de *personas;* el libro II, el III y los cinco primeros títulos del libro IV se ocupan de las *cosas;* el final del libro IV está dedicado a las *acciones*. Cada título lleva una rúbrica y comprende un *prin-*

---

(3) Por excepción, los libros 30, 31 y 32 contienen cada uno un solo título, teniendo por rúbrica: *De legatis et fideicommissis*. Para citar estos tres títulos, se les distingue por números: *De legatis* 1.°, *De legatis* 2.°, *De legatis* 3.°

(4) Los fragmentos parecen repartidos en cada título siguiendo un método uniforme. Sobre esto, Bluhme, un autor alemán, hizo, en 1818, la conjetura siguiente: La Comisión se dividió en tres secciones, siéndole confiada a cada una el desarrollo de una serie de trabajos. Teniendo en cuenta la obra capital puesta en cada serie, Bluhme, distingue: la *serie Sabiniana* (comentarios sobre los escritos de Sabino), la *serie del Edicto* (comentarios sobre el Edicto) y la *serie Papiniana* (trabajos especiales de Papiniano y de otros jurisconsultos). Habiendo terminado sus trabajos las tres secciones, se continuaron en cada título los extractos de cada serie, siguiendo, por regla general, el mismo orden: 1.°, Serie Sabiniana; 2.°, Serie del Edicto; 3.°, Serie Papiniana. Poniendo también a menudo de cabecera la serie más importante.

(5) Para citar al *Digesto*, indicamos: la ley y el párrafo de la ley, la rúbrica del título, los números del libro y del título. Por ejemplo, L. I, § 2, D., *de dolo malo*. IV, 3; es decir: Ley 1, párrafo 2, del *Digesto*, del título que tiene por rúbrica: *de dolo malo*, libro IV, título 3.—D. *(Digesto)* se reemplaza algunas veces por P. *(Pandectas)* o por ff. (puesto por *fragmenta* o procediendo acaso de una D. alterada en los manuscritos). También se cita de la manera siguiente: D., 4, 3, *de dolo malo*, 1, 2; o así: D., 4, 3, 1, 2, que es más breve, pero menos claro.

(6) Sobre la confección del *Digesto* existen informes muy completos provistos por las Constituciones de Justiniano, que forman los prefacios de esta obra. Cada una de ellas está designada por las primeras palabras del texto. Hay cuatro. Dos de ellas, *De conceptione Digestorum;* la constit. *Deo Auctore*... de 500 y la constit. *Omnem republicae*... de 533. Dos *De Confirmatione Digestorum;* la constit. *Tanta*... de 533 y la constit. Δεδοογεν *(Dedit nobis Deus)* de la misma fecha, que no es más que una variante de la const. *Tanta*.

cipium, y párrafos numerados (7). Por regla general, es atribuído a Teófilo como uno de los autores de las *Instituciones*, una Paráfrasis griega de dicho trabajo, que contiene informes sumamente útiles para el conocimiento del texto, al lado de errores ciertos.

4. *El nuevo Código.*—El Código publicado en 529 no estaba más al corriente en la época en que aparecieron las otras colecciones. Justiniano había publicado desde entonces buen número de Constituciones, que sintió no verlas figurar. Entonces se dedicó a ordenar una segunda edición del Código. El *Codex repetitae praelectionis*, fué publicado en diciembre de 534. Es el único que hemos logrado (8).

Obra de una Comisión de cinco miembros presidida por Triboniano, está dividida en doce libros, consagrados: el libro I, al Derecho eclesiástico, a las fuentes del Derecho y a los oficios de los funcionarios imperiales; los libros II a VIII, al Derecho privado; el libro IX, al Derecho penal; los libros X a XII, al derecho administrativo. Los libros se subdividen en títulos. Cada título lleva una rúbrica conteniendo cierto número de Constituciones o leyes, numeradas y clasificadas por orden cronológico. Empieza cada una de ellas por la indicación del nombre del autor, y, en general, termina por la fecha de publicación. Las más extensas están divididas en *principium* y en párrafos (9).

5. *Las Novelas.*—Después de publicado el nuevo Código, Justiniano declaró que en adelante no habría ninguna otra edición, y que las Constituciones que publicara después formarían una obra especial llamada las *Novelas*, *Novellae constitutiones*. En efecto, hizo todavía aparecer, sobre todo hasta 545, fecha de la muerte de Triboniano, Constituciones importantes; pero no cumplió la promesa de reunirlas en una colección.

En defecto de la codificación ordenada por Justiniano, las *Novelas* han sido objeto acaso en vida, pero sobre todo después de su muerte, de numerosas publicaciones.

a) Hacia el año 555, Juliano, profesor de Derecho en Constantinopla, publicó en latín un resumen de 124 *Novelas*, destinado, sin duda, a Italia, donde el Derecho de Justiniano acababa de ser publicado. A esta colección se la llama el *Epitome Juliani* (10); b) Otra colección de fecha desconocida comprende la traducción literaria, en latín, de 143 *Novelas*. Es conocida bajo el nombre de *Authenticum corpus Novellarum* o *Authentica*, sea porque reproduce el texto de las *Novelas* con más fidelidad que el *Epitome*, o porque hubiera constituído, según ciertos autores, una traducción oficial de *Novelas* escritas en griego; c) En fin, la edición más completa e importante data del fin del siglo VI. Contiene 138 *Novelas*, escritas la mayor parte en griego, de las cuales siete son posteriores a Justiniano.

Cada *Novela* empieza con un *praefatio*, indicando los motivos y terminando con un *epilogus* que regula su aplicación. Las mismas disposi-

(7) Para citar a las *Institutiones* de Justiniano, indicamos el párrafo y la rúbrica del título, además del número del libro y del título: 1, § 3, *de usufructu*, II, 4; es decir: Instituciones, párrafo 3 *de usufructu*, libro II, título 4.—Otros procedimientos de citaciones: 1, 2, 4, *de usufructu*, 3-0: I, 2, 3, 4.

(8) La constit. *Cordi...*, del año 534, sirve de preferencia al nuevo Código. Está precedida de otras dos: la constit. *Haec quae necessario...*, de 528, y la constit. *Summa reipublicae...* de 529, las dos referentes al antiguo Código.

(9) Citamos tanto en el Código como en el Digesto: solamente una C. en vez de una D. Indica que se trata de un texto del Código, por ejemplo: L. 26, § 1, C., *de usuris*, IV, 32; es decir: ley 26, párrafo I del Código, al título: *de usuris*, libro IV, título 32.—Otros procedimientos de citación: C., 4, 32, *de usuris*, 26, 1; o así: C., 4, 32, 26, 1.

(10) Según ciertos autores, el *Epitome* se hubiera publicado después de la muerte de Justiniano, en 570. Pero Juliano, en el curso de la obra, llama a Justiniano *Imperator noster*.

ciones comprenden uno o varios capítulos, subdivididos en párrafos (11).

51. *Carácter y apreciación de la obra de Justiniano.*—Los trabajos de Justiniano tienen un doble carácter: a) En primer lugar es una obra de *codificación*, obra completa, abrazando todas las partes del Derecho, el *jus* y las *leges*.—b) Es también una obra de *legislación*. Justiniano no se contenta solamente con codificar, da fuerza de ley a todas sus colecciones, a las *Instituciones*, al *Digesto* y al *Código* (1), y abroga toda otra fuente del Derecho Romano. Prohibe además el comentar el *Digesto*, con objeto de evitar nuevas controversias, y únicamente permite traducir el texto en griego, con tal de que la traducción sea literal (κατὰ πόδας); hacer sumarios *(Indices)*, o en fin, completar las disposiciones de un título por el resumen de las reglas contenidas en otros títulos sobre el mismo motivo (παράτιτλα) (2).

La obra de Justiniano ha sido apreciada de diferentes maneras. Para hacer sobre ella un juicio imparcial, no hay que olvidar el fin que se proponía alcanzar. Que ha existido el pensamiento de transmitir a los siglos futuros un cuadro en conjunto del Derecho Romano, tal como le representaban las obras de los grandes jurisconsultos, es difícil afirmarlo. Lo que es más cierto es que ha querido extraerlo de todas las fuentes y crear, en caso de necesidad, reglas de Derecho, en relación con la civilización y costumbres de su tiempo.

Es, sobre todo, como legislador, como hay que examinarle. En este punto de vista, es justo reconocer que Justiniano es el autor de excelentes reformas, aunque, sin embargo, se le puede tachar de falta de conocimientos de conjunto. Espíritu variable, vuelve a menudo sobre los mismos temas, antes de dar una solución definitiva. Sin duda ninguna, el estilo de sus Constituciones es pomposo y ampuloso, no teniendo nada de la sencilla elegancia, de la concisión de los jurisconsultos clásicos. En cambio, es enemigo de sutilezas y complicaciones inútiles, teniendo el mérito de haber creado en todas las partes algunas teorías más amplias y equitativas que las del antiguo Derecho Romano. En primer lugar, se puede citar el nuevo sistema de sucesión *ab intestato*, que establece por las *Novelas* 118 y 127.

Desde el punto de vista histórico, la importancia de los trabajos de Justiniano ha sido considerable. En efecto, mientras que el tiempo y la barbarie aniquilaban poco a poco las obras de los jurisconsultos romanos, el *Digesto* remediaba en parte esta pérdida, conservándonos fragmentos importantes de sus tratados donde se ven claramente en varias formas las brillantes dotes de sus autores (3). Es de sentir, es muy cierto, que el texto no haya sido siempre respetado. Los redactores del *Digesto*, teniendo que hacer obra de legisladores, quisieron evitar las antinomias, según las instrucciones de Justiniano y colocar en esta obra los fragmentos que insertaban, en armonía con el Derecho de su época. De ahí las alteraciones o *interpolationes*, fáciles casi siempre de reconocer, pero que hacen a veces difícil la aclaración de los textos (4). Sin embar-

(11) Para citar un texto de novelas se indica el párrafo, el capítulo y la *Novela*. Por ejemplo: Nov., 118, c. 3, § 1; es decir: *Novela* 118, capítulo 3, párrafo 1; o Nov. 118 pr.: esto es: *Novela* 118, *praefatio*.

51. (1) A causa de esta fuerza legislativa es exacto calificar de *leges* los fragmentos que componen el *Digesto*, lo mismo que las constituciones del Código.

(2) Cf. Constit. *Deo auctore*, § 12.—Constit. *Tanta*, § 21.

(3) Todos los fragmentos insertos en el *Digesto*, conservados en otras colecciones de menor importancia, han sido reunidos por Lenel. Ha colocado y acercado en su orden primitivo los textos de cada autor y de cada obra del mismo autor, *secundum auctores et libros*, en una colección de dos volúmenes: la *Palingenesia juris civilis*. 1889.

(4) Estas interpolaciones son llamadas a veces *Emblemata Triboniani*, o *Tribonianismos;* las que en la actualidad han sido constatadas están señaladas en las ediciones más recientes del *Digesto:* la oncena edición de Mommisem (1908) y la edición de Milán en curso de publicación (primer volumen, 1908). V. n.° 59, 1, 2.

go, no ha impedido que quedaran en el *Digesto* varias contradicciones, aunque Justiniano afirma lo contrario.

En resumen: en los trabajos legislativos de Justiniano, como en toda obra humana, se encuentra para alabar y para criticar. Pero también haber emprendido semejante tarea en una época de decadencia, y haberla llevado a su fin completo, es indicio de una inteligencia y de una voluntad poco comunes. Este solo recuerdo es bastante para la gloria de Justiniano, que ordenó su edificación, y para la de Triboniano, que la dirigió (5).

52.—Fué a la muerte de Justiniano, en 565, cuando termina la historia propiamente dicha del Derecho Romano. El trabajo de formación que hemos seguido desde el origen de Roma está ya terminado. El Derecho Romano ha recibido de Justiniano una forma nueva y definitiva; en adelante regirá pueblos que no tengan nada de romanos, pues Justiniano reúne y reconstruye por última vez sobre su autoridad el Imperio romano casi entero. Después de él, el Occidente vuelve a los bárbaros y el Oriente es un Imperio griego o bizantino donde ya no se habla ni se escribe más que en latín, sino en griego. Ya no será más causa de desarrollo para el Derecho Romano; sólo lo será de destino. ¿Qué será de él en medio de las nuevas sociedades que se suceden en Oriente y Occidente? He ahí un caso de estudio, unido a la historia general del Derecho. Nos limitaremos a dar aquí algunas nociones indispensables.

§ 5.—Del destino del Derecho Romano en Oriente y en Occidente.

53.—I. *Destino del Derecho Romano en Oriente.*—La legislación de Justiniano continuaba rigiendo oficialmente el Imperio de Oriente hasta su caída. Pero, en realidad, sufrió hasta aquí varias transformaciones.

Después de la muerte de este príncipe, y aun en su vida, todas las partes de su obra fueron objeto de traducciones. A pesar de su prohibición, hicieron también del *Digesto* un número considerable de párrafos y verdaderos comentarios disimulados bajo el nombre de *Indices*. Únicamente conocemos estos trabajos, debidos a jurisconsultos del final del siglo VI y principios del VII, por citas o sumarios insertos en las Basílicas. En general, los trabajos de esta época tienden a facilitar por la práctica el uso del derecho de Justiniano. Pero después de haber empleado su actividad intelectual los jurisconsultos griegos durante varios años, se extinguió luego durante más de dos siglos, cesando la enseñanza del Derecho.

En el siglo VIII volvió a abrirse la era de las compilaciones oficiales. De las reglas de Derecho de Justiniano había muy pocas que no se hubiesen aplicado, y después de su muerte, varias de sus Constituciones hicieron crear otras nuevas. Los emperadores griegos intentaron componer trabajos sobre la legislación en vigor de sus tiempos. Así que en 740 León III, el Isáurico, publicó Ἐκλογὴ τῶν νομων, o Ley *Isáurica*, conteniendo, al lado de los textos sacados de colecciones de Justiniano, nuevas y originales disposiciones, particularmente sobre el ré-

(5) Cf. Constit. *Cordi*... § 2: *Tribonianum*... *legitimum operis nostri ministrum*.

N. del T.—Es preciso hacer notar que el autor, en la página 63, y al referirse a las colecciones privadas de *Novelas*, cita, bajo la letra c, la griega, a la que atribuye un contenido de 138 *Novelas*. La generalidad de los autores fija el número de éstas en 168, de las cuales 153 son de Justiniano y las demás de sus sucesores, especialmente de Justino II y Tiberio II, y sostienen que dos *Novelas* se insertaron dos veces, y otra se reprodujo en griego y en latín.

gimen matrimonial. Después de más de un siglo, en 878, fué criticado y abrogado como inútil este manual por Basilio, el Macedoniano, que publicó otro del mismo género, el Προχειρον o Προχειρός νόμος. En 886, una segunda edición retocada de esta obra, o más bien una revisión que quedó sin publicarse en estado de proyecto, fué llamada de Επαναγωγη των νόμου.

Basilio concibió también el proyecto de reunir en una sola compilación las cuatro colecciones de Justiniano, combinadas con la legislación posterior. Esta revisión de leyes antiguas, *Ανακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων* empezada hacia el año 876, fué terminada y publicada por su hijo, León, el Filósofo, de 886 a 911. La obra, escrita en griego, fué más tarde llamada las *Basílicas* (1). Se compone de seis partes y de sesenta libros divididos en títulos. Los títulos están subdivididos en capítulos y párrafos. En cada materia, las *Basílicas* reproducen en griego las disposiciones de las *Instituciones*, del *Digesto*, del *Código* y, en fin, de las *Novelas*. En el siglo II, el texto fué acompañado de notas o *scolios*, conteniendo ejemplos, explicaciones y comentarios, ofreciendo casi siempre mucho interés, pues los jurisconsultos griegos que las escribieron tenían a su disposición las obras de los jurisconsultos clásicos. Después de cierto tiempo las unieron también los *scolios nuevos*, de menor importancia. Las *Basílicas* no fueron publicadas como ley abrogando las colecciones de Justiniano; pero desde el siglo XII las fueron reemplazando poco a poco, acabando por servir exclusivamente de base a los estudios de Derecho y a la práctica.

Entre las obras de Derecho Romano compuestas en Oriente después de las *Basílicas*, la más célebre fué la de Constantino Harmenópulo, juez de Tesalónica, que publicó un manual, en 1345. Πρὸχειρον o *Promptuarium*, llamado también el Εξαβίβλος, por estar dividido en seis libros. Esta colección, que contiene notas sacadas de las *Basílicas*, presenta un resumen claro y metódico de Derecho grecorromano en su última forma. Tiene una autoridad igual a la de la ley, contribuyendo a formar el Derecho civil en Grecia, cuando Mahomed II conquistó el Imperio de Oriente en 1453, dejando a los vencidos su legislación.

54.—II. *Destino del Derecho Romano en Occidente.*—Ya hemos dicho cómo, desde el principio del siglo VI, y antes del reinado de Justiniano, el Derecho Romano sobrevivió a la conquista del Imperio de Occidente por los bárbaros, gracias al sistema de la personalidad de las leyes; y cómo las colecciones de leyes romanas fueron publicadas por los conquistadores. (V. n.º 49). Desde que Italia fué reconquistada por Narsés, la legislación de Justiniano reemplazó al Edicto de Teodorico (1). En 568 llegaron los lombardos y fundaron un nuevo Imperio; pero esta legislación quedó en vigor, sobre todo en las ciudades que guardaron cierta independencia, tales como Roma y Rávena. En la Galia no fué conocido el Derecho de Justiniano hasta el siglo IX, siendo hasta entonces el *Breviario* de Alarico el que conservó su autoridad, y cuando se extendió

---

53. (1) El nombre *Basílicas* (τάΒασιλικά) procede, bien del nombre de *Basilio* el Macedonio o bien de Βασιλικαὶδιατάξεις, Constituciones imperiales.

54. (1) Fué motivo de una decisión expresa de Justiniano en una Constitución o *Sanctio pragmatica*, publicada en 554 y designada habitualmente por las primeras palabras del texto: *Pro petitione vigilii*...

N. del T.—No podrá menos de comprenderse la importancia que para el romanista tienen los trabajos de los jurisconsultos coetáneos a Justiniano en la jurisdicción grecorromana, reflexionando que toda la obra de ésta se funda en aquellos trabajos, de cuyos autores algunos colaboraron en las diversas partes del *Corpus juris civilis*.—V. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*; Zachariae, *Juris greco-romani historiae delineatio*; Ferrini, *Fonti*, y Heinsbach, en la *Enciclopedia* de Ersch y Grueber, vol. 37.

Un rápido y completo resumen del Derecho Romano en Occidente se expone en Landucci, *Storia*; y de Occidente y Oriente, en Krüger, *Historia y fuentes de Der. Rom.*

la dominación de los francos en las provincias donde se aplicaba el Derecho Romano, no se abandonó su uso. Extendido de esta manera el Derecho Romano, lo mismo en Francia que en Italia se practicó aún en el período oscuro de la Edad Media. Su conservación lo atestigua una obra compuesta en Valencia, en el Delfinado, en fecha desconocida, entre 868 y 1068, llamada *Petrus* o *Petri exceptiones legum romanarum.* Comprende cuatro libros extraídos de las colecciones de Justiniano, y consagrados a las personas, a los contratos, delitos y al procedimiento. Del autor no se conoce nada más que el nombre. Por otra parte, es muy difícil averiguar, en medio de las tinieblas de esta época, cuál fué la influencia del Derecho Romano, y si como ley subsistió, en cambio, como ciencia, dejó de ser cultivado hasta el fin del siglo XI.

55.—Pero, a partir del siglo XII, una nueva actividad intelectual reanima en Italia el estudio del Derecho, de las Ciencias y de las Letras. Se funda en Bolonia una escuela, que por sus enseñanzas y trabajos extendió bien pronto en toda Europa el gusto y la admiración del Derecho Romano. Una vez empezado el movimiento, no quedó limitado solamente en Italia.

En los siglos siguientes parece ser que siguió una marcha regular, desde el Mediodía hasta el Norte. En el siglo XVI pasa a Francia, donde sus sabios elevan la ciencia de las leyes romanas a una altura que jamás ha sido sobrepujada, mostrándose dignos intérpretes de los jurisconsultos romanos de la época clásica. De ahí que el Derecho Romano continuara su emigración hacia el Norte, por Bélgica y Holanda. En el siglo XIX fué particularmente en Alemania donde se concentró el estudio de esta legislación. Sólo nos resta decir brevemente cuál ha sido el resultado de estos trabajos.

1. *Escuela de los glosadores.*—Fué jefe de esta escuela Irnerio de Bolonia, que murió hacia mediados del siglo XII. Profesó el Derecho con lucidez, dejando discípulos que continuaron su obra. Los cuatro más célebres, muertos pocos años después que él, fueron Bulgario, Martino Gosia, Jacobo y Hugo. Los jurisconsultos de esta escuela estudiaron el Derecho Romano según las colecciones de Justiniano, cuyo conjunto, desde esta época, toma el nombre de *Corpus juris civilis,* por oposición al *Corpus juris canonici.* Buscan el sentido de dichos textos, comentándolos y añadiendo notas marginales o interlineales, llamadas *glosas,* de donde proviene el nombre de glosadores. En el siglo XIII fué terminado su trabajo, y ya no crean más; coleccionan las notas de sus antecesores. Acursio, muerto hacia el año 1260, compuso y publicó la *Glosa grande,* en la cual reunía, con las suyas, todas las glosas de sus predecesores.

La obra de los glosadores es considerable. Se les ha criticado con razón su ignorancia en historia y el mal gusto de sus ejemplos (1). Aunque tampoco hay que olvidar que, llegados después de varios siglos de barbarie, se veían privados de todas las fuentes históricas y literarias que más tarde tuvieron los jurisconsultos a su disposición. Reducidas al texto de las compilaciones de Justiniano, son prueba a menudo en la interpretación de las leyes más oscuras, de enorme penetración.

---

55. (1) Rabelais, *Pantagruel,* II, 5 y 10.

N. del T.—El primer maestro glosador de quien los historiadores hablan es Pepo, doctor precursor de Irnerio.

Refiere el cronista Otton Morena que, preguntado Irnerio en el momento de su muerte por cuál de los cuatro glosadores se inclinaba para nombrarle maestro y sucesor en la escuela de Bolonia, contestó:

Bulgarus os aureum, Martinus copia legum
Mens legum est Hugo, Jacobus id quod ego,

et sic, concluye el cronista; *dictus Jacobus fuit doctor.*

Gracias a pacientísimas rebuscas, han podido establecerse entre las diferentes partes de esta obra aproximaciones y repudiaciones, de las cuales disfrutamos hoy día. En fin, se han aplicado también para la corrección del mismo texto. En posesión de diversos manuscritos del *Digesto*, han llegado, por un examen general de variantes, a establecer un texto, adoptado desde entonces, por regla general, y llamado por esta razón la *Vulgata, versio vulgata* (2). Los glosadores sometieron al mismo trabajo de crítica los manuscritos de las *Instituciones*, del *Código* y del *Authenticum*, que tenían entre manos. De 134 *Novelas* que contiene esta colección, estudiaron las más importantes, en número de 97, divididas en nueve *collationes*, dejando a un lado las otras como inútiles *(extraordinariae* o *extravagantes)*. Cuando alguna Constitución del *Código* se modifica por una *Novela*, se ha hecho de esta *Novela* un extracto o resumen, inserto en el *Código*, seguido de la ley así modificada. Estas anotaciones son llamadas *Auténticas (Authenticae)*, del nombre de la obra de donde son tomadas.

Puede formarse idea de la influencia de los glosadores añadiendo que son los que despertaron en Europa la afición a los estudios jurídicos. Uno de ellos, Vacario, llevó a Inglaterra manuscritos de las colecciones de Justiniano, enseñando en Oxford hacia el año 144. Otro glosador, Placentino, fundó hacia el año 1180, en Montpellier, una escuela de Derecho, contribuyendo con su enseñanza a propagar en el mediodía de Francia el conocimiento del cuerpo de Derecho de Justiniano. El estudio de esta legislación tomó bien pronto tal vuelo, que el Papa Honorio III, para asegurar la preponderancia del Derecho canónico, prohibió en 1220 enseñar en la Universidad de París el Derecho Romano. Esta prohibición no impidió a este Derecho extenderse en toda Francia, pero quedando particularmente la ley de las provincias meridionales que formaban los antiguos reinos de los visigodos y de los borgoñones (3).

2. *Los bartolistas* o *comentaristas*.—Hacia la mitad del III siglo, el estudio del Derecho Romano cayó en plena decadencia. Se entregan servilmente a la glosa, que acaba por tener mayor autoridad que el texto. Este exceso trae una reacción. Al principio del siglo XIV, Bartolo, de Saxoferrato, que enseñaba el Derecho en Pisa y en Perusa, hizo prevalecer un nuevo método. Al contrario del genio de los jurisconsultos romanos, que no son nada generalizadores, busca la manera de hacer teorías. Pero en sus tratados abusa de las formas escolásticas, de divisiones y distinciones ingeniosas. Sus discípulos siguen el mismo camino, pero exagerando aún los defectos del maestro, y casi durante dos siglos esta escuela, que no supo sacar ningún provecho de los trabajos de la época sobre los antiguos romanos, ejerció sobre el Derecho una influencia funesta.

3. *Renacimiento del Derecho. La escuela histórica*.—En el siglo XVI se vió reflorecer, con las letras latinas y griegas, el estudio de la jurisprudencia. Empezada en Italia en tiempos de Alciato, este renacimiento del Derecho se extendió bien pronto por toda Francia. La nueva escuela no se sujetó más al examen, a menudo estéril, del texto de la ley. Extrae de todas las fuentes donde puedan enseñarla, sobre la lengua y costumbres de los romanos. Saca provecho de la historia, de la poesía, de la literatura; así que el estudio del Derecho se extiende y se ilumina; más de una controversia se borra.

Esta escuela *histórica* fué una escuela *francesa*, por el número y el

(2) V. n.° 59, I.—A los glosadores se remonta la división del *Digesto* en tres partes: El *Digestum vetus*, el *Infortiatum* y el *Digestum novum*.

(3) Estas provincias fueron designadas bajo el nombre de *países de derecho escrito*, por oposición a las provincias situadas más al norte de Francia, donde prevalecieron las costumbres germanas, que fueron llamadas *países de costumbres*.

talento de los jurisconsultos que se colocaron en Francia a la cabeza del movimiento. Los dos más célebres fueron Cujas y Doneau, que enseñaron los dos el Derecho en Bourges, y murieron hacia el año 1590. Cujas, que nunca se ha excedido en el examen de los textos, une a un conocimiento profundo de la historia y de la literatura romanas un genio que le hace con frecuencia igual a los grandes jurisconsultos cuyas obras comenta. En cambio, Doneau brilla por otras cualidades. Espíritu más llevado por la filosofía, compuso, más que nada, tratados dogmáticos.

En el siglo XVII tuvieron en Francia, Bélgica, y especialmente en Holanda, discípulos muy eminentes. Alemania, mientras tanto, quedaba por completo extraña a esta nueva dirección de estudios jurídicos. Hasta el siglo XVIII se atribuían a ellos mismos el título de *realistas*, y sus jurisconsultos, quedando fieles a las tradiciones de Bartolo, consideraron los trabajos de los que ellos calificaban de *nominalistas* como sin utilidad para la ciencia.

56.—El siglo XVIII marca en Francia la decadencia de los estudios del Derecho Romano. El último romanista digno de ser citado fué Pothier, muerto en 1772. Espíritu poco creador, pero claro e ingenioso, se limitó a poner en orden las leyes del *Digesto*, publicando una edición, cuyos textos de cada título están ordenados metódicamente (1). Pocos años después de su muerte, el Derecho Romano cesó de ser ley en Francia.

El artículo 7.º de la ley del 30 ventoso del año XII (1804), que promulgó el Código Civil, le quita toda fuerza obligatoria. Pero la legislación romana no ha dejado de ser cultivada por los diferentes motivos que indicamos precedentemente. (V. n.º 4).

56 bis.—*Nueva escuela histórica.*—Desde el principio del siglo XIX, descubrimientos importantes han venido a dar al estudio del Derecho un nuevo impulso. Ahora ha sido en Alemania donde la actividad intelectual se ha manifestado con mayor claridad. Se funda una nueva escuela *histórica*, y lo más escogido de sus sabios, entre los cuales hay que citar en primer lugar a Savigny (1779-1861), emprendieron la tradición de nuestros grandes jurisconsultos del siglo XVI. Sus trabajos y los de los romanistas alemanes, que han sido hasta nuestros días los continuadores de su obra, han dado una luz incomparable sobre la Historia y sobre el Derecho Romano. Después de haber permanecido durante largo tiempo extrañas a estas investigaciones, Italia y Francia se asociaron, teniendo hoy un puesto muy honorable en esta renovación de los estudios jurídicos.

§ 6.—Estado actual de las fuentes del Derecho Romano.

57.—Las fuentes y los documentos auténticos que en la actualidad poseemos para el estudio del Derecho Romano, desde la ley de las XII tablas, son de naturaleza muy distinta. Cierto número de leyes, de plebiscitos y de senadoconsultos nos han sido conservados grabados en piezas de *mármol* o de *bronce*. *Tablas de cera* halladas en Transilvania

---

56. (1) *Pandectae Justinianae in novum digestae.* La mejor edición fué impresa en París (Latruffe), en 1818-1820.

N. del T.—Respecto al Renacimiento y escuela histórica, véanse Petrarca, *Lettere familiari.*—Chiapelli, *La polemica contro i legisti del secoli XIV, XV e XVI* en el *Archivio giuridico*, XXVI, 1881.—Dante, *I precursori italiani de una nuova scuola del Diritto Romano*, Roma, 1878.—Serafini, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de Trías.—Girad, *Manuel elementaire de Droit Romain.*—Eysell, *Doneau, sa vie et ses ouvrages.* Trad. de Simonet, Dijon, 1810.

y en Italia nos demuestran ejemplos de actos jurídicos: contratos de venta, de alquiler, sociedades; recibos de precios de venta y de alquileres. Además, aparte de los documentos habidos en las obras de historiadores y literatos, hay una enormidad de *inscripciones* y numerosos *papyrus* griegos procedentes de Egipto, que nos transmiten enseñanzas importantes sobre las costumbres de los antiguos romanos (1). En fin, las *obras* de los jurisconsultos y las *colecciones* de las leyes suministran para el conocimiento del Derecho Romano el don más preciado. En esta última fuente es donde limitaremos nuestras indicaciones. Hay que distinguir: 1.º El Derecho anterior a Justiniano. 2.º La Legislación de Justiniano; y 3.º El Derecho posterior a Justiniano.

I. Derecho anterior a Justiniano.

58.—Los documentos que hemos logrado sobre este período contienen, por una parte, los tratados o colecciones emanados de jurisconsultos, y por otra parte, los trabajos legislativos de los emperadores y reyes bárbaros. He aquí una numeración de los más importantes.

I. *Obras de los jurisconsultos.* 1. *Gaii Institutiones.*—Las *Instituciones* de Gayo son un tratado elemental destinado verosímilmente a la enseñanza del Derecho Romano. Están divididas en cuatro libros o *comentarios*, que se han subdividido en párrafos. De la vida de Gayo no se sabe nada.

Se hacen conjeturas, según ciertos indicios, tales como su denominación, que no es más que un apellido, y por su conocimiento de la lengua griega, que era originario de Asia. Diversos pasajes de sus escritos permiten también establecer con alguna certidumbre que nació bajo el reinado de Adriano, que escribió sus *Instituciones* bajo Antonino el Piadoso y Marco-Aurelio, y que murió antes del fin del reinado de este último emperador.

Nuestros antiguos comentaristas sólo poseían de sus Instituciones un compendio o *Epítome* en dos libros, contenido en el *Breviario* de Alarico y que se limitaba a los dos primeros libros del texto original y una parte del tercero. Hoy poseemos la obra completa, salvo algunos huecos, según un manuscrito del siglo V. El descubrimiento es debido a Nieburth, que lo encontró en 1816 en la biblioteca de Verona. Es un palimpsesto o pergamino recubierto de varias escrituras. Sobre el texto borrado de Gayo habían escrito en el siglo VI las cartas de San Jerónimo, existiendo en ciertos sitios hasta tres escrituras sobrepuestas. Han debido, por medio de procedimientos químicos, hacer revivir el texto de las *Instituciones* de Gayo.

De estas tentativas nacieron tres lecturas o lecciones diferentes: a) La de Goeschen, en 1817. Sirvió para publicar la primera edición de las *Instituciones*, en Berlín, 1820; b) La de Bluhme, que revisó el manuscrito en 1821 y en 1822. Empleó reactivos más enérgicos y descifró varios pasajes que Goeschen no pudo leer; pero su lectura inspira menos confianza. Ha continuado en numerosas ediciones, particularmente en Francia por Pellat en su *Manual* (1844-1874) y por Giraud en su *Enchiridium* (1873); c) La de Studemund, que a pesar del mal estado del manuscrito, la revisó de nuevo con éxito, de 1866 a 1868. Su lectura,

57. (1) Las inscripciones latinas se han reunido en dos colecciones principales: *a)* una publicada en Zurich, por Orelli, en 1828. *Inscriptionum latinarum amplissima collectio*, comprende dos volúmenes. Un tercer volumen suplementario fué publicado en 1856, por Henzen.—*b)* El otro, editado en Berlín después de 1863, *Corpus inscriptionum latinarum*, fué continuado periódicamente por el *Ephimeris epigraphica*.—En cuanto a los *papyrus*, desde 1893 fueron objeto de gran número de colecciones en Alemania, Italia e Inglaterra.

más segura y completa, ha llenado bien las lagunas. Sólo fué en 1874 cuando publicó el resultado de sus trabajos en un *Apographum* o *facsimile* de manuscrito (1).

Este nuevo texto ha producido varias ediciones. En Francia podemos citar la de Dubois en 1881, la de Giraud en un apéndice a su *Enchiridium* en 1882. Más tarde, en 1878 y en 1883, Studemund se ocupó de nuevas investigaciones, después de las cuales publicó en Berlín, en 1884, otra edición conteniendo algunas modificaciones al *Apographum* (2). Fueron puestas con gran provecho en las últimas colecciones de textos publicados en Francia por Girard y Mispoulet (1890-1923). Aun quedan varios huecos en el manuscrito; pero, así y todo, ha realizado un progreso considerable para el conocimiento del Derecho Romano, revelando algunos detalles hasta aquí desconocidos.

2. *Ulpiani Regularum liber singularis.*—Domiciano Ulpiano, originario de Tyr en Fenicia, fué discípulo de Papiniano y compuso varias obras bajo el reinado de Caracalla. El libro de las *Reglas* se publicó por primera vez en 1549, según un manuscrito del siglo x, cuyo texto es exacto, pero incompleto.

Estamos en posesión de veintinueve títulos, subdivididos en párrafos. Por regla general se le atribuye al mismo jurisconsulto: a) Un fragmento de *Instituciones* hallado en Viena en 1835 y conocido bajo el nombre de *fragmentum Vindobonense.*—b) Y otro fragmento de *jure fisci*, encontrado en Verona con el palimpsesto de Gayo.

3. *Pauli sententiarum libri quinque.*—Julio Paulo fué contemporáneo de Ulpiano y, lo mismo que él, publicó varios tratados. Las *Sentencias* datan del fin del reinado de Caracalla. Sólo existen fragmentos. El más considerable proviene del *Breviario* de Alarico, que, por cierto, no da más que un texto modificado y poco seguro. Se unen también otros extractos originales provistos de varias colecciones. Todo ello está dividido en cinco libros, subdivididos en títulos y párrafos.

4. *Fragmentum Dosithaeanum.*—Este fragmento, de un antiguo jurisconsulto desconocido, se llama así porque fué conservado en un manuscrito donde figura después del *Ars grammatica* del profesor griego Dositeo. Se publicó en 1573 por Pedro Pithou. Habla de la división del Derecho, de las fuentes del Derecho, y, más que nada, de las manumisiones.

II. *Colecciones publicadas por los jurisconsultos.*—1. *Fragmenta Vaticana.*—Se llama de esta manera una colección compuesta de fragmentos de jurisconsultos, sobre todo de Paulo, Ulpiano, Papiniano y de Constituciones imperiales de Septimio Severo y Caracalla (año 205) a Valentiniano I (año 372). Se ignora el origen de esta colección, aunque parece ser de fines del siglo IV. Fué descubierto sobre un pergamino por el monje Angelo Mai, en 1821, en la biblioteca del Vaticano, de

---

58. (1) Más recientemente, una reproducción fototípica del manuscrito ha sido publicada en Léipzig, en 1909.

(2) La reimpresión de esta edición, publicada por Krueger, en 1889 *(collectio librorum juris antejustinianei*, I), ha dado también el texto del *manuscrito de Autum*. En 1898, Emilio Chatelain descubrió en Autun un pergamino en el cual se había escrito en el siglo VII las *Instituciones* de Casiano. Se creyó por el momento que era un nuevo manuscrito de las *Instituciones* de Gayo; pero la lectura del texto, que estaba borrosa, disipó esta ilusión. En efecto, sólo contiene una especie de explicación elemental e incompleta de estas *Instituciones*, que más bien parece ser estar hecha para la enseñanza del Derecho hacia la mitad del siglo V.

N. del T.—Las Instituciones de Gayo, que sirvieron de modelo a las de Justiniano, y forman continuamente el tema de apreciables trabajos científicos, contienen una clara y sucinta exposición del Derecho Romano en su totalidad, de carácter privado, y de los tiempos de los emperadores Antonino Pío y Marco Aurelio, indispensable para la recta inteligencia de la historia del Derecho de Roma y de las Instituciones de Justiniano.

donde procede su nombre, y publicado por primera vez en 1823. Fué dividida en párrafos.

2. *Lex Dei* o *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.*—Es de autor desconocido, lo mismo que la fecha, que por regla general se coloca hacia principios del siglo v. Es un paralelo de fragmentos tomados del Derecho Romano y de la Historia Sagrada. La colección, que por sí misma tiene poco valor, por otra parte es preciosa, a causa de conservar extractos de obras, hoy desaparecidas. Estos extractos están tomados de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y también de los tratados de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino y Gayo. La *Collatio* se publicó por primera vez en 1573 por Pedro Pithou. Está dividida en libros, títulos, capítulos y párrafos.

3. *Consultatio veteris jurisconsulti.*—Esta colección, de poca extensión y autor desconocido, data del final del siglo v. Contiene algunos extractos de las Sentencias de Paulo y de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Publicado primeramente por Cujas en 1577, se dividió en capítulos y párrafos.

4. *Fragmentos del Sinaí.*—Estos fragmentos, descubiertos en un monasterio del Sinaí, fueron editados la primera vez por M. Dareste en 1880. Contienen escolios, escritos en griego sobre una parte del tratado de Ulpiano, *ad Sabinum*. El autor, que también es desconocido, lleva opiniones de Paulo, Modestino, Marciano, Florentino, y cita los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

La fecha de estos fragmentos se supone entre estas compilaciones y los trabajos de Justiniano (3).

5. En fin, también poseemos una parte solamente de los *Códigos Gregoriano* y *Hermogeniano*. Los fragmentos conservados son del *Breviario* de Alarico, de la *Consultatio*, de la *Collatio*, de la *Fragmenta Vaticana* y de Papiano. Las mejores ediciones son las de Haenel, en 1842, y de Krueger, en 1890 (*Collectio liberarum juris antejustinianei* III).

III. *Colecciones de los emperadores y de leyes bárbaras.*—1.° *El Código Teodosiano* fué en parte reconstituído, aunque no lo tenemos todo entero. Conocido, en primer lugar, por los extractos insertos en el *Breviario* de Alarico, y después, por manucritos descubiertos posteriormente, fué editado de esta manera por Cujas, en 1566.

Después de varios trabajos de Fabrot, profesor en Aix, fué comentado por Santiago Godofredo, cuya obra, publicada en Lyon, en 1565, en seis volúmenes, a veces encuadernados en dos o tres, fué reimpresa con nuevas adiciones, en siete volúmenes, de 1736 a 1745. Desde entonces, por nuevos descubrimientos hechos por Peyron, en 1823, en la biblioteca de Turín y en 1824 por Clossius en la biblioteca Ambrosiana de Milán, se ha logrado reintegrar los cinco primeros libros, que son de suma importancia, porque tratan del derecho privado. En la actualidad la edición más importante que nos queda del Código Teodosiano, es la de Mommsen. Dos años después de su muerte fué terminada y

(3) Todos estos tratados o fragmentos se han editado a menudo con otros de menor importancia. Nos limitaremos a la última publicación: *Textos del Derecho Romano*, por P. F. Girard, 5.ª edición, 1923, a la cual se refieren las llamadas de nuestra obra. Esta colección está al corriente de los trabajos más recientes y se consultarán, con excelente fruto, las notas en francés que el autor ha unido a los textos.

N. del T.—Las mejores ediciones de las obras de Ulpiano son las de Krüger, Boecking, Vahlen, Huschke, Gneist, Muirhead, Mispoulet y Girard. De las de Paulo, es la mejor la de Krüger, seguida por Gneist, Mispoulet y Girard.

Los *Fragmentum Dositheanum* se hallan en la *Collectio* II y en las colecciones antes citadas.

Puede considerarse como la mejor edición de los *Fragmenta Vaticana*, la de R. Mommsen.

La última edición de la *Lex Dei* es también de R. Mommsen, seguida por Girard.

Después de la edición de Cujas de la *Consultatio veteris jurisconsulti*, han publicado otras Puggé, Huschke y Krüger, a la que han seguido Mispoulet y Girard.

publicada por Pablo Meyer, que a fines del mismo año hizo aparecer también una nueva edición de *Novelas Theodosianas* y *post-Theodosianas*.

2.° Las leyes romanas de los bárbaros las tenemos enteras: el *Edicto de Teodorico*, el *Papiano* y el *Breviario de Alarico*. Esta última colección, la más importante de muchas, fué publicada primero por Sichard en 1528, habiendo servido en parte para transmitirnos las *Instituciones* de Gayo, hasta el descubrimiento del pergamino en Verona, no conociendo más que por esto una parte de las Sentencias de Paulo y ciertos fragmentos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. La edición mejor es la de Haenel, en 1849.

II. Legislación de Justiniano.

59.—1. Tenemos las *Instituciones*, el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*. El texto de estas colecciones nos ha sido conservado por cierto número de manuscritos, cuya comparación ha sido objeto de varias ediciones, sobre todo para las *Instituciones* y el *Digesto*.

Las ediciones más notables de las *Instituciones* son: a) La de Cujas, en 1595.—b) La de Schrader, en 1836.—c) La de Krueger, en 1867-1872; segunda edición, 1899.

En cuanto al *Digesto*, se distinguen tres clases de ediciones, con arreglo a las diversas lecciones adoptadas, que son: a) La *Lectio Florentina* o *littera Pisana*. Es la reproducción de un célebre manuscrito conteniendo sólo las Pandectas y escrito en pergamino, hacia el siglo VII, por los copistas griegos. Según la tradición, Lotario II lo había hallado en Almalfi en 1135, en el momento de tomar esta villa, y lo había entregado a Pisa. De aquí lo transportaría a Florencia en 1406, donde aun hoy se conserva en la Biblioteca Laurentiniana. Está considerado como el más puro, aunque presenta algunas incorrecciones (1). b) La *Lectio Vulgata*, establecida por los glosadores, según un manuscrito que reproducía generalmente la *Florentina*, y otro manuscrito original hoy perdido ya.—c) La *Lectio Norica*, obra de Haloander. Esta lección se publicó en 1529, en Nuremberg, de donde le viene el nombre.

Las diversas partes de la obra de Justiniano se han impreso a menudo, separadamente, aunque también han sido publicadas en una sola obra, bajo el nombre de *Corpus juris civilis*. Estas ediciones completas están *glosadas* y *no glosadas*.

1.° De las ediciones *glosadas*, la mejor es la de Lyon, en 1627. Comprende seis volúmenes: I. *Digestum vetus* (Lib. 1 a 24).—II. *Infortiatum* (Lib. 25 a 38).—III. *Digestum novum* (Lib. 39 a 50).—IV. *Codex* (Lib. 1 a 9).—V. *Volumen parvum* (Los tres últimos libros del *Código*, las nueve *collationes* de las *Novelas*, los *Libri feudorum* (2) y las *Instituciones*).—VI. Una tabla general.

2.° Entre las ediciones *no glosadas*, unas llevan notas y otras no. a) De las que tienen notas podemos citar la de Dionisio Godofredo, el padre de Santiago Godofredo, comentador del Código Teodosiano. Publicada en Génova, en 1624, fué reimpresa en Amsterdam, en dos volúmenes, en el año 1663.—b) Las ediciones sin notas son muy numerosas. La de Freiesleben, en un volumen (1721 a 1789), tuvo una fama

---

59. (1) Una reproducción fototípica del manuscrito de Florencia está en vías de publicación en Roma desde el año 1902.

(2) Los *Libri feudorum* son extraños al Derecho Romano; contienen reglas de Derecho feudal lombardo.

poco justificada. Reproduce generalmente la *Vulgata*. Reimpresa en 1862 en París por Galisset, se ha hecho en Francia la edición oficial, a pesar de sus muchas imperfecciones. Es bastante inferior a la de los hermanos Kriegel, que publicaron en dos volúmenes en Leipzig (1828-1843). Las mejores son las de Mommsen, Krueger, Schoell y Kroll en tres volúmenes: I. Las *Instituciones* (Krueger) y el *Digesto* (Mommsen), 1872 (Véase número 51, nota 4).—II. El *Código* (Krueger), 1879.—III. Las *Novelas*, cuya publicación continuada por Schoell, de 1880 a 1891, hasta la *Novela* 80, interrumpida en 1893 por la muerte de su autor, fué terminada por Kroll en 1895 (3).

En fin, citaremos una última edición del *Digesto* solo, en dos pequeños volúmenes in—12, publicada en Milán por Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja. El primer volumen (Lib. 1 a 28) apareció en 1908.

II. *La paráfrasis de las Instituciones* de Justiniano, atribuída a Teófilo, ha sido frecuentemente impresa y traducida en latín y en francés. De las ediciones antiguas, la mejor es la publicada por G. O. Reitz en La Haya, en 1751. Lleva el texto en griego, y la traducción latina con notas, en dos volúmenes. Una nueva edición, por Ferrini, se publicó en 1897.

III. Derecho posterior a Justiniano.

60.—Los trabajos ejecutados en el Imperio de Oriente desde el siglo VIII se conservan casi todos. Varios de ellos se publicaron por Zacarías en la *Collectio librorum juris graeco-romani*. Sin embargo, sólo existe una partida de la más importante, que es las *Basílicas*. De las ediciones antiguas, la más completa es la de Fabrot, en 1647. Después de las publicaciones de algunos fragmentos, Heimbach hizo aparecer en seis volúmenes en Leipzig, de 1833 a 1870, todo lo que faltaba de las *Basílicas*, es decir, veintinueve libros enteros, diez libros incompletos y fragmentos de otros diecisiete, teniendo que añadir también un suplemento a los libros quince a diecinueve, publicados por Zacarías en 1864, y un séptimo volumen, publicado en 1897 por Ferrini y Mercati.

§ 7.—Objeto del Derecho privado.—Plan del tratado.

61.—Según las *Instituciones* de Gayo y las de Justiniano, el estudio del Derecho tiene un objeto triple: las *personas*, las *cosas*, y las *acciones* (1).

1. La *Teoría de personas* examina los individuos en el punto de vista de su estado, de su capacidad y del papel que juegan en la familia y en la sociedad.

---

(3) Otra edición muy recomendable de las *Novelas* de Justiniano es debida a Zacariae (1881). Hay que añadir dos importantes apéndices.

N. del T.—Respecto a las ediciones de cada una de las compilaciones de la legislación de Justiniano, que en el texto no se mencionan, pueden indicarse como dignas de ser citadas las siguientes:

Código.—La *Editio princeps*, impresa en Maguncia en 1475; la de Aloandro (Meltzer), impresa en Nuremberg; la de Hermann, en 1868, y principalmente la de Krüger, en 1879.

Novelas.—Una edición crítica dirigió Zacariae, de orden cronológico, en Leipzig, 1881; pero la mejor está constituída por el tercer volumen del *Corpus juris civilis*, de Berlín, con nueva versión latina de Schoell y Kroll.

61. (1) Gayo, I, § 8: *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res, vel ad actiones.*—Cf. I, pr., *de jure pers.*, I, 2.

2. La *Teoría de las cosas* comprende el estudio de los bienes que componen el patrimonio de las personas, los efectos, y la transmisión de los derechos que puedan tener sobre estos bienes.

3. La *Teoría de las acciones* tiene por objeto los medios para asegurar a cada uno el respeto y la consideración de sus derechos, dirigiéndose cuando sea necesario a la autoridad judicial.

Esta división ha sido criticada por varios comentaristas modernos, a quienes parece poco metódica. Sin embargo, la seguiremos por dos razones. Primera, porque es muy natural conservar en el estudio del Derecho Romano el mismo cuadro que le dieron los jurisconsultos de Roma; pues rechazarlo para colocarlo en otro, acaso más regular, pero que no tuviera nada de romano, sería exponerse a su alteración general fisonómica. Además, esta clasificación es la más sencilla, la más clara, y la que permite cumplir con el excelente precepto la observación que Justiniano recomienda: empezar por las nociones más fáciles para llegar después a las materias más complicadas (2).

Los principios del Derecho Romano de los que haremos su estudio, estarán repartidos de la siguiente manera:

Primer libro.—De las personas.

Segundo libro.—De las cosas: 1.ª parte: Derechos reales.
2.ª parte: Obligaciones.
3.ª parte: Modos de adquirir *per universitatem.*

Tercer libro.—De las acciones.

---

(2) I, § 2, *de justit.*, I, 1... *Incipientibus nobis exponere jura populi romani ita videntur posse tradit commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur...*

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

62.—La palabra persona designaba, en el sentido propio, la máscara de la cual se servían en escena los actores romanos dando amplitud a su voz *(personare)*. De aquí se empleó en el sentido figurado para expresar el papel que un individuo pueda representar en la sociedad; por ejemplo, la persona del jefe de familia, la persona del tutor. Pero estas personas sólo interesan a los jurisconsultos en el sentido de los derechos que pueden tener y obligaciones que les sean impuestas. En otra significación más extensa, se entiende por *persona* todo ser susceptible de derechos y obligaciones.

Los jurisconsultos distinguen *dos divisiones* de las personas:

1. La primera, que es la más extensa, distingue los *esclavos* y las *personas libres* (1). Aparte de algunas diferencias en detalle, los esclavos tienen en derecho, sobre poco más o menos, la misma condición. Las personas libres, por el contrario, se subdividen, por una parte, en *ciudadanos* y *no ciudadanos*, y por otra, en *ingenuos* y *libertinos*.

2. La segunda división se aplica a las personas consideradas en la familia. Las unas son *alieni juris*, o sometidas a la autoridad de un jefe; las otras, *sui juris*, dependiendo de ellas mismas (2).

Siguiendo esta división, vamos a estudiar las personas y los diferentes papeles que pueden desempeñar en la sociedad y en la familia romanas.

---

62. (1) Gayo, I, § 95: *Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

(2) Gayo, I, § 48: *Sequitur de jure personarum alia divisio; nam quaedam personae sui juris sunt quaedam alieno juri sunt subjetae.*

N. del T. —Bajo el concepto que de personas se da en el texto, no se comprende únicamente a los hombres, sino también a los seres morales o de razón (personas *jurídicas o sociales*) que, personificados por la ley, son susceptibles de tener derechos y obligaciones (Estado, ciudad, fisco, corporación). En sentido inverso, no todos los hombres son por Derecho Romano personas; los esclavos no tienen, al menos por derecho antiguo y relativamente a sus dueños, ni derechos ni obligaciones; forman parte de las cosas, de los objetos sobre que se establecen los derechos. Por la consideración expuesta al principio, los jurisconsultos también dividen las personas en *físicas y jurídicas o sociales*. Las clases de personas señaladas por el autor se refieren a las personas físicas.

Es de notar que ocupándose el texto en este tratado de las personas físicas no se hace la menor indicación respecto a los requisitos de esa clase de personalidad, es decir, a la existencia del individuo humano, determinada por el nacimiento con separación del cuerpo de la madre, la viabilidad y la forma humana, y a la capacidad jurídica otorgada por la posesión de los *status* de libertad, ciudad y familia. Sobre estos puntos, cuyo examen no es propio de una nota, véase Windscheid, *Pandekten*, I, y Serafini, *Inst. de Der. Rom.*, traducción de Trias.

PRIMERA DIVISIÓN

ESCLAVOS Y LIBRES

Capítulo I.—De los esclavos

§ 1.—Generalidades.

63.—La esclavitud es la condición de las personas que están bajo la propiedad de un dueño. En rigor, en todos los pueblos antiguos esta institución fué considerada como de derecho de gentes. Era un elemento esencial de las sociedades antiguas, encontrándose uno sorprendido al considerar que los grandes filósofos aceptaban este principio como necesario y natural (1).

Algunos espíritus más claros reconocen, sin embargo, que, según la naturaleza, todos los hombres son iguales y libres (2), habiendo sido expresada esta verdad en varios textos de los jurisconsultos romanos (3). Pero aunque el cristianismo lo haya proclamado bien alto, apenas ha salido del dominio de la teoría. La institución había penetrado profundamente en las costumbres para hacer posible su desaparición. Salvo las medidas legales que desde el primer siglo del Imperio protegen al esclavo contra el exceso del poder del señor, y también salvo una notable disminución de causas de servidumbre, con una facilidad más grande acordada por Justiniano para las manumisiones (V. n.° 76), la esclavitud fué tan floreciente bajo este príncipe como en los primeros siglos de Roma.

La esclavitud nació de la guerra. En los pueblos primitivos, el enemigo no tiene ningún derecho, y el vencedor puede apropiarse lo mismo la persona que los bienes del vencido (V. n.° 172, 2). Los prisioneros eran condenados a muerte, con frecuencia, después de celebradas a su vista las fiestas del triunfo, aunque el interés del vencedor les hacía también esclavos (4).

---

63. (1) Según Aristóteles, la esclavitud es natural y legítima *(Politic.*, L. I, c. 1, §§ 4 y 5.—C. 2, §§ 7, 9 y 14). Cicerón parece aceptarla como un hecho inseparable de las necesidades de la vida *(De republ.*, 3). Séneca, en una carta admirable, recomendaba a los amos tener humanidad con los esclavos (Epist. 47); pero sin combatir, por otra parte, el principio de esclavitud, coloca con los estoicos la verdadera libertad en el dominio de la conciencia; para él, el único esclavo es el que obedece a sus pasiones; el sabio siempre es libre (Epist. 75, § 14.—*De benef.*, III, 20).

(2) Platón, aunque admitiendo la necesidad de esclavitud en la sociedad, según la veía organizada *(Leyes* 6, 7, *passim)*, reconoce que no es natural, no dándola sitio ninguno en una sociedad ideal *(Republ.*, 2, 3, *passim)*. Otros filósofos griegos citados por Aristóteles, pero sin darnos el nombre, repudiaban la esclavitud, como contraria a la naturaleza *(Polit.*, L. I, c. 2, § 3).

(3) Véanse los textos citados n.° 6, nota 8, y n.° 65, nota 7.

(4) Cf. Cicerón: *Act.*, 2 *a in Ver.*, V, 30.—*Ad Attic.*, IV, 16.—Tito Livio, XII, 11 (7 y 8), 28 (8).—Es por razón de este origen de la esclavitud por lo que Justiniano hizo provenir, sin razón, *servus de servare* (§ 3, *de jur. pers.*, I, 3). El mismo texto nos dice que a los esclavos los llamaban *mancipia quod ab. hostibus manu capiuntur*. Al esclavo también se le llama con frecuencia *homo puer*.

§ 2.—Causas de la esclavitud.

64.—Se puede *nacer* esclavo o llegar a *serlo* por alguna causa posterior al nacimiento (1).

Los *hijos de mujer esclava* nacen *esclavos*. En efecto, una mujer esclava no puede contraer matrimonio legítimo, siendo una ley natural que los hijos nacidos fuera de matrimonio sigan la misma condición de la madre (2).

En principio toman la condición que la madre en el momento que adquieren una existencia distinta, es decir, en el momento del nacimiento (Gayo I § 89). Pero, por favor a la libertad, se admite que si la madre concibe libre y alumbra esclava, el hijo nace libre. Acabando por decidir que es suficiente para que el hijo nazca libre que la madre lo haya estado en cualquier momento de su gestación. (I., pr. *de ingen.*, I 4).

2. Los esclavos lo son según el *derecho de gentes* o según el *derecho civil*.

a) Según el *derecho de gentes*, pueden ser esclavos por la *cautividad*. Los romanos ejercían este derecho sobre los ciudadanos de otras naciones, sometiéndose en dos casos: en consideración de los enemigos *hostiles*, a quienes regularmente han declarado la guerra; y hasta en tiempo de paz, en consideración de los pueblos con los cuales no se haya hecho ningún tratado de amistad (3).

Según una tradición fundada en la equidad, y admitida en el Derecho, el prisionero deja de ser esclavo cuando se escapa y vuelve a su hogar. Entonces disfruta del *jus postliminii* (4). Por una ficción, el efecto de su cautividad se ha borrado retroactivamente, de suerte que vuelve a la condición jurídica donde estaría si no hubiese caído en poder del enemigo. Siendo hijo de familia, vuelve a quedar como si jamás hubiese salido de la potestad paternal, y siendo jefe de familia queda reputado como si siempre hubiese conservado sus derechos de potestad.

Pero la ficción que opera en el *derecho* no puede reaccionar sobre los hechos (5). Por tanto, si el prisionero poseía bienes queda interrumpida su posesión a pesar de su retorno; si estaba casado, *el postliminium* no restablece su matrimonio, disuelto por la cautividad (V. n.º 90, 2).

b) Según el Derecho civil, la libertad es un principio inalienable; nadie puede ser esclavo por efecto de una convención o de un abandono voluntario de su cualidad de hombre libre (6). Pero en ciertos casos el Derecho civil impone la esclavitud como una pena.

---

64. (1) § 4, *de jur. pers.*, I, 3: *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate aut jure civili...*

(2) Ulpiano, L. 24, D., *de stat hom.*, I, 5. Se llamaba Verna al esclavo nacido en la casa del amo.

(3) Pomponius, L. 5, D., *de capt.*, XLIX, 15.—El que haya sido prisionero en una guerra civil o por los piratas queda libre por derecho (L. 19, § 2.—L. 21, § 1, D., *eod.*).

(4) Paulo, L. 19, pr., D., *de capt.*, XLIX, 15.—I, § 5, *quib. mod. jus potest.*, I, 12: *Dictum est autem postliminium a limine et post.*—Cf. Cicerón, *Topic.*, 8.

(5) Cf. para el Derecho Trifonio, L. 12, § 6, D., *de capt.*, XLIX, 15: *Caetera quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit pro eo habentur ac si nunquam iste hostium politus fuisset.* Ad L. 12, § 1, D., *eod.* Para el hecho, L. 12, § 2, D., *eod: Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt...* Papiniano, L. 19, D., *ex quib caus. maj.*, IV, 6; *...Placet interruptam possessionem postliminio non restitui. Causa... facti non continetur postliminio.*

N. del T.—V. sobre la esclavitud a Wallon, *Histoire de l'escl.*

(6) Callistrato, L. 37, D., *de lib. caus.*, XL, 12: *Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest.*—Cicerón, *Pro domo*, 29.

Así, en el Derecho antiguo, todo el que no estaba inscrito en los registros del censo se hacía esclavo. (V. n.º 14, 2); lo cual cayó en desuso con los censos. La ley de las XII tablas castigaba con la misma pena al hombre libre cogido en flagrante delito de robo, aunque el pretor lo sustituía con una multa. (V. n.º 451, A).

Bajo el Imperio, las causas de reducción a esclavitud son las siguientes:

1.ª La condenación a las *minas* o a las *bestias feroces*, o bien el internamiento en una escuela de gladiadores. Estos condenados se llaman *servi poenae*, porque no tienen más dueño que su castigo; sus bienes se confiscan y venden en provecho del Estado (7).

Constantino suprimió la condenación a las bestias y los combates de gladiadores (L. 1, C., *de gladiat.*, XI, 43) y Justiniano decidió que la condenación a las minas no trajera por consecuencia más la esclavitud (Nov. 22, c. 8).

2.ª En el año 52 de nuestra era, un senadoconsulto claudiano castigó con la esclavitud a toda mujer libre que ejercitaba un comercio con el esclavo de otro (Cf. Paulo, S. II 21.ª). Esta disposición fué abrogada por Justiniano (I § 1, de *suc. subl.*, III, 12).

3.ª La reducción a servidumbre estaba incursa también en el caso siguiente: un hombre libre se hacía vender como esclavo por un cómplice, repartía el precio con él, y después reclamaba su libertad inalienable.

Para evitar este fraude, el edicto del pretor, confirmado después por los senadoconsultos, decidió al fin de la República que la acción reclamando la libertad le fuese denegada, quedando esclavo; pero a condición de que tuviese, por lo menos, veinte años, que fuese de mala fe, y que, en cambio, el comprador fuese de buena fe (8).

4.ª Después de varias medidas tomadas por los emperadores para reprimir la ingratitud de los manumitidos hacia sus amos, Cómodo establece de un modo general que sobre la demanda del patrono, el liberto ingrato pueda ser repuesto en esclavitud por decisión del magistrado. (L. 6, § 1, D., *de agnosc. et. al.*, XXV, 3).

Estas dos últimas causas de reducción en esclavitud, según el Derecho civil, son las únicas que subsisten en la época de Justiniano.

§ 3.—De la condición de los esclavos.

65.—El esclavo está sometido a la autoridad de un dueño, *dominus*. Después de estudiados los caracteres y efectos de esta autoridad, examinaremos la condición de los esclavos en la sociedad romana.

I. *Potestad del dueño sobre el esclavo.*—Esta potestad es de derecho de gentes, como la esclavitud (Gayo I, §§ 52 y 54). Puede pasar con los mismos caracteres de un ciudadano a un peregrino, y lo mismo puede pertenecer al hombre que a la mujer, *sui juris*. En fin, es absoluta, y lo mismo se ejerce sobre la persona como sobre los bienes del esclavo.

1. *Derechos sobre la persona.*—El dueño tiene poder de vida y de muerte sobre el esclavo (1). Por cuya razón puede castigarle, venderle

(7) Ulpiano, L. 8, §§ 11 y 12, D., *de poen.*, XLVIII, 19.—Gayo, L. 8, § 3, D., *qui test. fact. pos.*, XXVIII, 1.

(8) Ulpiano, *ad edictum*, L. 7, pr., §§ 1 a 3, D., *De lib. caus.*, XL, 12. — Paulo, L. 23 pr., D., *eod.*—Pomponio, L. 3, D., *quib ad. libert.*, XL, 13.

65. (1) Gayo, I, § 52: *Apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse.*

o abandonarle. Sería fácil creer que este poder se ejerció primeramente con mucho rigor, humanizándose más tarde, en una época más avanzada de civilización, habiendo ocurrido precisamente todo lo contrario.

La potestad del dueño fué, en primer lugar, una especie de autoridad doméstica, que usaba con ciertos miramientos, y cuya moderación tenía diferentes causas. En los primeros siglos, los romanos no tuvieron más esclavos que los prisioneros hechos a las naciones vecinas; es decir, a los pueblos de la *misma raza* que ellos y de la *misma religión*. Estos esclavos lo fueron, además, *en pequeño número;* la comunicación del trabajo estableció entre ellos y sus amos armonías más íntimas; se consideraban casi como de la familia. Por eso Catón hacía sus comidas con sus esclavos, y cuando castigaba a alguno de ellos era como un juez, después de la prueba judicial, en presencia y juicio de todos los otros (2).

Al fin de la República cambia la situación. Los esclavos ya no son más que extranjeros o bárbaros; la *diversidad de razas*, de costumbres y de *religión*, les separa profundamente del ciudadano romano, que los desprecia, mientras que por el número, en realidad considerable, crean un peligro para el Estado, cuyas guerras serviles son testimonio de su gravedad (3). De ahí la desconfianza y la crueldad de los amos, cuyos excesos no tuvieron límites.

En esta situación se hizo indispensable la intervención del legislador, no sólo por razón de humanidad, sino también por los intereses del Estado, puesto que el rigor de los amos podía empujar a los esclavos a una revolución. La ley *Petronia*, bajo Augusto o bajo Nerón, fué la primera inmixtión de los poderes públicos en relación con el esclavo y el amo. Presta atención al carácter absoluto del poder, prohibiéndole en absoluto vender un esclavo para combatir las fieras feroces.

Sólo el juez, después de un examen, es el que puede tomar tamaña decisión. L. 11 § 2. D., *ad. leg. Corn. de sic.*, XLVIII 8). Otras medidas tomadas también por Claudio, Adriano y Antonino el Piadoso acabaron de reprimir lo que había de más odioso: los abusos del poder del dueño; resultando que aquel que mata a su esclavo es tratado como criminal, y si algún amo se mostrase demasiado cruel con sus esclavos, el magistrado puede obligarle a venderlos. Estos progresos se realizaron ya en el siglo II de nuestra era, y salvo reformas de detalle, la legislación sólo se modificó sensiblemente bajo Justiniano (4).

2. *Derechos sobre los bienes.*—Todo lo que el esclavo adquiere pertenece al dueño; no puede tener nada en propiedad (5).

Es verdad que en buena hora se introdujo la costumbre de dejar un *peculio* al esclavo; es decir, algunos bienes, cuya administración le dejaban, con lo cual podía sostener el comercio, quedando libre para aumentar sus beneficios (6). El peculio tenía con frecuencia un valor considerable; algunas veces comprendía también otros esclavos llamados *vicarii*. Pero el dueño que lo había constituído conservaba siempre la propiedad, con derecho a retenerlo a su capricho, aunque esto ocurría rara vez. Cuando libertaba al esclavo, si no recogía el peculio esta-

(2) Plutarco, *Coriolan*, 24; *Catón el antiguo*, 4, 20, 21, 32. Plino, *Hist. nat.*, XXXIII, 1, 6, *in fine*.—Macrobio, Saturn., I, 11: *Majoris nostri omnen dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt.*

(3) Un amo solía tener varios miles de esclavos a la vez en el tiempo del Imperio. Cf. Plinio, *Hist. nat.*, XXXIII, 10.—Tácito, *An.*, *XIV*, 42, 43, 44.

(4) Gayo, I, § 53: *Sed hoc empore neque civibus romanis nec illis aulliis hominibus qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire.*—Ulpiano, L. 2, D., *de his qui sui...* 1, 6.—I, § 2, *eod.* I, 8.

(5) Gayo, I, § 52: *Quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.*—I, § 1, *de his qui sui...* I, 8.

(6) L. 5, § 4, D., *de pecul.*, XVI, 1: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus, libro sexto digestorum refert; quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet...*

ba obligado a dárselo al esclavo, que se hacía propietario por usucapión. Pero el esclavo manumitido por testamento únicamente se quedaba con el peculio si el amo se lo había legado. (Cf. Fr. Vat., § 261.)

II. *Condición del esclavo en la sociedad.*—La condición jurídica del esclavo se resume en estos dos principios: a) En el *derecho civil* no tiene personalidad; es una especie de muerte civil. Es una *cosa* clasificada en la categoría de las *res mancipi* (V. n.º 141); b) En derecho natural, el esclavo no se diferencia de los demás hombres. Tiene los mismos derechos y los mismos deberes, así que figura en la división principal de las *personas* (7).

El principio de Derecho civil no quedó absoluto: ha tenido atenuaciones bajo la influencia del derecho natural, y también en el interés de los dueños, para quienes el esclavo puede ser un instrumento útil de adquisición. De la fusión de esta diversidad de ideas proceden las reglas a las cuales está sometida la condición del esclavo en la época clásica, que se fueron modificando sensiblemente, bajo Justiniano. He aquí el resumen; más adelante hablaremos de su desarrollo:

1.º El esclavo no tiene ningún derecho político.

2.º No puede casarse civilmente. La unión de hecho que contrata, llamada *contubernium*, sólo engendra un parentesco *natural, cognatio servilis*, cuyos efectos son muy limitados. (V. n.º 91, III).

3.º Según el Derecho civil, no puede hacer ninguna adquisición; pero en los actos jurídicos puede figurar, tomando la personalidad de su dueño, que resulta de esta manera propietario o acreedor del esclavo. (V. núms. 258 y 477).

4.º No puede obligarse civilmente por sus contratos, pero se obliga naturalmente. (V. n.º 485).

5.º El Derecho civil no admite que el esclavo, al contratar, pueda hacer deudor al dueño. Pero el pretor permite a los terceros que hayan tratado con el esclavo obrar contra el dueño, cuando éste le haya autorizado a contratar. (V. núms. 479 y 480).

6.º El esclavo no puede obrar en justicia, ni para sí, ni para ningún otro. (L. 6. C., *de judic.* III, 1). Sin embargo, esta regla está atenuada bajo el procedimiento extraordinario. (V. n.º 782, 1, a).

Tal era el derecho común. Por excepción había algunos esclavos más favorecidos: eran los *servi publici*, o esclavos del pueblo romano. Podían ser propietarios y disponer por testamento de la mitad de sus bienes. (Ulpiano XX § 16). Otros, por el contrario, quedaban bajo la condición ordinaria de esclavos: eran los esclavos sin dueño, por ejemplo: los *servi poenae*. No podían mezclarse en la vida civil y no tenían ni peculio ni esperanza de ser libertados. Por lo pronto, la diversidad de oficios en los que se empleaba a los esclavos creaba entre ellos, para la sociedad, una desigualdad bastante considerable. En efecto: ¡Qué diferencia entre el bárbaro habituado a los más rudos trabajos y el esclavo griego, con la inteligencia cultivada, cuyo señor era el preceptor de sus hijos! (8)

---

(7) Cf. Sobre estos dos puntos de vista opuestos: Ulpiano, L. 59, § 2, D., *de condit.*, XXXV, 1: *Servitus morti adsimilatur.*—L. 32, D., *de reg. iur.*, L. 17: *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali quia, quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt.* Ulpiano, XIX, § 1: *Mancipi res sunt... servi...*—Gayo, I, § 9: *...Omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

(8) N. del T.—En definitiva, puede afirmarse que ninguna diferencia legal existía entre la condición de los esclavos. El dueño tiene derechos igualmente absolutos en todos, aunque los unos pueden, según la voluntad del mismo, gozar de mejor suerte que los otros. Ya indica el texto que ciertos esclavos *(servi vicarii)* pueden ejercer sobre otros esclavos *(servi ordinarii)* cierta especie de autoridad; vese con frecuencia a un esclavo mayordomo o administrador mandar a esclavos inferiores; pero éstas son diferencias de hecho, cuya desaparición dependía de la voluntad del dueño, y que, por consiguiente, no constituían diferencias legales.

Capítulo II.—De las personas libres.

66.—Toda persona que no sea *esclava* es *libre*. Pero hay diferencias muy importantes en la condición de las personas libres. Podemos subdividirlas en *ciudadanos* y *no ciudadanos*, en *ingenuos* y *libertinos*.

Sección 1.ª—De los ciudadanos y no ciudadanos.

67.—La división de personas en *ciudadanos* y *no ciudadanos* tiene por base la posesión o la privación del *derecho de ciudadanía romana*.

Al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del Derecho civil romano. Pero las condiciones políticas y financieras hicieron otorgar poco a poco la cualidad de ciudadano a todos los habitantes del Imperio; así que, al principio del siglo III de nuestra era, esta distinción perdió la mayor parte de su importancia.

§ 1.—De los ciudadanos.

68.—El ciudadano romano que no haya sido incapacitado por alguna causa particular goza de todas las prerrogativas que constituyen el *jus civitatis:* es decir, participa de todas las instituciones del Derecho civil romano, público y privado.

Entre las ventajas que resultan, las que caracterizan la condición de ciudadano en el orden privado son: el *connubium* y el *commercium*. a) El *connubium*, es decir, la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, llamado *justae nuptiae*, la única que produce entre el padre y los hijos el poder paternal y la agnación; b) El *commercium*, que es el derecho para adquirir y transmitir la propiedad, valiéndose de los medios establecidos por el Derecho civil, tal como la *mancipatio* (1). Por vía de consecuencia, el *commercium* permite al ciudadano tener la *testamenti factio*, es decir, el derecho de transmitir su sucesión por testamento y de ser instituído heredero.

A estas esenciales ventajas en derecho privado, el ciudadano unía en el orden político: a) El *jus suffragii*, derecho a votar en los comicios para hacer la ley y proceder a la elección de magistrados; b) Los *jus honorum*, o derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas (2). En fin, otros ciertos privilegios estaban también unidos a la cualidad del ciudadano. Citaremos especialmente la *provocatio ad populum*, que es el derecho a no sufrir una pena capital pronunciada por algún magistrado que no sea un dictador y que la sentencia haya sido aprobada por el *comitiatus maximus*, es decir, los comicios por centurias (3).

---

68. (1) Ulpiano definía así el *commercium: emendi vendendique invicem jus* (XIX, § 5). Los §§ 4 y 6, entre los cuales se encuentra esta definición, demuestran que por las expresiones *emendi vendendique*, el jurisconsulto apunta, no a *la venta*, contrato del derecho de gentes, sino a la *mancipatio*, venta ficticia y manera civil de transmitir la propiedad.

(2) Los plebeyos no tuvieron en su origen ni el *connubium* con los patricios ni el *jus honorum*. Ya hemos dicho cómo en 309 la ley *Canuleia* permite el matrimonio entre los dos órdenes, y cómo desde fines del siglo V los plebeyos tuvieron acceso en todas las magistraturas (V. números 24 y 25).

(3) Fué el objeto de tres leyes *Valeriae* (años 245, 305 y 454), de tres leyes *Porciae* (siglo VI) y de la ley *Sempronia* (año 631).—Cicerón, *Act.* 2.° *in Ver.*, V, 57, 62, 63.—Tito Livio, X, 9 (3 a 6).—Cf. n.° 20, nota 3.

§ 2.—De los no ciudadanos.

69.—Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, están privados de las ventajas que confiere el derecho de ciudad romana y sólo participan de las instituciones derivadas del *jus gentium*. En la lengua primitiva se les designa con el nombre de *hostes;* al enemigo se le llama *perduellis;* pero, afortunadamente, el lenguaje se modifica; *hostes* significa el enemigo; y los extranjeros que no tienen el derecho de ciudadanía y con los cuales Roma no está en guerra se califican de *peregrini* (1). Sin embargo, su condición no es uniforme. Así y todo, los hay más favorecidos que ocupan un rango intermedio entre los ciudadanos y el comun de los peregrinos: éstos son latinos. Pero hay que distinguir los *peregrini* propiamente dichos y los *latini*.

1. *Peregrini*.—Los peregrinos son los habitantes de los países que han hecho tratados de alianza con Roma, o que se han sometido más tarde a la dominación romana reduciéndose al estado de provincia (2). Había muchos peregrinos que llegaban y fijaban su residencia en Roma; esta afluencia hizo necesaria la creación del *praetor peregrinus*.

La condición de los peregrinos es el derecho común para los no ciudadanos. No disfrutan del *connubium*, del *commercium* ni de los derechos políticos, aunque son susceptibles de adquirirlos, bien sea por la concesión completa del *jus civitatis* o bien por concesión especial de algunos de sus elementos. (Ulpiano V. § 4 — XIX § 4).

De todos modos, gozan del *jus gentium* y del derecho de sus provincias respectivas. (Gayo, III §§ 96 y 120). Hay, sin embargo, quienes no pertenecen a ninguna provincia y que, por tanto, sólo participan de las instituciones del *jus gentium*. Tales son los *peregrini dediticii*, pueblos que se rindieron a discreción, y a los cuales quitaron los romanos toda autonomía (3), ocurriendo lo mismo con las personas que por efecto de ciertas condenas han perdido el derecho de ciudadanía, encontrándose asimiladas a los peregrinos. (L. 17, § 1, D., *de poenis*, XLVIII, 19).

2. *Latini*.—Los latinos eran peregrinos tratados con más favor, y para los cuales se habían acordado ciertas ventajas comprendidas en el derecho de ciudadanía romana. Fueron de tres clases: los *latini veteres*, los *latini coloniarii* y los *latini juniani*.

a) *Latini veteres*.—Son los habitantes del antiguo *Latium*. Después de la caída de Alba, Roma fué la cabeza de una confederación de ciudades latinas, *nomen latinum*, siendo regulada por algunos tratados la condición de sus habitantes. En 416, después de una revolución seguida del triunfo definitivo de los romanos, fué destruída esta coalición. Los habitantes de algunas provincias obtuvieron el derecho de ciudadanía; otros, por regla general, conservaron su condición anterior de latinos. Poseían el *commercium*, el *connubium*, y encontrándose en Roma cuando la reunión de los comicios, disfrutaban del derecho de voto (4). Ade-

---

69. (1) Festus V.° *Hostis: Hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.*—Ad. Var., *De ling. lat.*, V, 3.—Cicerón, *De offic.*, I, 12.—Gayo,L. 234, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16.

(2) Los pueblos con los cuales Roma no ha hecho ningún tratado o no sostiene con ellos relación alguna de amistad se llaman *Barbari*. Los romanos no los reconocen ningún derecho, tratándolos como enemigos, aun en tiempo de paz (*L.* 5, § 2, D., *de captiv.*, XLIX, 15).

(3) Gayo, I, § 14.—La fórmula de la *deditio* la han conservado los historiadores. Cf. Tito Livio, I 38 (1 y 2), XXXVI, 28.

(4) Cf. Tito Livio· XLI, 8 (10), para el *commercium*.—I, 26 (2) y I, 49 (9), para el *connubium*, XXXV, 3 (16), para el derecho de voto.

más, les habían sido concedidas grandes facilidades para adquirir la ciudadanía romana: a) Si había ejercido una magistratura en su país (Appien, *de bel. civ.*, II, 26).—b) Si había hecho condenar a un magistrado romano por concusión según la ley *Servilia repetundarum*, del año 643 de Roma (Cicerón, *Pro Balbo*, 24).—c) Si venía a establecerse en Roma dejando en su patria un descendiente que perpetuara su raza (Tito Livio, XLI, 8, 9).

Los *latini veteres* desaparecieron del *Latium* después de la guerra social. El derecho de ciudadanía fué concedido a los habitantes de toda Italia por la ley *Julia* en 664 y por la ley *Plautia Papiria* en 665.

b) *Latini coloniarii.*—Uno de los procedimientos empleados por los romanos para afianzar su dominación sobre los pueblos vencidos fué el de crear *colonias* en medio de los antiguos habitantes y sobre una parte del territorio conquistado. Estas colonias eran de dos especies: a) Las unas se componían de romanos escogidos generalmente de la parte más pobre y lejana de la población (Tito Livio, X, 6, 37). Quedaban como ciudadanos romanos, conservando todos los derechos ligados a este título. Se llamaban *colonias romanas.*—b) Otras estaban formadas bien por latinos o bien por ciudadanos romanos que voluntariamente abandonaban su patria perdiendo así la cualidad de ciudadanos y volviéndose latinos (Gayo, III, § 56). Estas eran las *colonias latinas* (5).

Antes y después de la disolución de la federación latina, en 416, fueron fundadas en Italia colonias romanas y latinas. Más tarde, a medida que Roma extendía sus conquistas, hubo otras también en España, en Galia, y en la mayor parte de los pueblos sometidos. De esta manera fué como siempre subsistió, aun después de la guerra social y de la desaparición de los *latini veteres*, siendo desde entonces la condición especial de los habitantes de las colonias latinas. También llegó a ser la condición de algunos pueblos a quienes los romanos hicieron concesión del *jus Latii*. Vespasiano lo concedió en toda España (6). ¿Cuál era la condición de estas colonias latinas? Mientras hubiera *latini veteres*, hasta la guerra social, lo más probable sería que los latinos de las colonias gozasen de las mismas ventajas. Pero más tarde fué modificada su condición sin ser posible precisar con exactitud en qué época se operó este cambio. Sus derechos están bien claramente definidos por el texto de los jurisconsultos, bajo el dominio del Imperio. Poseen el *commercium* (Ulpiano XIX, § 4), pero no tienen el *connubium*, a no ser por una concesión especial. (Ulpiano, V. §§ 4 y 9). Ejercen los derechos políticos en sus ciudades, pero no en Roma. En fin, que para obtener la ciudadanía romana no poseen ninguna de las facilidades concedidas

(5) Cf. Servius, *Ad Aeneid*, I, 12.—Aulo Gelio, *Noctes at.*, XVI, 13, *in fine*.—Las colonias tenían su organización propia, copiada de la organización de la metrópoli. Tenían sus magistrados, Senado, curia y comicios.—Cf. sobre la organización de las colonias romanas, la *Lex coloniae Genetivae*, del año 710 de Roma. Fué encontrada sobre una tabla de bronce (1870 y 1874) en Osuna (Andalucía). (V. Girard, *Textos*, pág. 89.)

(6) Cf. Plinio, *Hist. nat.*, III, 4, *in fine*.—La organización de las ciudades latinas de esta época nos la indican las *leyes de Salpensa* y de *Malaca*, encontradas en las inmediaciones de Malaca en 1851. Datan de los años 81 a 84 de nuestra era (V. Girard, *Textos*, página 108).

N. del T.—Antes de que las leyes Julia y Plautia, de las que el texto habla, hubieran concedido, terminada la guerra social, el derecho de ciudad a todos los habitantes del Lacio, éstos gozaban, con el nombre de *jus Latii*, *jus latini atis*, de un estado intermedio entre los ciudadanos y los simples *peregrini*. Este estado, independientemente de la facultad de adquirir más fácilmente el título de ciudadano, les daba el *commercium*, pero no el *connubium*. Restringido en un principio a la Italia el *jus Latii*, fué concedido más adelante, en las provincias, a ciudades y países enteros a quienes se quiso favorecer sin darles el derecho de ciudad completo, lo cual fué causa de que el *jus Latii* existiera mucho tiempo después de haber recibido el *jus civile* todos los pueblos de Italia.

Savigny cree que el *jus Latii*, que daba una participación incompleta en los derechos civiles, se concedió a las colonias latinas que durante la guerra de Aníbal permanecieron leles a Roma, en premio de su fidelidad.

a los *latini veteres*. Este favor les es otorgado únicamente en el caso de haber ejercido una magistratura latina (7).

c) *Latini juniani*.—Al principio del Imperio, una ley *Junia Norbana* concedió a ciertos libertos la condición de latinos coloniales, aunque descargándoles de ciertas incapacidades particulares. Éstos se llamaron *latini juniani*. Ya volverenos a hablar sobre la situación de estos libertos latinos, que con gran facilidad podían hacerse ciudadanos. (V. n.º 74, II y n.º 75, I, 2) (8).

§ 3.—De la adquisición y pérdida del derecho de ciudadanía.

70.—I. *De la adquisición del derecho de ciudadanía*.—La cualidad de ciudadano romano se adquiere por *nacimiento* o por *causas posteriores al nacimiento*.

1. *Nacimiento*.—En Derecho Romano, el estado de las personas se determina por la condición del padre o de la madre, y no por el lugar del nacimiento. Se observan, sobre esto, las reglas siguientes:

a) El hijo nacido *ex justis nuptiis* sigue la condición del padre en el momento de la concepción, pues la obra del padre queda entonces terminada.

b) Fuera de las *justae nuptiae*, el hijo sigue la condición de la madre en el día del parto (1). Y, sin embargo, una ley *Minicia*, de fecha desconocida, modifica esta solución en un sentido desfavorable para el hijo, decidiendo que si alguno de los dos autores era peregrino, el hijo siempre fuera peregrino. El hijo nacido de una ciudadana romana y de un peregrino, no poseyendo el *connubium* nacía peregrino; en cambi,o sin esta ley nacía romano. Un senadoconsulto de Adriano decidió que la ley no se aplicara al hijo nacido de ciudadana romana y de un latino; el hijo nacía entonces ciudadano. (Gayo, I, §§ 78 y 80, *in fine)*.

2. *Causas posteriores al nacimiento*.—Éstas varían según se trate de un *esclavo*, de un *peregrino* o de un *latino*.

a) El esclavo se hacía ciudadano por una manumisión regular; es decir, realizada por un señor propietario del esclavo, *es jure quiritium*, y siguiendo las formas legales (V. n.º 74).

b) El *peregrino* obtenía el derecho de ciudadanía en virtud de una concesión expresa, acordada por una decisión de los comicios, por un senadoconsulto, o por el emperador, cuya concesión podía ser más o menos extensa. Podía comprender todo entero el derecho de ciudadanía *civitas cum suffragio*, o bien sin el derecho de voto, *sine suffragio*, o, en fin, limitarse a alguna de las ventajas de la ciudadanía romana:

(7) Gayo (I, § 96) hace con este motivo una distinción entre el *majus Latium* y el *minus Latium*. En las ciudades que hayan obtenido el *majus Latium*, el latino puede ser ciudadano romano, lo mismo si rige una *magistratura* o un *honor*, es decir, sin duda, un cargo municipal que no entra en la clase de magistrados propiamente dichos, o bien si le han elegido *decurión* sin haber sido magistrado. En las que sólo gozan el *minus Latium*, el latino, únicamente en el primer caso podrá ser ciudadano romano, siempre que rija una magistratura o un *honor*. La interpretación de este texto, restituido por Studemund, levanta por de pronto serias dificultades.

(8) No hay que confundir el *jus Latii* con el *jus italicum*. El *jus italicum* no era condición particular de las personas, sino una prerrogativa concedida a los territorios, de donde se hacían susceptibles de propiedad quiritaria para los particulares y para los exentos del impuesto territorial (V. n.º 158).

70. (1) Ulpiano, V, § 8: *Connubio interveniente liberi semper paterem sequuntur, nos interveniente connubio matris conditioni accedunt...*—§ 10: *In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur, in his autem qui non legitime conciptuntur editionis...*

al *commercium* o al *connubium*. Bajo el Imperio, el *connubium* fué concedido con frecuencia a los veteranos (Gayo, I § 57).

Algunas veces se hacía la concesión a un individuo determinado, pero sin extenderse ni a la mujer ni al hijo. También se concedía a menudo a ciudades enteras que se hacían entonces *municipios* o *prefecturas* (2). Por casualidad era otorgado el derecho de ciudadanía a una región entera; así fué la Lombardía, más lejos del Pó, o Galia Traspadana, que la obtiene en 705 (3).

Ya hemos visto por qué medios los *latini veteres* y los *latini coloniarii* podían hacerse ciudadanos romanos (V. n.º 69, 2) En cuanto a los *latinos junianos*, ya estudiaremos las numerosas facilidades que les fueron dadas para adquirir el derecho de ciudadanía (V. n.º 75, I, 2), cuando estudiemos esta clase de libertos.

II. *De la pérdida del derecho de ciudadanía.*—El ciudadano romano perdía el derecho de ciudadanía: a) Por todas las causas de reducción a esclavitud, pues la pérdida de la libertad arrastra la pérdida de la ciudadanía.—b) Por el efecto de ciertas condenas, como la interdicción del agua y del fuego y la deportación, que la reemplaza bajo Tiberio (4).—c) Y, en fin, *dicatione*, cuando abandonaba por su voluntad la patria para hacerse ciudadano de otra ciudad extranjera. (Cicerón. *Pro Balbo*, 11 a 14).

§ 4.—Concesión del derecho de ciudadanía a todos los individuos del Imperio.

71. Los emperadores fueron pródigos en el derecho de ciudadanía. Claudio y Marco Aurelio hicieron amplias concesiones (1). Antonino Caracalla tomó una medida radical. Por un edicto del año 212 de nuestra era, concedió la cualidad de ciudadanos romanos a todos los habitantes del Imperio, determinándolo así por un interés fiscal. Había rebajado del vigésimo al décimo el impuesto que gravaba las manumisiones y las sucesiones de los ciudadanos: la extensión del derecho de ciudadanía fué destinada a hacer aquel impuesto más productivo. Macrino vuelve el impuesto a sus antiguos límites; pero la concesión del derecho de ciudadanía subsistió para todos los individuos del Imperio. Desde entonces no hubo más peregrinos que los condenados a penas, significando decadencia del derecho de ciudadanía los libertos

---

(2) Desde el siglo VIII de Roma, el *municipio* es una ciudad, disfrutando del derecho de ciudadanía romana, pero teniendo una completa organización municipal y una administración autonómica: magistrados, curias y comicios. La *prefectura* es un municipio, cuyo poder judicial se ejecuta por un *praefectus* enviado de Roma. Cf. *Lex Rubria de Gallia cisalpina*, c. 19 (Girard, *Textes*, pág. 72).

(3) Los pueblos que sólo obtenían la ciudadanía a condición de renunciar a su propio derecho, para adoptar las leyes romanas, se llamaban *populi fundi*.—Cicerón, *Pro Balbo*, 8.—Aulo Gelio, *Noches at.*, XVI, 13.—*Fundus* es una palabra antigua cuyo sentido parece ser: *que aprueba*.—Festus. V.º *Fundus*.

(4) Gayo, I, § 128.—Ulpiano, X, § 3 y L. 2, § 1, D., *de paen.*, XLVIII, 19. Dion. Casio, 57, 22.

N. del T.—También se adquiría la cualidad de ciudadano cumpliendo ciertas condiciones previstas por las leyes en sus disposiciones. Así, los magistrados de las ciudades latinas adquirían el derecho de ciudad por el solo hecho de obtener su magistratura. Así también los latinos podían llegar a ser ciudadanos cumpliendo ciertas condiciones que enumera Ulpiano III, por ejemplo, sirviendo durante cierto tiempo en las guardias de Roma *(militia)* o armando una nave para el transporte de trigo a Roma *(nave)*, etc.

71. (1) Cf. Tácito A., XI, 23, 14, 25.—Aurelio Víctor *(De caesar...* 16), dicho de Marco Aurelio: *Data cunctis promiscue civitas romana.*

dedicticios y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los libertos latino-junianos (2).

Bajo Justiniano, todos los libertos son ciudadanos. Las únicas personas privadas del derecho de ciudadanía fueron los condenados a ciertas penas criminales, los esclavos y los bárbaros.

SECCIÓN II.—INGENUOS Y LIBERTINOS

§ 1.—De los ingenuos.

(I., *de ingenuis*, I, 4.)

72.—Es *ingenuo* el que nace libre y no ha sido nunca esclavo en derecho. Así, que para saber si una persona ha nacido libre, se aplican las reglas ya conocidas (V. n.º 64, 1 y n.º 70, 1). En el matrimonio, el hijo sigue la condición del padre en el momento de la concepción. Fuera del matrimonio, sigue la condición de la madre en el momento del nacimiento; pero en favor de la libertad, nace libre si la madre estuvo libre en cualquier momento de su gestación. Así que importa poco para la ingenuidad del hijo que los padres sean ingenuos o libertinos.

La esclavitud hace cesar la ingenuidad: el que ha sido esclavo y recobra la libertad no es más que un libertino. Sin embargo, el cautivo hecho libre *jure postliminii*, y el que sólo ha sufrido una esclavitud con los piratas o con los bandoleros, queda ingenuo. Lo mismo ocurre con el hombre que, habiendo nacido libre, ha sido tratado como esclavo por un error. (I., § 1. *ht.)* (1).

Los ingenuos pueden ser ciudadanos, latinos o peregrinos. El ciudadano ingenuo tiene todos los derechos y prerrogativas de la ciudadanía romana en derecho público y privado. El ingenuo latino y el ingenuo peregrino gozan de todas las ventajas que tolera su condición.

§ 2.—De los libertinos.

(I, de *libertinis*, I, 5.)

73.—Se llama *libertino* el que ha sido libertado de una esclavitud legal, es decir, conforme al derecho, contándose desde entonces entre las personas libres (1). El acto por el cual el señor confiere la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre él, se llama *manumisión*. El antiguo señor se hace el *patrono* del liberto denominado *libertus* en sus relaciones con su patrono, y *libertinus* mirada su condición en la sociedad (2).

---

(2) El texto mutilado del edicto de Caracalla, al cual hace alusión Ulpiano en la L. 17, *de stat. hom.*, I, 5, se encontró y fué publicado después en los papiros del Museo de Giessen (40). Excluye a los dedicticios. Esta disposición y el alcance general del edicto hacen nacer, por otra parte, numerosas dificultades (Girard, *Textes*, pág. 203).

72. (1) N. del T.—Por eso se llama siempre a la esclavitud *justa*, o *justa servidumbre*, porque si un hombre libre a quien erróneamente se creía siervo era libertado por su dueño putativo, no dejaba de ser ingenuo, y jurídicamente había sido siempre libre.

N. del T.—El nombre de ingenuo se deriva del latín *gignendo*, porque le es ingénita la libertad, es decir, porque es libre desde el instante en que fué engendrado.

73. (1) Gayo, I, § 11: *Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt.*

(2) Ulpiano, L. 6, D., *si ingen.*, XL, 14.—Gayo, III, § 51.—La palabra *libertinus* primitivamente se empleaba también para designar al hijo de un liberto.—Cf. Suetonio, *Claudio*, 24.

La manumisión es de derecho de gentes, como la esclavitud, lo cual atenúa su rigor, dejando al esclavo la esperanza de su libertad (3). Sin embargo, el Derecho civil la tiene sometida a formalidades sin las cuales el esclavo no podía ser libre en derecho. Veamos primero cómo se adquiere la libertad, y después estudiaremos la condición de los libertinos.

1.—Cómo se adquiere la libertad.

74.—Después de haber estado sometidas a las mismas reglas durante todo el tiempo de la República, las manumisiones fueron objeto de varias reformas desde el reinado de Augusto. Hay que distinguir dos períodos:

I. Desde los primeros siglos hasta el Imperio, la manumisión es regulada según principios rigurosos. Interesa a un mismo tiempo al señor propietario, a quien despoja de un bien, y a la ciudadanía, a quien da un ciudadano más. Por tanto, son precisas dos condiciones para adquirir la libertad: a) Que la manumisión tenga lugar por la voluntad del señor propietario, y b) Que sea hecha en formas solemnes, donde esté representada la ciudadanía.

Había de tres especies. La manumisión podía tener lugar: *censu*, *vindicta*, *testamento* (Ulpiano, 1, § 6).

1. *Censu.*—Con el consentimiento del señor, el esclavo es inscrito en los registros del censo, donde cada ciudadano tenía su capítulo. Este modo de manumisión, aunque parece ser muy antiguo, data, sin duda alguna, de Servio Tulio (V. n.º 14, 2), no pudiendo emplearse más que cada cinco años, y en el momento de las operaciones del censo (Ulpiano, 1, § 8).

2. *Vindicta.*—Es el procedimiento más práctico. El señor, acompañado del esclavo, y a veces de un tercero, casi siempre un lictor, se presenta en cualquier sitio delante del magistrado, y entonces tiene lugar la ficción de un proceso en reclamación de libertad. El tercero, llamado *adsertor libertatis*, confirma que el esclavo está libre; el señor no hace contradicción alguna, y el magistrado consagra la afirmación del *adsertor*, siendo libertado el esclavo (1).

3. *Testamento.*—La voluntad de un ciudadano expresada en su testamento es obligatoria, según la ley de las XII tablas.

El testador, pues, puede dejar directamente en libertad a su esclavo, diciendo en su testamento: *Stichus liber esto.* Entonces el esclavo es libre, en cuanto el testamento produzca su efecto (2). Como toda dis-

---

(3) Ulpiano, L. 6, D., *de Justit.*, I, 1: *Manumissiones quoque juris gentium sunt. Est autem manumissio, de manu missio, id est datio libertis...*—Ad, I, pr., *ht.*

N. del T.—También se podía libertar legalmente de la esclavitud sin manumisión, en algunos casos previstos por las Constituciones imperiales y que se enumeran en el *Digesto* en el título especial *De his qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* (D. l. 40, t. VIII). Por ejemplo, un edicto de Claudio declara libre y sin patrono al esclavo a quien abandonó su dueño a causa de alguna enfermedad o achaque (ley II). Un rescripto de Marco Aurelio dice que cuando un esclavo ha sido vendido bajo condición de que el comprador le dará libertad en cierto plazo, el esclavo se hace libre al vencimiento de este plazo, aun cuando el comprador no hubiera verificado la liberación, con tal, sin embargo, que si vivía aún el vendedor no hubiera manifestado una voluntad contraria a la que expresó al hacerse la venta (*ley III*).

74. (1) Cf. Ulpiano, I, § 7.—I, § 2, *de libert.*, 1, 5.—A esta clase de manumisión la viene el nombre de un junquillo, *vindicta* o *festuca*, con el cual el *adsertor libertatis* tocaba al esclavo. Este junquillo era imagen de la lanza, símbolo de la propiedad (Gayo, IV, § 16, *in fine.*—V., sin embargo, Tito Livio, II, 5.

(2) Ulpiano, I, § 9.—II, § .—En este caso, el esclavo adquiere la libertad por efecto directo del testamento *(directa libertas)*. Es el libertado del difunto, *libertus orcinus*. Es muy distinto del caso en que el testador ruega a su heredero que manumita al esclavo *(Fideicommissaria libertas)*. Entonces es el heredero quien le da la libertad por la vindicta o por el censo, quedándose sin patrono. Ulpiano, II, § 8.—V. n.º 655.

posición testamentaria, esta manumisión puede muy bien suspenderse por un término o por una condición: hasta que llegue el día en que deba ser libre, el esclavo es, mientras tanto, un *statuliber* (V. n.º 74, nota 10).

El esclavo a quien un señor, *ciudadano romano*, liberta por *alguna de estas tres maneras*, se hace *libre* y *ciudadano* (3). Pero faltando una de estas dos condiciones, el esclavo no será libre en derecho. Esto suele ocurrir cuando el señor liberta a su esclavo sin usar los medios solemnes, por ejemplo, con ayuda de la declaración hecha delante de algunos amigos; o bien si el que hace la manumisión no es el propietario civil del esclavo, es decir, le tiene solamente *in bonis* (V. núms. 151 y 152). En estos casos, el esclavo nunca será libertado, quedará esclavo en derecho; sólo obtiene una libertad de hecho, que el señor puede hacerla cesar a su capricho, aunque también intervenía el pretor para oponerse a estos abusos de autoridad (4).

De manera que en este período un ciudadano sólo puede hacer un liberto, también ciudadano, quedando el esclavo libre y ciudadano, o esclavo en derecho.

II.—Al principio del Imperio se hicieron necesarias algunas reformas. Por una parte se hacía necesario fijar legalmente la condición de los esclavos libertados irregularmente, y a los cuales la autoridad del pretor sólo aseguraba una libertad de hecho. Y por otra parte, la facultad ilimitada de manumitir se había hecho insostenible por sus abusos. Al lado de una población diezmada por las guerras civiles crecían en número los libertados, extendiendo en el seno de la sociedad los elementos de desorden y corrupción, lo cual Augusto remedió en algo por estas dos medidas: a) Creando nuevas clases de libertos, a los cuales negó el derecho de ciudadanía, y b) Restringiendo las manumisiones. Estas fueron las leyes que analizaremos brevemente.

1. *Ley Junia Norbana* (5). Esta ley se ocupa de los esclavos que sólo tenían una libertad de hecho, porque para ser libertados les faltaba, bien el empleo de un modo solemne, o la voluntad de un señor civilmente propietario. Esta ley los consideraba libres de derecho, pero no ciudadano, y los asimilaba a los *latinos* de las colonias, descargándoles, además, de ciertas incapacidades especiales (V. n.º 75, 1, 2). Estos libertos se llamaron *latinos junianos* (Fr. Dosith., § 8.—Gayo, III, § 56).

2. La ley *Aelia Sentia*, del año 757 (4 de nuestra era), contenía cierto número de restricciones para las manumisiones. He aquí las principales: a) El esclavo libertado antes de la edad de treinta años no es más que un *latino juniano*. Solamente en un caso adquiere la ciudadanía: si ha sido manumitido por *vindicta*, y por motivo legítimo someti-

---

(3) Ocurre de diferente manera cuando el señor no tiene el derecho de ciudadanía romana. El libertado, debiendo su existencia jurídica a su patrono, no puede tener condición superior a la suya. El libertado de un peregrino no puede ser más que otro peregrino (Fr. Dosith, § 12). Los desarrollos siguientes no se refieren más que a los libertados de los ciudadanos romanos.

(4) Fr. Dosith, § 6: *Qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi: sed si manumissores ausi erant in servitutem denuo, eos per vim ducere, interveniebat praetor et non patiebatur manumissum servire.*

(5) Esta ley se llama *Junia Norbana* en las Instituciones de Justinano, y *Junia* en los textos de Gayo y de Ulpiano. Es ignorada su fecha exacta. Algunos la colocan en el año 671 de Roma. Pero en un pasaje de Cicerón *(Topic,* 2) demuestra que en 710 aun no existía. Otros afirman que fué votada bajo Tiberio en el año 772 (19 de nuestra era), siendo cónsules M. *Junius* Silanio y L. *Norbanus Balbus*. Esta es la única fecha de acuerdo con el nombre de *Junia Norbana*. Aunque los historiadores del reino de Tiberio, Dion, Casio, Suetonio y Tácito no hacen ninguna alusión. Además, ciertos textos de Gayo parecen indicar que es anterior a la ley *Aelia Sentia*, del año 757 (I, § 29.—III, §§ 74 a 76). En fin, Suetonio, hablando de las reformas de Augusto en materia de libertaciones, hace alusión a las disposiciones de la ley *Junia*, aunque sin nombrarlas (Octav., 40). Por cuyas razones creemos que data esta ley de los primeros siglos del reino de Augusto.

do a la aprobación de un consejo (6). De manera que, salvo esta excepción, donde la manumisión está justificada y rodeada de garantías particulares, la ley separaba del número de ciudadanos aquellos libertos cuya juventud pudiera ser objeto de desórdenes. Aunque también, habiendo dado pruebas de moralidad o rendido algún servicio al Estado, les facilitaba, según veremos más adelante, la adquisición de la ciudadanía (V. n.º 75, 1, 2).

b) La manumisión hecha por un señor menor de veinte años se declara nula, pues es de suponer que un señor tan joven se dejase llevar sin reflexión de sus actos, dando libertad a esclavos poco dignos de este favor. Pero, así y todo, la ley no se aplica, habiendo un motivo legítimo de manumisión y estando aprobado por el consejo; en cuyo caso el señor menor de veinte años puede libertar a su esclavo por la *vindicta*, haciendo un ciudadano, o *inter amicos*, haciendo un latino (Gayo, 1, §§ 38 y 41) (7).

c) La ley declara nula la manumisión hecha *en fraude de acreedores*. Se consideraba como tal la que, disminuyendo la fortuna del señor, le hacía insolvente o aumentaba su insolvencia, causando, por tanto, un perjuicio a sus acreedores (8). Aunque había ciertos jurisconsultos que exigían además que el señor tuviese conciencia del daño que hacía a sus acreedores, acabando por prevalecer esta opinión. Si estas dos condiciones van unidas, la ley impide producir su efecto a la manumisión en interés de los acreedores (9).

Entonces el esclavo es libre de hecho, pero no lo será de derecho hasta asegurarse bien de que los acreedores no harán prevalecer la ley Sentia. Su interés debía llevarles a una pronta solución, aunque, sin embargo, no parece que ningún plazo les haya sido concedido (10).

d) La ley *Aelia Sentia* crea una tercera clase de manumitidos, los *dedicticios*. Todo esclavo que durante su esclavitud haya sufrido ciertos castigos no será digno de hacerse por la manumisión ni ciudadano ni latino. La ley sólo le concede la condición de peregrinos dedicticios, con cierta agravación (Gayo I, § 13.—Ulpiano I, § 11.—V. n.º 75, 1, 3).

A todas las disposiciones anteriormente citadas la ley hacía una importante excepción. En favor del señor, y a fin de tener seguro un heredero, decidía que el esclavo, instituído y libertado por el testamento de su amo, se haría libre y ciudadano siempre que tuviese menos de treinta años, que no estuviera en situación de hacerse dedicticio, que

(6) Gayo, I, §§ 18 y 19.—Ulpiano, L. 16, pr., D., *de man. vindict.*, XL, 2.—El Consejo se componía en Roma de cinco senadores y de cinco caballeros púberos, y en las demás provincias de veinte recuperadores ciudadanos romanos (Gayo, I, § 20).

(7) El señor que desde la edad de catorce años podía por testamento disponer de sus bienes, no podía libertar sus esclavos de la misma manera que si tuviera veinte años (Gayo, I, § 40). Es una disposición de la cual no hay que extrañarse, puesto que la ley ha querido impedir, no la transmisión de la propiedad de los esclavos, sino su manumisión por un señor demasiado joven. Sin razón Justiniano critica y reforma lo que a él le parece una inconsecuencia (I, § 7, *qui et quib., ex caus.*, I, 6.—Nov. 1919, c. 2).

N. del T.—En la manumisión hecha por el señor menor de veinte años no se aplicaba la ley *Aelia Sentia*, habiendo un motivo legítimo de manumisión. Esas causas legales eran, por ejemplo (y decimos por ejemplo porque Justiniano cita sólo algunas, por vía de tal, *veluti*, con lo cual se indica que había otras), cuando se manumitía al padre o madre, al preceptor, nodriza o hermano de leche. Asimismo cuando se manumitía a una esclava para casarse con ella o a un esclavo para hacerle su procurador.

(8) Gayo, L. 10, D., *qui et a quib.*, XL, 9.—Pomponio, L. 23, D., *eod.*—I, § 3, *qui et quib. ex caus.*, I, 6.

(9) Gayo, I, § 37: *Qui in fraudem creditorum... manumittit, nihil agit quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.*

(10) Mientras tanto, el esclavo será un *statuliber*. Así se llamaba al esclavo libertado bajo término o condición. La esperanza de la libertad descansa sobre él, y se hace libre de *derecho pleno* al llegar el término o condición. Esta situación puede resultar, bien sea de una manumisión *en fraude de acreedores*, o bien por una manumisión *testamentaria*, sometida expresamente a un término o condición.—Paulo, L. 1, pr., y § 1, D., *de statut.*, XL, 7.—Ulpiano, II, §§ 1 a 5.

el amo no tuviese menos de veinte años y que la manumisión hubiese sido hecha en fraude de acreedores. Este favor sólo está acordado para un esclavo y no habiendo además ningún otro heredero testamentario (Ulpiano, I, § 14.—I, § 1, *qui et quib. ex caus.*, I, 6.—V. n.º 587).

3. La ley *Fufia Caninia* (11) limita las manumisiones testamentarias, que fueron excesivas, porque no estaban restringidas por el interés personal del señor. Se veía frecuentemente que los ciudadanos daban la libertad por testamento a todos sus esclavos por indignos que fuesen de este favor (Dionisio de Hal, IV, 23). Al escándalo de estas manumisiones, cuyo motivo único era la vanidad del testador, se unía el menoscabo que llevaba al derecho del heredero, a quien privaban de una parte, casi siempre considerable, de la fortuna del difunto. La ley, entonces, decidió que el señor no pudiese libertar más por testamento que una parte determinada del número de esclavos, y nunca más de ciento. (Gayo I, §§ 42 a 45). Fué revocada por Justiniano (C., *de lege Fufia Can., tol.*, VII, 3).

II.—De la condición de los manumitidos.

75.—La condición de los manumitidos difiere, bajo dos conceptos, de la de los ingenuos: a) en el punto de vista jurídico tienen un puesto inferior en la sociedad; b) y quedan además ligados con ciertas obligaciones hacia su antiguo señor o patrono.

I. *Condición social de los manumitidos.*—Desde las reformas de Augusto hubo entre los romanos tres clases de manumitidos: los manumitidos *ciudadanos*, los *latinos junianos* y los *dediticios* (1).

1. *Manumitidos ciudadanos.*—Éstos son los más favorecidos; adquieren a un mismo tiempo la libertad y el derecho de ciudadanía. Sin embargo, están, por varias razones, en una situación inferior a la de los ingenuos. En derecho público no tienen el *jus honorum*, es decir, el acceso a las magistraturas, ni aun a los municipios, donde tampoco pueden formar parte de la curia. La ley *Visellia*, hecha bajo Tiberio, se lo prohibía, bajo penas severísimas. En cuanto al derecho del voto, sólo lo ejercían en los comicios, por tribus, y ya sabemos cómo los censores los habían repartido en las cuatro tribus urbanas para disminuir su influencia (V. n.º 29). En derecho privado tuvieron en un principio el *commercium* y el *connubium;* pero el matrimonio entre ingenuos y libertados quedó por largo tiempo vedado. Bajo Augusto fué limitada

---

(11) La revisión de Gayo por Studemund precisó el nombre de esta ley, llamada antes *Furia* o *Fusia Caninia*, creyéndola del año 761 a causa del cónsul *Furius Camillus*. Según algunos autores, debió de ser del año 742, que hubo un cónsul llamado *Caninius Rebilus*, aunque no es posible precisar la fecha con exactitud.

N. de T.—Cuando el testador se excedía en las manumisiones del número determinado en la ley, sólo obtenían la libertad los primeros nombrados hasta llegar a este número. Si se habían puesto los nombres de los esclavos en círculo, como entonces era imposible distinguir los primeros y los últimos, ninguno adquiría la libertad (Gayo, I, párrafos 42 y siguientes.

75. (1) Ulpiano, I, § 5: *Libertorum genera sunt tria: cives romani, latini juniani, deditiorum numero.*

N. del T.—El *Latino Juniano* podía obtener la libertad romana de los modos siguientes: 1.º *Beneficio principali*, por rescripto en que se la concedía el emperador; 2.º *Liberis*, o por *causae probatio*, cuando, habiendo contraído nupcias con una ciudadana o latina, tenía de ella un hijo y éste cumplía un año; 3.º *Iteratione*, por una nueva manumisión con las condiciones que daban la ciudadanía y que faltaban en la primera; 4.º *Militia*, por haber servido en las guardias de Roma, primitivamente seis años, posteriormente tres; 5.º *Nave*, si había transportado trigo a Roma durante seis años en nave que él construyó; 6.º *Aedificio*, si construyó una casa en Roma (Ulpiano, Re. III, párrafo 1); 7.º *Pistrino*, si estableció una panadería o un molino (Ulpiano, lugar citado).

esta defensa a los senadores y a sus hijos. En fin, no tienen derecho a llevar el anillo de oro, privilegio de los caballeros.

Bajo el Imperio, los manumitidos ciudadanos podían adquirir individualmente por concesión del príncipe una condición igual a la de los ingenuos; había dos grados en este favor. El *jus aureorum annulorum* asimila el manumitido a un ingenuo, lo mismo en derecho público que en derecho privado, pero dejando subsistir los derechos del patrono (Ulpiano, L. 6, D., *de jur. aur. an.*, XL, 10). La *restitutio natalium* concede al manumitido una ingenuidad completa y extingue hasta los derechos del patrono, por lo cual sólo se acuerda con su consentimiento (Marciano L., 2 D., *de nat. rest.*, XL, 11).

2. *Manumitidos latinos junianos.* Su condición es la misma que la de los latinos de las colonias. No tienen derechos políticos. En derecho privado tienen el *commercium*, pero no el *connubium*. La ley *Junia Norbana* les afecta también en ciertas incapacidades especiales; así que no pueden: a) Ni testar; a su muerte, vuelven sus bienes al señor (V. n.º 671, II); b) Ni recoger una sucesión testamentaria o un legado, a menos de hacerse ciudadanos en los cien días siguientes a la muerte del testador (V. n.º 554); c) Ni ser nombrados tutores testamentarios (Gayo, I, § 23); d) Ni, según la ley *Atilia*, ser nombrados tutores en Roma por el magistrado (Fr. del Sinai, 17).

Desde el reinado de Augusto, y bajo los emperadores que siguieron, les fué muy fácil a los latinos junianos mejorar su condición y adquirir la cualidad de ciudadanos: a) El que a los treinta años cumplidos hubiese sido libertado de una manera no solemne, *inter amicos*, por ejemplo, y sólo hubiese adquirido la condición de latino, se hacía ciudadano *iteratione*, habiendo sido libertado por segunda vez por su antiguo señor de una manera solemne (Ulpiano, III, § 4); b) Una concesión expresa del emperador podía también conferir a un latino la cualidad de ciudadano, pero sin quitar al patrono sus derechos sobre la sucesión del libertado latino (Gayo, III, § 72); c) La ley *Aelia Sentia*, decidiendo que el manumitido menor de treinta años sería latino, le concedía el siguiente favor: Si se casaba con una ciudadana o una latina en presencia de siete testigos ciudadanos romanos o púberos, asegurando que se casaba para tener hijos y que de esta unión naciera un hijo, podía, cuando este hijo tuviera un año, presentarse al magistrado, probándole, tanto la existencia del hijo como la causa de su matrimonio, *causam probare*. Entonces se hacían ciudadanos, acordándose también la ciudadanía a la mujer y al hijo, si es que ya no la tenían. Esta es la *causae probatio*. Bajo Vespasiano, el senadoconsulto Pegasiano extendió este beneficio a todos los latinos junianos (2); d) En fin, en virtud de decisiones tomadas bajo Tiberio, Claudio y Trajano, pudieron los latinos-junianos adquirir la ciudadanía en varios casos en que hubiesen hecho algún servicio de importancia al Estado (3).

3. *Manumitidos deditícios.*—Fueron de los manumitidos los menos favorecidos: *pessima libertas*. Asimilados a los peregrinos que se rindieron a discreción, no poseían ni derechos políticos, ni *connubium*, ni *commercium*. Además, les estaba en absoluto prohibido internarse en Roma o en un radio de cien millas alrededor de Roma (4) bajo pena de

---

(2) Gayo, I, §§ 29 a 32.—El latino podía llegar también a la ciudadanía romana por la *erroris causae probatio* (V. n.º 94, c.).

(3) Cf. Ulpiano, III, §§ 1, 5, y 6.—Gayo, I, §§ 32 a 34.

(4) La primera milla alrededor de Roma se contaba desde la piedra milliaria colocada en cada puerta, aunque hubo algunas variaciones en el punto de salida; también se contaba desde la última fila de casas (Macer, L. 154, D., *de verb. sing.*, L. 16). El milliario de oro enclavado en tiempo de Augusto bajo el foro no tuvo influencia sobre el cálculo de la milla.

caer otra vez en esclavitud y de ser vendidos ellos y sus bienes, con la cláusula siguiente: de no poder nunca jamás ser manumitidos. En fin, que no había medio de mejorar su condición ni de llegar a la ciudadanía (Gayo I, §§ 27 y 29). Este rigor estaba justificado por su conducta anterior, pues se presumía que hubiesen sido ciudadanos peligrosos.

II. *Relaciones de los manumitidos con el patrono.*—Sea cual fuere la condición del liberto, sus relaciones con el patrono son las mismas, aparte de ciertas diferencias para el reglamento de su sucesión (V. números 670 y 674).

Siendo a su antiguo señor a quien el libertado debe su existencia civil, debe estar con él en relación análoga a la del hijo con su padre. Por tanto, toma el *nombre* (5), *origen* y *domicilio* legal del patrono (6), formando también parte de su *gens.*

Por otra parte, con motivo del agradecimiento que debe al patrono, tiene que sujetarse hacia él a ciertas obligaciones que constituyen los *jura patronatus* o derechos de patronato. Estos derechos pasan también a los hijos agnados del patrono, y se pueden dividir en tres grupos: a) *Obsequium.*—El patrono tiene derecho al respeto y consideraciones por parte del liberto (7). Este derecho se manifestaba bajo las formas más variadas; por ejemplo, el libertado no podía perseguir a su patrono sin autorización de un magistrado (L. 4, § 1, D. *de in jus voc.* II, 4), debiéndole también alimentos en la necesidad (Paulo, S. II, 32). Esta obligación estuvo por mucho tiempo desprovista de sanción, pero la ley *Aelia Sentia* estableció penas contra el liberto ingrato (Tácito, *An.* XIII, 26), y en los tiempos de Cómodo pudo ser puesto otra vez en esclavitud (V. n.° 64 *in fine).*

b) *Operae.*—Además, el señor hacía prometer ciertos servicios al liberto, *operae*, bien fuera con ayuda de alguna estipulación o bien por juramento (V. n.° 337). Estos dos procedimientos hacían nacer la misma obligación sancionada por la acción *operarum* (L. 2, § 1; L. 8 pr. y L. 15, § 1, D., *de op. liber.*, XXXVIII, 1). Había dos clases de *operae.* Las *operae officiales* consistían en los servicios domésticos; por ejemplo, administrar los asuntos del patrono, cuidar su casa durante su ausencia y acompañarle en sus viajes (L. 38, § 1 y L. 50, D., *eod).* Estos servicios, naturalmente, se consideraban como debidos al agradecimiento, cesando esta obligación a la muerte del patrono. Los *operae fabriles* tenían un carácter pecuniario, reservándose el patrono cierto número de jornales de trabajo, según el oficio, arte o profesión del liberto. Podía ceder o arrendar este censo, y pasar a sus herederos (8).

c) En fin, el patrono tenía importantes derechos sobre la *tutela* y la *sucesión* del liberto. (V. núms. 108, 1 y 689).

---

(5) Desde el fin de la República, el liberto tuvo tres nombres: al *praenomem* y al *nomen gentilitium* del patrono une como *cognomen* el nombre que tenía siendo esclavo. Por ejemplo: *Hermes*, liberto de *Marco Valerio*, se llamaba *M. Valerius M. L. Hermes*, es decir, *Marco Valerio (Marcilibertus) Hermes.* Por regla general, las mujeres libertadas no tenían apellido, como los ingenuos (V. n.° 81, nota 2). El liberto de una mujer tomaba el apellido del padre de su patrona. Cf. *Corp. inscr. lat.*, VI, 3.939.

(6) Ulpiano, L. 6, § 3, D., *ad municip.*, L. 1: *Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur.*—El origen resulta del lugar del nacimiento. El libertado entonces es considerado como *originario* de la misma ciudad que el patrono.—Cf. L. 22, § 2 y L. 23, pr., D., *eod.*

(7) Ulpiano, L. 9, D., *de obseq.*, XXXVIII, 15: *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.*

(8) Ulpiano, L. 6, D., *de op. liber*, XXXVIII, 1: *Fabriles operae ceteraeque quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad herederem transeunt: officiales vero non transeunt.*

III.—Último estado del Derecho.

76.—Los modos de manumisión bajo Justiniano se hicieron numerosos.

La manumisión *censu*, en vigor todavía en la época clásica, es cierto que cayó en desuso (1). Pero Constantino admitió la manumisión en *las iglesias* por una declaración hecha delante del pueblo y en presencia de los sacerdotes (L. 1, C., *de his qui in eccl.*, I, 13). Además, Justiniano dió pleno y entero efecto a la voluntad de libertar manifestada *por carta*, o *inter amicos*, y de otras varias maneras, enumeradas en la L. 1 C., *de latin, lib. tol.*, VII, 6.

Suprimió al mismo tiempo los latinos junianos y los dediticios, de manera que desde entonces sólo hubo libertos ciudadanos (C., VII, 5 y 6).

Más tarde fué más lejos, haciendo desaparecer toda diferencia social entre ingenuos y libertinos. Decidió que la manumisión llevase de pleno derecho el *jus aureorum annulorum*, y que la *restitutio natalium*, no dependiera más que de la voluntad del patrono, sin necesidad de ninguna decisión del emperador, dando a este favor el nombre de *jus regenerationis* (Nov. 78, c. 1).

Apéndice.—Del colonato.

77.—A la primera división de las personas en *esclavos* y *libres* se une naturalmente el estudio del *colonato*. No es institución de la época clásica, pues entonces la palabra *colonus* tenía otro sentido, llamándose así, bien fuera al propietario cultivador del suelo de Roma o de las colonias (Papiano L. 17, § 10 D., *ad municip.* L. 1), o bien al arrendatario de la tierra de otro (Gayo, IV, §§ 147, 153). Durante el Bajo Imperio, la palabra *colonus* significaba una nueva condición: la del hombre libre, atado a perpetuidad a la tierra de otro para cultivarla mediante un censo en dinero o en naturaleza.

No hay acuerdo ni sobre la fecha de esta institución ni sobre sus orígenes, aunque lo más cierto parece que en el siglo III era ya conocida (1) y que las reglas fijadas para sus costumbres fueron precisadas y completadas por las instituciones imperiales, sobre todo desde tiempos de Constantino (2).

En cuanto a los orígenes del colonato, por regla general se admite que se estableció poco a poco, bajo la influencia de varias causas de las que he aquí las principales: a) El colonato existía ya en algunas comarcas, tal como Egipto, antes de la conquista que hizo de las provincias romanas; b) Fueron fundados numerosos establecimientos de colonos por los bárbaros vencidos, a los cuales concedieron los emperadores

---

76. (1) Bajo el Imperio no hubo empadronamiento desde Vespasiano hasta Decio, que hizo confeccionar el último, en el año 249 de nuestra era.

77. (1) Como haciendo alusión al colonato, se puede citar un texto de Marciano: L. 112, pr., D., *de legat* 1.° XXX, y una Constitución de Alejandro Severo del año 225: L. 1, C., *de infant.*, VIII, 52.

(2) V. sobre el colonato: C. Th., V, 9, 10, 11.—C. J., XI, 47 a 52, 62 a 68.

N. del T.—Puede consultarse Baratono, *Colonato romano*, en la *Enciclopedia giuridica italiana*. V. 3, parte 2.ª (Milán, 1910); Rostowzew M., *Kolonat* en Hadwörterbuch der Staatswiss Krsgvon 1. Koarad (Jena, 1911), y Segré, *Origine del colonato*, en el *Archivio Giuridico*, vols. XLII a XLIV y XLVI.

tierras lejanas, sobre todo en Galia, en Tracia y en Iliria.—c) A causa de los desórdenes del Bajo Imperio estos pequeños propietarios, antes de perder sus tierras, preferían casi siempre abandonarlas a los ricos, para quedarse colonos y cultivarlas en paz.—d) En fin, Constantino y sus sucesores favorecieron la extensión del colonato en favor de la *agricultura*, y más que nada en favor del *fisco*, pues el colono, al mismo tiempo que el cultivo de la tierra, de la cual no podía separarse, aseguraba también el pago del impuesto territorial. Por tanto, los emperadores decidieron que todo aquel que durante treinta años cultivase la tierra de otro se hiciese colono, y además, que todo hombre libre tuviese derecho a ser colono. Desde entonces el colonato podía resultar: bien por *nacimiento*, toda vez que el hijo del colono nace colono, o bien por *prescripción* o *convención* (Cf. L. 23, § 1, C., *de agricol.* XI, 47).

La condición jurídica de los colonos varía según cómo se les considere en la sociedad, o en sus relaciones con el propietario del terreno.

1. El colono en la sociedad queda *libre*, ingenuo o libertino, según su condición anterior (3). Puede casarse. Puede adquirir y hacerse acreedor o deudor; pero le está en absoluto prohibido enajenar sin el consentimiento de su amo (L. 2, C., *in quib. caus.*, XI, 49), pues sus bienes garantizan el pago del censo y del impuesto territorial. Tampoco puede ejercer ningún cargo público.

2. En cuanto al propietario del terreno que cultiva, trata a su colono, sobre poco más o menos, como si fuese un esclavo. Tiene que estar ligado a la tierra que cultiva, prohibiéndole abandonarla, lo cual un texto califica de *servus terrae* (4). Si la tierra llegara a venderse, el colono también con ella, pudiendo reclamarle el propietario (L. 7, C., *de agricol.* XI, 41). Pero nunca el colono podrá perseguir en justicia al propietario, salvo en casos excepcionales (L. 2, C., *in quib, caus.* XI, 49).

La condición del colono es perpetua, no pareciendo susceptible de cesar por una libertación, puesto que el colono no perdía su libertad.

El colonato estuvo también en vigor bajo Justiniano, subsistiendo aún durante varios siglos en Occidente, después de la caída de la dominación romana.

---

(3) Al lado de los colonos libres llamados *coloni*, *inquilini*, había también esclavos cuyos amos ligaban a la tierra como colonos, con cierta libertad de hecho, llamados especialmente *adscriptitii*. *tributarii*. Estos esclavos no tenían nada de su propiedad; su peculio pertenecía a los amos (L. 18; L. 21, C., *de agricol.*, XI, 47). Sólo hablamos aquí de los colonos libres.

(4) L. 1, § 1, C., *de col. thrac.*, XI, 52: ...*Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur*...

N. del T.—Por eso, era considerado el colonato como un estado intermedio entre la libertad y la esclavitud. Los colonos eran pequeños arrendatarios, de condición jurídica libre, pero vinculados perpetuamente al fundo cultivado por ellos.

SEGUNDA DIVISIÓN

PERSONAS «ALIENI JURIS» Y «SUI JURIS»

§ 1.—Generalidades.

78.—Las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases, según que sean *alieni juris* o *sui juris*.

Se llaman *alieni juris* las personas sometidas a la autoridad de otro. Por tanto, en el derecho clásico hay cuatro poderes (Gayo, I, § 49): 1.—La autoridad del señor sobre el esclavo.—2. La *patria potestas*, autoridad paternal. —3. La *manus*, autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada.—4. El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. La *manus* y el *mancipium* cayeron en desuso bajo Justiniano.

Las personas libres de toda autoridad, dependiendo de ellas mismas, se llaman *sui juris*. El hombre *sui juris* es llamado *paterfamilias* o jefe de familia. Este título implica el *derecho* de tener un patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes. El ciudadano *sui juris* los disfruta, sea cual fuere su edad, y aunque no tenga de hecho persona alguna sobre su autoridad (1). La mujer *sui juris* es llamada también *materfamilias*, esté o no casada, siempre que sea de costumbres honestas (2). Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos; pero la autoridad paternal, la *manus* y el *mancipium*, sólo pertenecen a los hombres.

Estudiar las personas *alieni juris* viene a ser estudiar los diversos poderes a los cuales están sometidas, pero primeramente es necesario echar una ojeada sobre la organización de la *familia* romana, precisando cuáles son los lazos de *parentesco*, civil o natural, que pueden unir los miembros de la *familia* y de la *gens*.

§ 2.—De la familia, del parentesco: cognación, agnación.— De la "gens" y de los derechos de gentilidad.

79.—*De la familia y del parentesco.*—La palabra *familia*, aplicada a las personas, se emplea en Derecho Romano en dos sentidos contrarios (1).

---

78. (1) Ulpiano, L. 195, § 2, D., *de verb. sign.*, L. 16: *...Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus sed et jus demonstramus...*—L. 4, D., *de his qui sui...* I, 6.

(2) Ulpiano, L. 46, § 1, D., *eod.*—Según Aulo Gelio *(Nuits at.*, XVIII, 6), el título de *materfamilias* sólo se le daba a la mujer casada *in manu;* aunque este sentido no parece haber prevalecido.

N. del T.—Gayo, I, 48, 49: *Quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae* 46.—*Earum personarum quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu aliae in mancipio sunt.*—Conviene observar que en el Derecho de Justiniano no existen ya el *mancipium* ni la *manus*, quedando sólo la patria potestad; por tal razón, persona *alieni juris*, en el Derecho justinianeo, es sinónimo de *hijo de familia*. V. a Pampaloni, *Persone in causa mancipii vel diritto romano giustinianeo*, artículo inserto en el *Bullettino dell' Istituto di Diritto romano*, XVII, páginas 123 y siguientes.

79. (1) La palabra *familia* se aplica también a las cosas para designar, bien sea el conjunto del patrimonio, o bien la totalidad de los esclavos pertenecientes a un mismo amo (L. 195, §§ 1 y 3, D., *de verb. sign.*, L. 16).

Hablaremos de los dos.

1. En el sentido propio se entiende por *familia* o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único (2).

La familia comprende, pues, el *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija *(loco filiae)*.

La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen *patriarcal:* la soberanía del *padre* o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: puede excluir a sus descendientes por la emancipación (V. n.º 97); puede también, por la adopción, hacer ingresar algún extranjero (Véase número 92). Su poder se extiende hasta las cosas: todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario (V. n.º 83, 2). En fin; el *paterfamilias* cumple como sacerdote de dioses domésticos, las *sacra privata*, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos (3).

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta (V. n.º 83).

2. El *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui juris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o *domus*, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma *familia civil:* he aquí otro sentido de la palabra *familia*, en cuyo caso, que es el más común, la *familia* se compone de *agnados*, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil (4).

Tenemos, por tanto, que precisar cuáles son los *agnados*, y desde luego también los padres que sólo tienen la cualidad de *cognados*.

80.—*Del parentesco: cognación, agnación.*—Los romanos distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio* (1).

1. La *cognatio* es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo (Cf. I *de grad. cognat.*, III, 6).

Es, por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza (2).

---

(2) L. 195, § 2, D., *eod: ...Jure propio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura jure subjectae...*—Sobre *domus* en este sentido; Ulpiano, Fr. Vat., § 190: *Tria autem onera (tutelarum) in domo esse sufficit.*—L. 17, D., *de test.* XXII. 5: *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*—(V. también nota 4, *in fine)*.

(3) Ovidio, *Fausto.*, II, 547.—Catón *de re rustica*, 143.—V. n.º 139, 2.

(4) L. 195, § 2, D., *eod; ...Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum; nam etsi paterfamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt ejusdem familiae appellabuntur qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

N. del T.—Además de los indicados sentidos de la palabra *familia*, entre los romanos significaba también el conjunto de los bienes del padre de familia y el conjunto de los esclavos sometidos a la potestad dominical de aquél, aunque más propiamente con el nombre de familia se entiende el conjunto de los agnados, como se expresa en el texto.

80.—(1) La palabra *parentes*, de la cual hemos formado la de parientes, indica el padre, la madre y demás ascendientes en general (de *parere*, engendrar).

(2) Ulpiano, L. 1, § 1. D., *unde cogn.*, XXXVIII, 8; *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno, nati, ut, Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.*—Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la agnación atrae a la cognación. El hijo adoptivo se hace el agnado, y el cognado del adoptante, y los agnados del adoptado. (L. 23, D., *de adop.*, I, 7).

En nuestro Derecho, este parentesco es suficiente para constituir la familia, pero en Derecho Romano es completamente distinto.

Los que su cualidad es sólo de cognados, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia hay que tener el título de *agnados*.

2. La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los *agnados*.

Se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera (3). Hay que poner también entre los agnados a la mujer *in manu*, que es *loco filiae*.

La familia agnática comprende: a) *Los que estén bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe.* La agnación existe entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción.

Si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están agnados entre ellos, y agnados de su padre y de su abuelo paterno. Los hijos no son agnados de su madre, a no ser que ésta sea *in manu;* de lo contrario, sólo son sus cognados, por no tener nunca sobre ellos la autoridad paternal.—b) *Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese.* Cuando muere el jefe, los descendientes, ya unidos por la agnación, quedan agnados también entre ellos.—c) *Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido.* Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y éstos tienen hijos, estos hijos estarán agnados entre ellos (4).

La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque sólo se transmite por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus agnados, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es su padre; es decir, en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por vía de las mujeres (5).

El Derecho civil concede importantes prerrogativas a los agnados que componen solos la familia, especialmente en derechos de *tutela*, en derechos de *curatela* y en derechos de *sucesión* (6). En cambio, la *capitis deminutio* hace perder la agnación con las ventajas que la están unidas, mientras que no tiene influencia alguna sobre la cognación (V. 134, nota 5).

Se comprende, por la enumeración de los agnados, que la composición de la familia romana era arbitraria y poco conforme al derecho natural, pues si la ligadura de la sangre existía casi siempre entre los agnados, la familia civil podía comprender también personas de sangre extraña, tal como los hijos adoptivos.

La madre estaba excluída, a menos que fuera *in manu*, extendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres. En fin; los hijos que emancipaba el jefe de la familia o entregaba en adopción cesaban de formar parte, puesto que dejaban de ser agnados. La reacción contra esta organización primitiva de la familia fué muy lenta.

Pero esta cognación artificial no sobrevive a la agnación: el hijo adoptivo emancipado ya no queda atado por ningún lazo a la familia adoptiva.

(3) Gayo, I, § 156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati...*—Ad. Gayo, III, § 10.—Ulpiano, XI, § 4.

(4) Algunos autores admiten que éstos son los únicos agnados, los que hayan estado efectivamente bajo la autoridad del mismo jefe. Esta noción se contradice en los textos que afirman que la agnación se extiende *in infinitum*. Cf. Ulpiano, L. 2, § 1. D., *de suis et legis*, XXXVIII, 16.—I, § 1, *de leg. agn. suc.*, III, 2.

(5) I, § 3, de *patr. pot.*, I, 9.—L. 195, § 5, D., de *verb. sing.*, L. 16: *mulier familiae sua et caput et finis est.*

(6) C. sobre los derechos de agnación, los núms. 106, 122, 133, 663 y sig.

El pretor fué el primero que se sintió algo favorable hacia los cognados, concediéndoles en varios casos los derechos de sucesión que el Derecho civil sólo reservaba a los agnados, entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las Constituciones imperiales, aunque sólo fué bajo Justiniano, y después de las *Novelas* 118 y 127, cuando desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y cuando la cognación fué suficiente en lo sucesivo para conferior los derechos de familia (7).

81.—*De la «gens» y de los derechos de gentilidad.*—Aparte de la familia, los textos antiguos hacen también mención de otra agrupación civil, la *gens*, cuyos miembros son los *gentiles*. Nos demuestran que cada *gens* tenía su culto propio, *sacra gentilitia*, y su sepulcro (1); que todos los miembros de la *gens* llevaban el mismo nombre *nomen gentilitium* (2), y que a la gentilidad había ligados derechos especiales de sucesión, de tutela y de curatela. Pero ¿qué era en justicia este elemento de la sociedad romana primitiva? Hoy todavía es un problema difícil de resolver, según el estado actual de las fuentes. Gayo no dió ninguna luz sobre ello, pues la parte de sus *Instituciones* donde, sin duda alguna, daba la noción de la *gens*, ha quedado por completo ilegible (3). Los únicos elementos para la solución son unos textos esparcidos en obras de historiadores y literatos de Roma, y en una definición de *gentiles* que cita Cicerón como un modelo, según Scoevola (4). Según esta definición, eran necesarias cuatro condiciones para ser gentiles: 1. Llevar el mismo nombre, *nomen gentilitium;* 2. Haber nacido ingenuos; 3. Que todos los antepasados sean ingenuos; 4. No haber sufrido nunca *capitis deminutio.*

Estas condiciones caracterizan la individualidad del *gentilis*, pero no sus relaciones con los otros *gentiles*, excepto en la primera, que es insuficiente para resolver esta dificultad. Por tanto, hay que limitarse a las conjeturas, siendo la siguiente la que nos parece objeto de menos objeciones: La *gens* no es más que la familia, en el sentido amplio, es decir, el conjunto de los agnados (5); pero esta cualidad no pertenece en origen más que a las familias nobles patricias. Los miembros de la *gens* cumplen las condiciones exigidas en la definición de Cicerón: son entre ellos agnados y *gentiles.*

La gentilidad no les concede en sus relaciones recíprocas ningún derecho más que la agnación. Pero es un título de nobleza que certifi-

---

(7) Cf. sobre esta reacción en provecho de los cognados los núms. 678, 681 a 688, 694.

81. (1) Cicerón, *Pro domo*, 13; *Quid? cur sacra Clodiae gentis intereunt quod in te est?*—Ad *De legib.*, II, 22.

(2) El nombre del ciudadano romano perteneciente a una gente generalmente se componía de tres partes: el *praenomen*, que es la designación individual; el *nomen gentilitium*, común a todos los miembros de la gente; el *cognomen* o apellido; por ejemplo, Marcus Tullius Cicero, de la gente Tulia. El cognomen tenía carácter hereditario; de manera que el cognomen de un jefe de familia ilustre se transmitía a sus descendientes, que entonces formaban una rama o familia distinta a las gentes. De esta manera, una gente comprendía varias familias en el sentido limitado. Todos los miembros de estas familias eran entre ellos agnados y gentiles. (Cfr. Suetono, *Nerón*, 1.—Festus, V.° *Gens Aelia)*, pudiendo tener cuatro nombres: el apellido, el nombre gentilizado, el nombre de familia y el apellido individual. Ejemplo: Pablo Cornelius, Scipio, Africanus, de la gens Cornelia y de la familia de los Escipiones.—La mujer romana sólo llevó apellido en los primeros siglos, teniéndolo bajo el Imperio únicamente por alguna excepción.

(3) La nota de Gayo (III, § 17) se refiere, en realidad, al pasaje siguiente al § 164, I, que ha sido imposible descifrar en el manuscrito.

(4) Cicerón, Tropic, 6: *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc, qui capite non sunt deminuti. Hoc, fortasse satis est.*—Festus da también una definición menos completa: *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: gentiles mihi sunt qui meo nomine appellatur.*

(5) La comunidad de origen entre los miembros de la *gente* está sobradamente probada por la etimología de la palabra *gente (generare);* por los textos que la emplean como sinónimo de *faciilia:* Tito Livio, II, 48, 49 [4], y por la definición de Festus indicada anteriormente: *Gentilis dimurt et ex eodem genere ortus.*—Ad. Varron, *De ling. lat.*, VIII, 4.

ca la antigüedad y la ingenuidad de la raza, formando el privilegio de las familias patricias. A medida que nos alejamos de los primeros tiempos de la fundación de Roma, iremos viendo también cómo al lado de las *gentes patricias* se encontraban las *gentes* plebeyas, bien sea que una familia plebeya de origen perpetuamente ingenuo haya obtenido por su riqueza o por su influencia el título de *gens*, o bien que algún ciudadano de origen plebeyo, después de haberse ilustrado en alta magistratura, fuese juzgado digno de ser el fundador de una *gens*.

Estando admitida esta idea de la gente, ¿en qué consistían los derechos de gentilidad? Hay que hacer intervenir en esto un elemento nuevo. Cuando un ciudadano de una *gens* liberta un esclavo, este libertado se hace jefe de una familia, cuyos miembros se enlazan a la *gens*, tomando el nombre y las *sacras*. Es, por relación a los miembros ingenuos de esta familia, por lo que los *gentiles* ejercen los derechos de gentilidad, es decir, de sucesión, de tutela y de curatela. Así que cuando muere un miembro de la familia cuyo jefe fuese un liberto de la *gens*, su sucesión legítima será conferida por la ley de las XII tablas, primero, a sus descendientes, herederos suyos, después a sus agnados colaterales, y por último, en defecto de agnados,a los *gentiles* (V. n.º 669) (6). Dejando el difunto hijos impúberos, su tutela, a falta de tutor testamentario y de agnados, la tenían los *gentiles* (V. n.º 106, 3). En fin; el púbero loco, no teniendo agnados, estaba colocado bajo la curatela de sus *gentiles* (V. n.º 522, nota 2).

No tenemos, por de pronto, ningún detalle sobre la manera de ejecutarse esta atribución de la sucesión de la tutela y de la curatela.

Algunos autores completan esta teoría dando a los *gentiles* los mismos derechos en relación a los miembros de las familias clientes de la *gens;* pero la clientela es una institución sobre la cual hay aún mucha oscuridad para que se pueda ver en esta afirmación otra cosa que no sea una ingeniosa conjetura.

De esta exposición resulta que la sucesión de los *gentiles* se presentaba en la práctica con menos facilidad que la de los agnados, y mientras que ésta formaba el derecho común para todas las familias, la sucesión de los *gentiles* sólo se representaba en las relaciones de la *gente* con los descendientes ingenuos de uno de sus libertados (7).

Tal es el conjunto de este sistema, que no está al abrigo de toda crítica, pero que tiene el mérito, no sólo de no estar en oposición con ningún texto jurídico, sino también por explicar satisfactoriamente todos los pasajes de los historiadores y literatos que hablan de los gentiles (8).

---

(6) Gayo, III, § 17.—Este derecho de sucesión reservado a los *gentiles* explica por qué una mujer de familia oriunda de un liberto no tenía facultad para casarse fuera de la *gens*. Era que, sometida por regla general a la *manus* del marido, tenía que hacer salir sus bienes de la *gens* y la esperanza de una sucesión. Sin embargo, esta facultad, llamada *gentis enuptio*, en recompensa de un servicio prestado al Estado, le fué concedida a la Hispala Fecenia. Cfr. Tito Livio, XXXIX, 19 [3 a 6].—Si la familia oriunda de un liberto de la *gens* libertaba a su vez algún esclavo, por relación a esta nueva familia formaba, no ya una *gens*, sino también una *estirpe*, y entonces, a la muerte de un ingenuo de esta familia derivada, podía crearse un verdadero conflicto entre los miembros de la *gens* y los de la *estirpe;* los primeros reclamando la sucesión por derecho de gentilidad, *gens*, y los otros por derecho de estirpe, *stirpe*. Así lo explica Cicerón en un pasaje: *De oratore*, I, 39.

(7) Pablo, S., IV, § 3: *Intestatorum hereditas lege XII tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentilibus deferabatur.*

(8) Se han hecho también otras conjeturas sobre la *gens* y los *gentiles*. Las principales son: *a)* La *gens* hubiera sido una subdivisión de la curia primitiva, o *decuria*, y hubiera sido también compuesta de varias familias enlazadas por una ligadura puramente política. Cada curia hubiese comprendido diez *gentes*, o sea, en total, trescientos. A falta de herederos suyos, y de agnados en una familia, los derechos de sucesión pasaban a otras familias, que serían los *gentiles*.

Esta opinión cae en el defecto de tratar a la *gens* como una agregación artificial, contraria al sentido etimológico de la palabra y a los textos que hacen el sinónimo de familia. No explica suficientemente ni la existencia de *gentes* plebeyas ni los textos que hablan de

La gentilidad cayó en desuso en buena hora; a medida que las libertaciones se multiplicaban, las nuevas familias así creadas se hacían cada vez más numerosas, borrándose con el tiempo el recuerdo de su origen, mientras que las *gentes* primitivas se iban extinguiendo poco a poco y desaparecían, absorbidas en la masa de un populacho renovado continuamente. Así que, en la época de Cicerón, la aplicación del derecho de gentilidad fué ya cosa rara, y aun más en tiempos de Gayo (III, § 17 y Ulpiano, *Lex Dei*, XVI, 4, § 2, *in fine*).

Capítulo I.—De las personas "alieni juris"

82.—Ya hemos expuesto las reglas de la autoridad del señor y de la condición de los esclavos; sólo nos resta hablar de las personas sometidas a la autoridad paternal, a la *manus* y al *mancipium*.

SECCIÓN I.—DE LA POTESTAD PATERNAL

§ I.—Caracteres de la potestad paternal.

83.—La *potestad paternal* pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil (1). No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo, excepto los galatos, estaba organizada como en Roma (Gayo, I, § 55). Sin embargo, se encuentran los principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos y, en general, en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal (2).

---

estirpes y de *gentis enuptio; b)* Los *gentiles* sólo serían agnados después de cierto grado; según unos, en el cuarto, y en el décimo según otros. Pero este límite es contrario a los textos que declaran que están agnados, y que obran como tal *etiam longissimo gradu* I, § 3, *de legit. adgn. suc.*, III, 2), o *in infinitum* (L. 2, § 1, D., *de suis et legit.*, XXXVIII, 16); *c)* En una opinión cercana, la gentilidad sólo sería una agnación muy dilatada, cuya prueba ha sido imposible. En defecto de agnados que pudieran probar su parentesco civil con el difunto, y además su grado de parentesco, los derechos de sucesión pasarían a los *gentiles*, es decir, a las personas que no pudieran establecer su parentesco civil con el difunto más que por la similitud del *nomen gentilium*. Esta teoría, ya antigua, es la que cuenta con más partidarios, aunque, a nuestro juicio, da a la gentilidad un carácter bastante vago, no comprendiéndose, por otra parte, cómo desde la ley de las XII tablas que las sucedieron hayan sido los *gentiles* personas incapaces de demostrar su grado de parentesco con el difunto. Fué más tarde, a medida de alejarse de estos orígenes, cuando esta prueba llegó a ser dificilísima de establecer. Así que en este sistema hay que admitir los derechos de gentilidad, en provecho de los miembros de la *gente*, sobre los miembros de la familia oriunda de un libertado de la *gente*.

N. del T.—Si bien es cierto que la gentilidad cayó bien pronto en desuso y que en tiempo de Gayo era institución puramente histórica (Inst. III, 17, Gayo... *totum jus gentilitium in desue tudinem abiise)*, no por eso hay que negar la gran importancia que tuvo, extendida no solamente al derecho público, sino también al privado.

83. (1) Para indicar los descendientes sometidos a la autoridad paternal, los romanos emplean las expresiones *filius familias* y *filias familias* (Cf. Ulpiano, L. 4, D., *de his qui sui...*, I, 6).

(2) Aristóteles, *Ethic. nicom.*, VIII, 10.—César, *De bel. gal.*, VI, 19.

N. del T.—El poder que los más antiguos romanos reconocían al cabeza de familia era, jurídicamente hablando, el más riguroso y severo de que nos habla la Historia. Según M. Guerard, en su notable y antigua obra *Essai sur l'histoire du droit privé des romains*, París,

El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libertar; b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal.

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Pero, a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vió también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal. Veamos cómo se fué cumpliendo este progreso.

1. *Derechos sobre la persona.*—Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.

a) El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad lo tenemos bien comprobado en una infinidad de testimonios (3), aunque en tiempos de la República, al parecer, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. (Cf. Valero-Máximo, V. § 2 a 5 y 9, § 1 . En cambio, bajo el Imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón Adriano castigó con la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra (4). Hacia el fin del II siglo de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia (5).

---

año 1841, en la mayor parte de las naciones, y puede decirse, según el derecho de gentes, el poder del padre sobre sus hijos no es más que un poder de protección, un derecho de tutela que termina cuando el hijo ha llegado a la edad de la razón, y lo mismo sucedía en Roma, antes de la ley de las XII tablas, en las familias patricias. Pero entre los plebeyos fué donde nació después esa patria potestad tan extraña por su energía y duración, esa constitución de la familia que por confesión de los romanos daba a su derecho un carácter enteramente excepcional, por haber imperado el principio monárquico en las relaciones familiares aun durante todo el período consular.—Gayo, I, 55, *Quod ius proprium civium romanorum est, fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habeant potestatem, qualem nos habemus.* La esencia de este poder del padre de familia se manifiesta, según se expresa en el texto, tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales.

Por lo demás, aunque en el § 2 de las *Instituciones* se lee que ningún pueblo tenía sobre sus hijos igual potestad que los romanos, Gayo cita a los galatas como teniendo una patria potestad semejante a la de aquéllos.

(3) Este poder está confirmado plenamente en el pasaje de Aulo Gelio, donde habla de la fórmula de la adrogación. *Nutis al.*, V. 19: *Veltis jubeatis. Quirites, uti L. Valerius L. Tulo tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natusque esset, utique el vita nacisque in eum potestas siet, uti patri endo, filio est. Hae ita uti dixi, ita vos, Quirites rogo.*

(4) L. 5, D., *ad leg Pomp. de par.*, XLVIII, 9. El jurisconsulto Marciano, citando esta decisión, añade esta hermosa máxima, donde se revela la inspiración de la filosofía estoica: *Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

(5) Esta reacción contra la autoridad absoluta del jefe de familia ya la señaló Ulpiano (L. 2, D., *ad leg. Cornel. de sic.* XLVIII, 8); fué también evocada por Alejandro Severo (L. 3, C., *de pat. pot.* VIII, 47) y por una Constitución de Valentiniano y Valente L. 1, C. *de emend. propinq.* IX, 15).

En fin, Constantino decidió que en todos los casos todo el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida (L. 1, C., *de his. qui parric.*, IX, 17).

b) El padre podía también *mancipar* al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía en beneficio del adquisidor la autoridad especial llamada *mancipium*. De esta manera se encontraba el hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente, y sin dañar a su ingenuidad (V. n.º 100).

Por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor, en señal de garantía.

Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquisidor se comprometía a libertarle al cabo de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo bajo la autoridad paternal (Gayo, I, § 140).

El Derecho Romano luchó en buena hora contra esta práctica. La ley de las XII tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola *mancipatio* produzca el mismo efecto (6).

En la época de Antonino Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita (L. 1, C., *de liber caus.*, VII, 16). Sólo fué permitida al padre en un caso de mucha necesidad, para procurarse alimentos (Pablo, S., V. I, § 1). Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquiera manera que fuese, venta, donación o empeño (L. 1, C., *de patr., qui fil.*, IV, 43). Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre, únicamente siendo indigente, y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo, abonándoselo al comprador (L. 2, C., *eod.*).

c) Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio (L. 2, C., *de inf. expos.*, VIII, 52, año 347). Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo (L. 1., C. Th. *de expos.* V. 57), y Justiniano lo declara libre *sui juris* e ingenuo (L. 2, C., *de inf. exp.*, VIII, 52).

Tales fueron los alivios aportados en los derechos del jefe de familia hacia la persona de los niños. Por de pronto, los romanos pusieron tal precio a la libertad, que en ninguna época el padre, aun teniendo el derecho de vida y muerte, ha podido en Roma hacer de su hijo un esclavo (7).

2. *Derechos sobre los bienes.*—En la familia, y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo.

Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios.

Todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al jefe, para quien es, lo mismo que el esclavo, un instrumento

---

(6) Gayo, § I, 132: *...Filius tribus mancipationibus, ceteri vero liberi... una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filli de tributus mancipationibus loquitur his verbis: Si pater filium ter venumduit, a patre filius liber esto.*

(7) Constantino, L. 10, C., *de patr. pot.*, VIII, 47: *Libertati a majoribus tantum impensum est ut patribus quibus jus vitae in liberos nacisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.*—En el derecho antiguo, el padre podía, sin embargo, en virtud de su autoridad, vender a sus hijos fuera de Roma y de la liga latina, *trans Tiberim*. Se hacían esclavos, sin derecho a *postliminium* (Cicerón, *De oratore*, I, 40).

de adquisición, aunque el Derecho civil no admite que le pueda hacer deudor.

Sin embargo, si en la familia sólo existe un patrimonio, cuyo jefe es el amo, los hijos en autoridad se les considera como teniendo sobre sus bienes, que han contribuído a aumentar, una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, pero manifestándose a su muerte; entonces los recogen como bienes ya de su propiedad, a título de *heredes sui* (8).

Por otra parte, la regla por la cual los hijos de familia no pueden tener nada en propiedad se modificó bajo el Imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fué casi derogado.

Todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede el padre, y que constituyen para él un peculio, *peculium profectitium*, análogo al del esclavo (V. n.º 260).

Y, por último, el pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, como también lo permitía a los que hubiesen contratado con los esclavos, de ejercer su acción contra el jefe, cuando hubiese autorizado al hijo para contratar (V. núms. 480 a 484).

83 bis.—Fuera de estas relaciones con el jefe, el hijo de familia está en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el Derecho civil. En virtud de su capacidad personal, puede también figurar en los actos jurídicos, obligándose además civilmente tanto por sus contratos como por sus delitos (1). Puede estar en justicia (V. n.º 740, c). La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos (2).

§ 3.—Fuentes de la potestad paterna.

84.- La fuente principal de la potestad paterna es el *matrimonio* o *justae nuptiae*. Los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre. Puede establecerse también por *adopción*, y bajo los emperadores cristianos, por la *legitimación*.

I.—De "justae nuptiae".

(*I., de nuptiis, I,* 10).

85.—Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho civil de Roma.

En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o *gens* por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. (V. n.º 92). De aquí, la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos. Y de aquí también la consideración que disfrutaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad. Por el solo efecto del matri-

(8) Gayo, 1, § 157. Paulo, L. 11.—De *de lib. et post.*, XXVIII, 2.—V. n.º 588, y nota 1.

83 bis. (1) En cambio, la hija de familia ha quedado durante bastante tiempo privada de obligarse civilmente por contrato. V. n.º 281, 3 y notas 2 y 4.

(2) Pomponio, L. 9, D., *de his qui sui...*, I, 6:... *Filius familias in publicis causis loco patrisfamilias habetur veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

monio, participaba en el rango social del marido de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a las *justae nuptiae* acompañaba la *manus*, lo cual, en los primeros siglos, ocurría frecuentemente. V. número 98). La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se hacía además propietaria de todos sus bienes. Estos caracteres de la asociación conyugal están trazados en la definición que da Modestino hacia el final de la época clásica: *es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos* (1). Sin embargo, bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia, y la *manus*, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer. Por eso, la definición de las *justae nuptiae*, en las instituciones de Justiniano, ya no hace alusión a la *communicatio divini et humani* entre los esposos (2).

86.—I. *Condiciones de validez del matrimonio.*—Cuatro condiciones son necesarias para que el matrimonio sea válido: 1. La pubertad de los esposos; 2. Su consentimiento; 3 El consentimiento del jefe de familia; 4. El *connubium*.

1. *Pubertad.*—Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio: tener hijos que perpetúen la familia. En el origen, la pubertad se fijó a los doce años para las hijas; en cuanto a los hijos, se les reconocía púberos en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por el exámen de su cuerpo, las señales de la pubertad (1).

Bajo el Imperio, los Proculeyanos, después de la advertencia de los estoicos, quisieron que los hombres fuesen declarados púberos a los catorce años; pero los Sabinianos prefirieron permanecer partidarios de las antiguas prácticas. Algunos jurisconsultos exigían a la vez que los catorce años un desarrollo físico suficiente. Este sistema mixto parece que fué el que prevaleció hasta Justiniano, que sancionó la opinión de los Proculeyanos (2).

2. *Consentimiento de los esposos.*—Las personas que se casan deben consentir libremente (3). Es probable que durante mucho tiempo la energía de la autoridad paterna permitiría al jefe de familia violentar

---

85. (1) L. 1, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2: *Nuptiae sunt conjuctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.*—*Ad.* L. 4, C., *de crim. expil. her.*, IX, 32, *Uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur...*

(2) L. § 1, *de patr. pot.*, 1, 9: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjuntio, individuam, consuetudinem vitae continelis.*

86. (1) El adolescente hecho púbero se quitaba la ropa pretexta, adornada de una banda de púrpura, para ponerse la toga viril, completamente blanca; de donde proceden las expresiones *praetextatus* para indicar el impúbero, y *vesticeps* para calificar al hombre púbero (Aulo Gelio, *Nuits at.*, V, 19). Este cambio de traje se hacía cada año, con ocasión de las fiestas de Baco, para todos los que habían sido declarados púberos, lo que tenía efecto casi siempre entre los catorce y diecisiete años cumplidos.

(2) Cf. Gayo, I, § 196.—Ulpiano, XI, § 28.—Servio, *ad Aeneid*, VII, 57.—I, pr., *quib. mod. tut.*, I, 22.—V., sin embargo, n.° 539, nota 3.

N. del T.—Son incapaces para contraer matrimonio los castrados *(castrati)* pero no los impotentes *(frigidi, spadones)* ni los viejos. Paulo. Fr. 39, § 1, *de jure dot.* XXIII, 3; Const. 10, *de repud.*, V, 17; Nov. 22, cap. VI; Const. 27, *de nupt.*, V, 4; Ulpiano, XVI, 4 y 5. La impotencia de los castrados es manifiesta, pero no ocurre lo mismo con todas las demás especies de impotencia, y de aquí que los romanos no la tuvieran en cuenta, especialmente atendida la libertad del divorcio. La impotencia era, pues, causa de disolución, pero no de nulidad de matrimonio.

(3) Los romanos admitían el uso de los desposorios, *sponsalia*, por los cuales los futuros esposos se comprometían el uno cerca del otro. Podían efectuarse desde la edad de siete años (Modestino, L. 14, D., *de sponsal.*, XXIII, 1). Pero cada parte quedaba en libertad de romperlo por acusa de daños o perjuicios que había de fijar el juez (Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV). En el Bajo Imperio, los desposorios se acompañaban de las arras, perdiéndo-

a sus hijos al matrimonio; pero también es cierto que bajo el Imperio ya no les pertenecía este derecho (4).

El demente que razonablemente no puede consentir mientras esté en estado de locura, puede, sin embargo, casarse en un intervalo lúcido (Paulo, L. 16, § 2, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2).

3. *Consentimiento del jefe de familia.*—Los que se casen siendo *sui juris* no tienen necesidad del consentimiento de nadie. Los hijos bajo autoridad deben tener el consentimiento del jefe de familia (Paulo, L. 2, D., *eod.*).

Esta condición no está fundada en el interés y la protección de los esposos, sino tan sólo en la autoridad paterna y los derechos de jefe de que está investido, cuyas consecuencias son las siguientes: a) Este consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente. b) El de la madre nunca se exige, por no tener autoridad; c) El jefe de familia debe consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a casarse, y en igual caso, el consentimiento del padre también se exige para sus nietos, puesto que, a la muerte del abuelo, los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre, siendo un resultado al cual tienen que haber consentido (5). En cambio, para las hijas es de otra manera: éstas entran en la familia civil de su marido, no exigiéndolas el consentimiento del padre; es suficiente el del abuelo, que tiene la autoridad (Paulo, L. 16, § 1, D., *eod.*).

Estando loco el jefe de familia, cautivo, o bien rehusa su consentimiento sin legítimo motivo, el hijo en un principio no podía casarse, aunque, sin embargo, más tarde hubo algunas moderaciones sobre esta regla, admitiendo con bastante frecuencia el matrimonio de la hija, y acabando por hacer válido también el del hijo (6).

Durante el Bajo Imperio, y hacia el fin del siglo IV de nuestra era, una importante decisión, y más conforme con las ideas modernas, tiende a organizar de una manera completa, es cierto, una especie de protección para el hijo que se casara antes de haber llegado a la edad de la madurez. Dos Constituciones exigen para el matrimonio de la hija, o viuda menor de veinticinco años, aun *sui juris*, el consentimiento del padre o de la madre, o de sus parientes más próximos (L. 18, C., *de nupt.*, V. 4, año 371—L. 20, C., *eod.*).

4. *Connubium.*—Es la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae* (7). Lo primero que se necesita para disfrutarla es ser ciudadano romano. Por tanto, en el Derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos, los latinos, salvo los *latini veteres* y los peregrinos, excepto concesiones especiales. (Ulpiano, V, §§ 4 y 5). Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos que no tuvieron el *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros. Pero puede ocurrir que alguna persona, teniendo en absoluto el derecho de casarse, no lo puede hacer válidamente con otra persona determinada, pues el Derecho Romano, en efecto, admite ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas, unas por causa de *parentesco* y de *alianza*,

---

las después el que rehusara cumplir su promesa, o teniendo que pagar el doble de lo que en ellas había recibido (C., *de sponsal.* y de *arrh. spons.*, V, 1).

(4) Tarentio Clemente (bajo Antonino el Piadoso). L. 21, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2; *Non conciitur filiusfamilias uxorem ducere.*—Ad. Diocleciano, L. 12, C., *de nupt.*, V, 4.

(5) En efecto, un romano no puede tener ninguna persona bajo su autoridad, sin haberlo querido; por consiguiente, un *heredero suyo tampoco*. Esta regla está formulada en las *Instituciones* de Justiniano, a propósito de una aplicación al § 7, *de adopt.*, 1, 11: ...*Filius consentire debet, ne ei invito suus heres adquascatur.*

(6) Trifonimio, L. 12, § 3, D., *de captiv.*, XLIX, 15.—I, pr. *de nupt.*, I, 10.—La tendencia a validar el matrimonio, hecha en estos distintos casos sin el consentimiento del jefe de familia, se manifiesta, ante todo, desde las leyes *Julia* y *Papia Poppoea*. Marciano, L. 19, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2.

(7) Ulpiano, V, § 3: *Connubium est uxoris jure ducendae facultas.*

otras sobre motivos de moral o de conveniencia, y otras, en fin, por razones de orden político. He aquí las más principales:

a) *Parentesco.*—No se puede distinguir aquí entre la *agnación* y la *cognación*. En *línea directa*, es decir, entre parientes descendiendo unos de otros, el matrimonio está prohibido hasta lo infinito (I., párrafo 1, *ht.)*. Semejantes uniones están reprobadas por todas las legislaciones, pues violan descaradamente la moral y el respeto debidos a los ascendientes; tanto, que aun después de la ruptura de alguna adopción, el adoptante no puede casarse con la que fué su hija adoptiva.

En *línea colateral*, es decir, entre parientes descendiendo de un mismo autor común, el matrimonio está prohibido únicamente entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro; por ejemplo, entre tío y sobrina, tía y sobrino, pues los tíos y las tías tienen en algo la situación de padres y madres (8). Los primos hermanos pueden casarse, y estas uniones, desconocidas en un principio, se hicieron después bastante frecuentes, al decir de Tácito (An. XII, 6, *in fine)*. Más tarde fueron prohibidas por Teodosio el Grande, siendo finalmente levantada esta prohibición por Arcadio y Honorio (9).

b) *Afinidad.*—Se llama así al lazo que une cada esposo a los parientes del otro esposo. Entre afines, está prohibido hasta lo infinito el matrimonio en *línea directa;* en cambio, en *línea colateral*, y desde Constantino, sólo hubo prohibición entre cuñado y cuñada, manteniendo Justiniano esta disposición (10). Las prohibiciones entre afines no tienen interés alguno hasta después de la disolución del matrimonio que produce la afinidad (11).

c) *Otros impedimentos.*—Desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos; pero la ley de las XII tablas sancionó esta interdicción, que fué alzada por la ley *Canuleia* en el año 308. Bastante tiempo después estuvo también prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos. Bajo Augusto, las leyes *Julia* y *Papia Popoea* permitieron en un principio estas uniones. (L. 23, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2), aunque prohibieron el matrimonio entre los senadores y sus hijos, por una parte, y por otra parte, los libertos y las personas que ejercían alguna profesión deshonrosa (L. 44 pr. D., *eod.)* (12).

Citemos aún la disposición hecha para los funcionarios de una provincia y para sus hijos de poder casarse con una mujer domiciliada en la provincia (L. 38, pr., D., *eod.);* al tutor y a su hijo, para poder hacerlo con su antigua pupila, y al curador y a su hijo, con la mujer menor de veinticinco años sobre la cual tiene la curatela (L. 36, D., *eod)*. Acaso se tema que los funcionarios abusen de su autoridad, con objeto de contraer un rico matrimonio, y ciertamente que los tutores y curadores sólo buscan en estas uniones la manera de escapar a la obligación de rendir cuentas de tutela y de curatela (L. 64, § 1, D., *eod.)*.

---

(8) I, § 5, *de nupt.*, 1, 10: ...*Quia parentum loco habentur.*—Sin embargo, en el año 49 de nuestra era un senadoconsulto, destinado a permitir el matrimonio entre Claudio y Agripina, autorizó la unión de la sobrina con el tío paterno. (Gayo, I, § 62). Pero esta disposición fué revocada por los emperadores Constancio y Constantino (L. 1 C. Th., *de inc. nup.*, III, 12).—Cf. art. 163, C. C. y ley del 16 abril 1832.

(9) Aurelio Víctor, *De vit. et mor. imper., in fine.*—Arcadio y Honorio, L. 19, C., *de nupt.*, V. 4.—1, § 4, *de nupt.*, I, 10.

(10) L. 2, C. Th., *de incest. nupt.*, III, 12.—L. 5, C., *de incest.*, V. 5.—I, §§ 6 a 8, *de nupt.*, I, 10.—Cf. art. 164, C. C. y ley del 16 abril 1832.

(11) La bigamia, en efecto, estaba prohibida por los romanos, bajo pena de infamia. (L. 2, C., *de incest.*, V. 5).—Bajo Justiniano fué castigada hasta de muerte, según testimonio de Teófilo (§§ 6 y 7, *de nupt.*).

(12) Justiniano, que se había casado con la comedianta Teodora, suprimió todas estas prohibiciones por la *Novela* 117, c. 6.

87.—Tales eran las condiciones necesarias para que *las justae nuptiae* fuesen válidas. El Derecho civil no exigía ni solemnidades de forma ni ceremonias religiosas (1).

¿Quiere esto decir que el matrimonio sea en Derecho Romano un contrato puramente consensual, y que sea perfecto por el mero hecho del consentimiento de las partes, suponiendo desde luego que satisfagan las condiciones requeridas? Esto se ha pretendido, pero los textos rechazan esta solución. Sin duda, no era necesario que hubiese habido cohabitación efectiva de los esposos, pues, como decían nuestros antiguos autores, *matrimonium consummatum* (2). Pero es necesario que la mujer esté a disposición del marido, y que esté instalada como *uxor* en su casa, y es por lo que se hace imposible el matrimonio con una mujer ausente, mientras que el hombre puede casarse aunque esté alejado de su domicilio, si la mujer está presente (3). El modo empleado con más frecuencia para poner a la mujer a disposición de su marido era la *deductio in domum mariti*, pero no tenía nada de esencial (Scaevola, L. 66, D., *de don in vir*, XXIV, 1). El matrimonio así contraído, sin verdadera celebración delante de un oficial público, carecía de prueba legal. Es verdad que a veces se redactaba una acta escrita, *tabulae nuptiales*, y que el testimonio de vecinos y otras personas en conocimiento del matrimonio podían aportar también un medio de prueba (L. 9, C., *de nupt.*, V, 4), y a veces también se presumía lo siguiente: la cohabitación entre personas honradas, y de condición igual, hacía presumir el matrimonio (Modestino, L. 24, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2—C., *de nupt.*, V. 4).

88.—II. *Efectos del matrimonio.—Con respecto a los esposos.*—Tienen el título de *vir* y de *uxor*, participando la mujer, según ya hemos visto, de la condición social del marido. Sin embargo, las cualidades de plebeya y de manumitida no se borran por el matrimonio con un patricio o con un ingenuo, aun cuando estas uniones hayan sido permitidas. Además, el matrimonio no hace entrar a la mujer en la familia civil del marido; este efecto sólo es producido por la *manus* (1).

Los esposos se deben *fidelidad*, aunque el adulterio de la mujer está castigado con más severidad que el del marido, por poder introducir en la familia hijos de sangre extraña. Constantino lo castigó de muerte (L. 30, § 1, C., *ad. leg. Jul. de adult.*, XI, 9). Este rigor se suavizó en el derecho de Justiniano (Nov. 134, c. 10). En cuanto a los *bienes* de los esposos, el matrimonio en los primeros siglos estuvo casi siempre acompañado de la *manus*. Este poder coloca a la mujer en la misma condición que una hija de familia en relación con el marido: que se hace entonces propietario de todos sus bienes, aunque, en caso de matrimonio sin *manus*, cada esposo conserva su propio patrimonio; además, es justo que la mujer contribuyera a las cargas de la familia, que pesaban sobre el marido; de aquí la costumbre de una *dote* constituída al marido por la mujer o algún tercero (V. núms. 432 a 435).

Esta práctica se generalizó cuando la *manus* cayó en desuso. El régimen de la *manus* y la constitución de la dote que forma el *régimen dotal* no era posible más que en las *justae nuptiae*.

2. *Con respecto a los hijos.*—Los hijos nacidos *ex justis nuptiis* son hijos legítimos, *liberi justi*. Están bajo la autoridad de su padre

87. (1) Bajo Justiniano, estos principios fueron aún verdaderos. León el Filósofo fué el primero que exigió en el Imperio de Oriente la bendición nupcial, como condición para validez del matrimonio civil.—Cf. León Nov., 89: *Ne matrimonia citra sacram benedictionem confirmentur.*

(2) Ulpiano, L. 30, D., *de reg. jur.*, L, 17; *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.*

(3) Paulo, S. II, 19, § 8: *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest.*—Ad. Pomponio, L. 5, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2.

88. (1) V. sobre el *manus* y su aplicación los núms. 98 y 99.

o del abuelo paterno, siendo el padre *alieni juris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, y toman también su nombre y condición social (2). En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado. Sólo la *manus* podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, *in manu*, y entonces es para ellos *loco sororis* (Gayo, III, § 14).

La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. Respecto del padre, la paternidad era incierta, y se recurría a lo siguiente: presumiendo que el marido de la madre sea el padre (3). Esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción (L. 6, D., *de his qui sui...*, I, 6). Para facilitar la solución de estas cuestiones, el Derecho Romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta días; de suerte que el hijo será *justus* si nace el ciento ochenta y un días, lo más pronto, después, y comprendido el del matrimonio, o el trescientos y un días, a más tardar, después, y comprendido el de la disolución de las *justae nuptiae* (4).

Capitolino y Apuleio cuentan que desde Marco Aurelio la filiación ss hacía constatar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días, en Roma al *praefectus aerarii*, y en provincias a los *tabularii publici* (5).

89.—Cuando falta una de las condiciones indicadas anteriormente para la validez del matrimonio, éste será nulo, no produciendo, por consiguiente, ningún efecto (1). Entonces no existirá ni *vir* ni *uxor*, pudiendo recaer sobre los esposos las penas más severas en caso de *incesto*, es decir, de matrimonio entre parientes en grado prohibido (Paulo, L. 68, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2). En cuanto a los hijos, nacen *sui juris*, y son tratados como hijos nacidos de un caso accidental entre hombre y mujer. No tienen un padre cierto, y se les llama *spurii* o *vulgo concepti* (2); en cambio, están unidos a la madre y a los parientes maternos por la *cognación*.

Se comprendía que la buena fe de los esposos, o por lo menos uno de ellos, haría excusable la falta cometida contrayendo un matrimonio nulo. Pero el Derecho Romano no ha admitido sobre este particular ninguna teoría general (3). Únicamente se encuentran ciertas hipótesis donde se toma en consideración la buena fe para atenuar las consecuencias de la nulidad del matrimonio, primero en el caso de la *erroris causae probatio* (n.º 94); y además, bajo el Imperio, se acordaban algunas veces, a título de favor, los efectos de las *justae nuptiae* a los esposos cuyo matrimonio era nulo, siendo ellos de buena fe; por eso Marco

---

(2) Gayo, I, § 55: *In po estate nostra sunt liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus.* L. 196, § 1, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia, qui nascuntur patris familiam sequentur.*—Ad, I, pr., y § 3 *de patr., pot.*, I, 9.

(3) Paulo, L. 5, D., *de in jus voc.* II, 4: *Quia semper cera est (mater) etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrat.*—Cf. art. 312, C. C.

(4) Cf. Ulpiano, L. 12, D., *de stat. hom.*, 1, 5.—Paulo, D., 8, §§ 11 y 12. D., *de suis y leg.*, XXXVIII, 16.—Los mismos límites legales se han fijado en nuestra ley actual. Cf. arts. 312 a 315, C. C.

(5) Capitolino, Marco Aurelio, 9.—Apuleio, Apología, 89.—Es posible que este uso sea más antiguo. Cf. Suetonio, Tiberio, 5.

89. (1) La ausencia de alguna condición requerida para el matrimonio se llama en nuestro Derecho *impedimento*. Sobre este punto, el Derecho Romano sólo reconoce los impedimentos *dirimentes*, es decir, arrastrando la nulidad del matrimonio.

(2) Gayo, I, § 64: *...Hi patrem habere non intelliguntur, cum is etiam incertus sit: unde solent spurii filii appelluri, vel a graeca voce quasi concepti vel quasi sine patre filii.*

(3) Los romanos no conocieron la teoría del matrimonio putativo, que nuestras leyes señalaron en el Derecho canónico. Cf. arts. 201 y 202, C. C.

Aurelio dió una decisión de este género para los matrimonios entre tío y sobrina de donde hubiesen nacido hijos y durado cuarenta años. (L. 57, § 1, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2).

90.—III. *Disolución del matrimonio.*—El jefe de familia tuvo, durante largo tiempo, el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su autoridad (1). Antonino el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar este abuso de autoridad (2). Las demás causas de disolución del matrimonio son las siguientes (L. 1, D., *de divort.*, XXIV, 2):

1. La *muerte* de uno de los esposos.—El marido podía volver a casarse inmediatamente; pero, en cambio, la viuda debía guardar el luto durante diez meses, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha, a fin de evitar confusión de parto, es decir, la incertidumbre, en cuanto a la paternidad, del hijo que pudiera nacer durante este período (3). La violación de esta prescripción arrastraba la infamia para el segundo marido, para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido el matrimonio y, finalmente, para la misma mujer (L. 1, D., *de his qui not.*, III, 2.—L. 1, C., *de sec. nupt.* V. 9, año 380).

2. La pérdida del *connubium*, resultando de la reducción en esclavitud (4).—Si alguno de los esposos ha sido hecho prisionero por el enemigo se disuelve el matrimonio, no siendo retroactivamente restablecido por la vuelta del cautivo, pues el *postliminium* no podía borrar un hecho tal como la separación material de los esposos (L. 8 y L. 14, § 1, D., *de captiv.*, XLIX. 15). Pero si han estado juntos siendo prisioneros, no habiendo cesado entre ellos la cohabitación durante su cautividad, y volviendo después a un mismo tiempo, entonces no ha habido interrupción de hecho, y la esclavitud será borrada *jure postliminii;* el matrimonio queda reputado de no haberse disuelto en ningún caso, y, por tanto, se consideran legítimos los hijos nacidos durante la cautividad (L. 25, D., *eod.).*

3. *El divorcio.*—Aunque al parecer, el divorcio fué admitido legalmente desde el origen de Roma (5), sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad, que, sin duda alguna, no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Además, la mujer, sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves (6). Fué solamente

---

90. (1) Cicerón, según Pacuvio, Rhetor., II, 24.

(2) Paulo, S., V. 6. § 15: *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit.*—II, 19, § 2: ...*Sed contracta non solvantur.*—Ad. Ulpiano, L. 1, § 5, D., *de liber. exib.*, XLIII, 30.

(3) Ulpiano, L. 11, § 1, D., *de his qui not.*, III, 2.—Cf. sobre esta prolongación de diez meses: Fr. Vat., § 321. Es el tiempo máximo legal del embarazo. En el Bajo Imperio fué aumentado, llevándolo hasta doce meses, por razón de conveniencias. (L. 2, C., *de secund. nup.*, V, 9, año 381).—Nuestro Código lo establece en el décimo mes de viudedad (art. 228, C. C.).

(4) La pérdida del derecho de ciudadanía, que hace perder también el *connubium*, obligaba también la disolución del matrimonio, hecho al parecer sancionado porPaulo, L. 56, D., *solut., matr.*, XXIV, 3, aunque se admite en numerosos textos la continuación del matrimonio, si consiente el otro esposo. La explicación más natural es que el matrimonio *sine connubio* (V. n.° 91, II) reemplaza entonces las *justae nuptiae*. Y entonces el padre ya no tiene la autoridad paterna sobre los hijos (Gayo, I, § 128).—Cf. Ulpiano, L. 5, § 1, D., *de bon damnat.*, XLVIII, 20.—Alejandro-Severo, L. 1, C., *de repud.*, V. 17.—Nov. 25, c. 13.

(5) Según Cicerón, el divorcio estaba permitido por la ley de las XII tablas (Philip., II (8), notándose con el apoyo de esta aserción que la L. 43, D., *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5, hablando del divorcio, está tomada de un tratado de Gayo sobre la ley de las *XII tablas.*

(6) Plauto, Mercator, act. IV, sc. 5, v. 3 y sig.

en los matrimonios sin *manus* (por cierto, muy raros) donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales; así que, en efecto, en los primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero, hacia el fin de la República (7), y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio, hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios (8).

Así generalizado, el divorcio podía efectuarse de dos maneras: a) *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b) Por *repudiación*, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono (L. 11, pr., D., *de divort.*, XXIV, 2). Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley *Julia de adulteriis* exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido (Paulo, L. 9, D., *eod.*).

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación (9).

Por otra parte, se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima (10).

APÉNDICE

Otras uniones ilícitas.

91.—I. *Del concubinato.*— Los romanos dan el nombre de *concubinatus* a una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio, completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción (Marciano, L. 3, pr. D., *de concub.*, XXV, 7). Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fué bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La ley *Julia de adulteriis* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con toda

(7) Los historiadores antiguos citan como primer ejemplo de divorcio el de Sp. Carvilio Ruga, que repudió a su mujer, por causa de esterilidad, a principios del siglo VI. (Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV, 3.—Valero Máximo, II, 1, § 4). Este fué, sin duda, el más célebre, aunque no el primero (Cf. Valero Máximo, II, 9, § 2).—Cundió el ejemplo (Plutarco, *Quaest. rom.*, 11).

(8) Cf. Séneca, *De benef.* III, 16.—Juvenal, Sat., VI. v. 144 y sig. V. v. 224 y sig.

(9) Cf. Constantino, L. 1, C. Th., *de repud.*, III, 16, año 331.—Teodosio y Valentiniano. L. 8, C. *de repud.*, V. 17.—Nov. 117, c. 8 y 9.

(10) Cf. Honorio, Teodosio II y Constancio. L., 2, C. Th., *de repud.*, III, 16, año 421. Nov. 117, c. 13.

joven o viuda, fuera de las *justae nuptiae*, haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada *concubinato*, que recibió de esta manera una especie de sanción legal (1). Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberas, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio (Ulpiano, L. 1, § 4, D., *de concub.* XXV, 7.—L. 56, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2). No se puede tener más de una concubina, y únicamente no habiendo mujer legítima (Paulo, S., II, 20) (2). Estas son las condiciones de que nos hablan los textos. El consentimiento del jefe de familia no era exigido, escapándose el concubinato a las demás prohibiciones publicadas para las *justae nuptiae;* por ejemplo: un gobernador que no se pudiese casar con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina (Paulo, L. 5, D., *de concub.*, XXV, 7).

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *justae nuptiae*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como *uxor* en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de *inaequale conjugium* aplicado a esta unión (L. 3, C., *de nat. liber.*, V, 27).

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui juris*. Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar su familia civil, contrae las *justae nuptiae*, que le darán hijos bajo su autoridad (3); ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él *al menos un parentesco natural, legalmente cierto*, ¿se distinguen por esto de los *spurii* ó *vulgo concepti?* En la época clásica, ningún texto pudo afirmarlo (4). Fué únicamente en el Bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de *liberi naturales* (5). El padre puede legitimarlos (V. n.º 94), y Justiniano terminó dando como efectos a esta filiación natural la

---

91. (1) Marciano, L. 3, § 1, D., *de concub.*, XXV, 7: ... *Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis poenam est.*—Cf. Paulo, L. 144, D., *de verb. sign.*, L. 16.

(2) Esta reglamentación no se aviene con una opinión admitida hoy por varios autores, según la cual, en el concubinato no hubiese existido, como se pensaba antes, y como persistimos en creerlo, una unión legalmente reconocida, pero sí un sencillo comercio irregular, fuera de las leyes, tal como está el concubinato en nuestra sociedad. Esta asimilación no está menos prohibida por la diferencia absoluta de las costumbres. Hoy, toda unión libre fuera de matrimonio está calificada de desorden, aunque en Roma, el concubinato era una institución regular, no arrastrando ninguna deshonra, ni para los que la practicaban ni para los hijos oriundos.

(3) De ahí viene la expresión: *Ducere uxorem liberorum quaerendorum causa.*—Cf. Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV, 3.

(4) Algunos autores admiten que en el Derecho clásico los hijos nacidos del concubinato tienen un padre verdadero, derivándose de este principio la obligación de alimentos; además, tenían para el padre las ventajas que las leyes caducas; unen solamente a la paternidad legítima, y para el hijo el derecho, como cognado, a la sucesión del padre. Esta solución es contraria a la presunción *is pater est quem nuptiae demonstrant*, y ningún texto de los jurisconsultos clásicos puede prestarle un apoyo serio.

(5) L. 7, C. Th., *de natur. fil.*, IV, 6.—En la época clásica se entienden por *liberi naturales* los hijos nacidos del *contubernium:* Scaevola, L. 88, § 12, D., *de legat.*, 2.º XXXI ... *naturales liberos id est in servitute susceptos...* —Ulpiano, L. 17, § 4, D., *ad. S. C. Trebel*, XXXVI, 1, o bien los hijos nacidos del matrimonio, por oposición a los *liberi adoptivi;* Gayo, III, § 41.—Fr. Vat., § 196.—Ulpiano, XXIX, §§ 1 y 5.

obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión. (L. 8 y 12, C., *de nat. liber.*, V. 27.—Nov. 18, c. 12.—Nov. 89, c. 12).

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fué todavía más lejos, pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae* (L. 6, C., *eod.)*. Esta disposición fué conservada por Justiniano; es la *legitimación por matrimonio subsiguiente* (L. 10 y L. 11, C., *eod.)* (V. n.º 95, 1). Sin embargo, el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la Iglesia (6). Fué prohibido en Oriente, la primera vez, por León el Filósofo (León, Nov. 91).

II. *Del matrimonio "sine connubio".*—Es el matrimonio entre dos personas que no tienen, o una de ellas no tiene, el *connubium;* por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina, o entre dos peregrinos. Esta unión no tenía nada de ilícita y constituía un matrimonio válido, aunque sin producir los efectos de las *justae nuptiae* (7).

Entonces los hijos serán cognados de la madre y de los parientes maternos, aunque nacen *sui juris*, y casi siempre peregrinos a causa de la ley *Minicia* (V. n.º 70, Ib). El marido puede perseguir el adulterio de la mujer (L. 13, § 1, D., *ad. leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5), y este matrimonio se puede transformar en *justae nuptiae*, por la *causae probatio*, y por el *erroris causae probatio:* entonces adquiere el padre la autoridad sobre los hijos ya nacidos. (V. núms. 75, 1, 2, c. y 94, c).

Este matrimonio se hizo más raro con la extensión del derecho de ciudadanía (8). Bajo Justiniano, y cuando fueron suprimidos los latinos junianos, sólo fué susceptible de aplicación para los condenados a una pena que llevara consigo la pérdida de los derechos de ciudadano (Véase número 90, nota 4).

III. *Del contubernio.*—Se llama así a la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Es un simple hecho destituído de todo efecto civil. El hijo sigue la condición de la madre, y durante largo tiempo el Derecho no reconoció entre esclavos parentesco, ni aun natural, aunque al principio del Imperio se admitió una especie de *cognatio servilis* entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y por otra parte, entre los hermanos y hermanas (9). Esta *cognatio* tenía por objeto impedir entre estas personas, hechas libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido muy contrarios al derecho natural y a la moral (10).

---

(6) El Concilio de Toledo del año 400 de nuestra era autoriza el concubinato (Can. IV, dist. 34) y en el siglo VII Isidoro de Sevilla expresa la misma opinión.

(7) Un matrimonio entre peregrinos podía producir admirablemente los efectos civiles, según el derecho de su ciudadanía, pero sólo lo miramos desde el punto de vista del Derecho Romano.

(8) Por eso, sólo se habla de ello en un pequeño número de textos.—Cf. Gayo, I, §§ 29, 66 y sigs.—Papiniano (Lex Dei, IV, 5) hace alusión: *Civis Romanus qui sine connubio civem peregrinam, in matrimonio habuit...*—Ulpiano (L. 13, § 1, D., *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5) califica la mujer de *uxor injusta.*—Callistrato (L. 37, § 2, D., *ad municip.* L. 1) llama a esta unión *matrimonium non legitimum.*

(9) Es la opinión de Labeón contada por Ulpiano: L. 4, § 3, D., *de in jus voc.*, II, 4.

(10) Pomponio, L. 8, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2: *Libertus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest: quia hoc jus moribus non legibus in roductum est.*—Ad. Paulo, L. 14, §§ 2 y 3, D., *eod.*—L. § 10, *de nupt.*, 1, 10.

II. De la adopción.

(I., *de adoptionibus*, 1, 11.)

92. —La *adopción* es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia (1).

De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe (2).

La adopción sólo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana. Contribuye al medio de asegurar la perpetuidad de las familias en una época donde cada una tenía su papel político en el Estado, y donde la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonra. (Cicerón, *Pro domo*, 13).

No pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos ex *justis nuptiis*, la familia civil estaba expuesta a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones, o bien por la descendencia femenina, y entonces la adopción se imponía como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad.

93. —Hay dos clases de adopciones: 1. La adopción de una persona *sui juris*, que es la *adrogación;* 2. La adopción de una persona *alieni juris*, que es la adopción propiamente dicha. (L. 1, § 1, D., *de adopt.*, 1, 7).

I. *De la adrogación.*—Es probable que la adrogación sea el género de adopción más antiguo. Sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma.

1. *Formas.*—La adrogación sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los comicios por curias, *populi auctoritate* (Gayo, I, § 99).

Es, en efecto, un acto grave que hacía pasar a un ciudadano *sui juris*, acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe.

El Estado y la religión estaban interesados, puesto que podía resultar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado. Por eso era necesaria la información de los pontífices sobre la oportunidad de la adrogación. Si la opinión era favorable, la adrogación se sometía al voto de los comicios, y sancionada por su aprobación (1). Por tanto, sólo podía tener lugar en Roma, donde se reunían las curias, y las mujeres excluídas de estas asambleas no podían ser adrogadas. (Gayo, I, §§ 100 y 101).

---

92. (1) Modestino, L. 1, pr. D., *de adopt.*, 1, 7: *Filios familias non solum natura verum et adoptiones faciunt.*

(2) Podía ser de otra manera; por ejemplo, cuando un ascendiente adoptaba un nieto oriundo de un hijo emancipado o un descendiente nacido de una hija.

N. del T.—Modestino, en el lugar citado en el texto, afirma «*Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur; quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui juris sunt.*»

Véase a Desserteaux, *Etudes sur les effets de l'adrogation*, París, 1892.

93. (1) El magistrado presidente de los comicios dirigía sucesivamente tres *rogaciones* al adrogado y al pueblo: de ahí el nombre de *adrogatio* (Gayo, I, § 99).—Aulo Gelio (*Nuits at.*, V. 19) habla de los términos de la *rogatio* dirigida al pueblo (V. n.° 83, nota 3). Después del voto, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado: era la *detestatio sacrorum.*

Estas formalidades estaban aún en vigor en la época clásica, como lo prueban los textos de Gayo (1, § 98) y de Ulpiano (VIII, § 2). Pero el voto de las curias, que estaban representadas por treinta lictores, sólo tenía la importancia de una tradición. Es por la autoridad de los pontífices por lo que la adrogación está en realidad consumada.

Hacia la mitad del siglo III de nuestra era, estas formas prescritas fueron reemplazadas por la decisión del emperador. Desde entonces, la adrogación se hizo por *rescripto del príncipe*. Este cambio fué verdadero bajo Diocleciano (L. 2, C., *de adop.*, VIII, 48, año 286). Desde entonces, las mujeres también pudieron ser adrogadas, y esta adrogación lo mismo fué posible en provincias como en Roma (L. 6 y L. 8, C., *eod.*—I, § 1, *ht.)* (2).

2. *Efectos.*—El adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado en su familia civil, no siendo más que el cognado de sus antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y la mujer que tenía *in manu*, siguen también la misma suerte (I, § 11, *ht.)*. Y el adrogado participa desde entonces del culto privado del adrogante. Este cambio en su estado lleva consigo una modificación en su nombre: toma el nombre de la *gens* y el de la familia donde entra (3).

Finalmente, el adrogado, haciéndose *alieni juris*, adquiere su patrimonio el adrogante (Gayo, III, § 83). Pero Justiniano decidió que el adrogante sólo tuviera el usufructo de los bienes del adrogado (4).

3. *De la adrogación de los impúberos.*—Durante largo tiempo, los impúberos no pudieron ser adrogados, primero, por estar excluídos de los comicios por curias, y después, porque se temía que el tutor favoreciese la adrogación para desembarazarse de la tutela. Sin embargo, como esta prohibición podía perjudicar los intereses de los pupilos, Antonino el Piadoso la hizo desaparecer. En virtud de una constitución de este emperador, el impúbero podía ser adrogado por *rescripto*, pero con garantías especiales, por ser incapaz de apreciar reflexivamente las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia (Gayo, 1, § 102.—Ulpiano VIII, § 5).

Eran éstas las condiciones: a) Los pontífices hacen una información con una severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si es honrado y si la adrogación puede ser ventajosa para el pupilo (Ulpiano, L. 17, § 2, D., *de adopt.*, I, 7); b) Todos los tutores del impúbero deben dar su *auctoritas* (L. 5, C., *de auct. praest.*, V. 59); c) Para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el adrogante debe prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado, si éste muere impúbero (5). Queda libre de este compromiso cuando el adrogado llega a la pubertad.

---

(2) Algunos textos de historiadores y literatos de Roma mencionan otro género de adrogación por testamento (Cicerón, Brutos, 58.—Ad. Attic., III, 20). La voluntad expresada por el testador quedaba a su muerte ratificada por las curias, después de informar los pontífices (Appien, *De bel. civ.*, II, 143; III, 94). De esta manera fué adoptado Octavio por Julio César (Suetonio, Jul. Caes., 83). En el estado de las fuentes es imposible saber cosa fija sobre la naturaleza y efectos de esta adopción testamentaria. Acaso fuese útil para los que, jóvenes todavía, y que pudiendo tener hijos, se reservaban en su testamento este último recurso, para dejar un continuador de su familia.

(3) Durante el tiempo de la República, el adoptado tomaba los nombres del adoptante, añadiendo un apellido tomado del nombre de su *gens* primitiva. Por ejemplo, el hijo de Aemilius Paulus, adoptado por *Publius Cornelius Scipio*, toma el nombre de *Publius Cornelius Scipio Aemilianus*. Bajo el Imperio fué abandonada esta costumbre. El adoptado, al tomar los nombres del adoptante, añadía sencillamente uno de los nombres de su padre natural, guardando casi siempre el apellido y alguna de las denominaciones que llevaba antes de la adopción. (V. *Corp. inscr. lat.*, III, 1.181, 1.182).

(4) Véase sobre la adquisición resultando de la adrogación, y la reforma de Justiniano, el n.° 700 y el n.° 134, nota 4.

(5) Como se ignora quiénes puedan ser los herederos del impúbero, el compromiso

Los intereses del impúbero quedan protegidos aun después de la adrogación. En primer lugar, desde el momento en que se hace púbero, puede, si la adrogación no le es ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla, y recobrar con sus bienes la cualidad de *sui juris* (L. 32, pr., y L. 33, D., *de adopt.* 1, 7). Además, el adrogado, aun impúbero, emancipado por el adrogante, sin motivo justificado, tiene derecho: a) A la restitución de su patrimonio en el mismo estado que estuviese antes de la adrogación; b) A la *cuarta* parte de la sucesión del adrogante; así lo decidió Antonino el Piadoso; y de ahí el nombre de *quarta Antonina, quarta Divi Pii* (L. 13, D., *si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5). Esta cuarta parte se le concede también si, quedando bajo la autoridad del adrogante, ha sido desheredado (I., § 3, *in fine, ht.).*

II. *De la adopción.*—La adopción es menos antigua que la adrogación, pues fué primero realizada por un procedimiento desviado, pero deducido de la ley de las XII tablas, y por tanto posterior al año 304. Era también un acto de menor gravedad que no exigía la intervención del pueblo ni la de los pontífices, pues siendo el adoptado *alieni juris*, no podía resultar ni la desaparición de una familia ni la extinción de un culto. Y, por último, la adopción se aplicaba lo mismo a las hijas que a los hijos, de donde se puede deducir que para el adoptante era un medio de hacerse con un heredero de uno u otro sexo, más bien que de asegurar la perpetuidad de su familia o de su *gens*.

1. *Formas.*—La adopción se opera por la autoridad de un magistrado, *imperio magistratus* (Gayo, I, § 98). Para esto son necesarias dos clases de operaciones: primero, romper la autoridad del padre natural, y después hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo: a) Para obtener el primer resultado se aplica la disposición de las XII tablas, que declara caduca la autoridad del padre si ha mancipado por tres veces a su hijo. Por tanto, el padre natural, con la ayuda de la mancipación, hace pasar a su hijo, bajo el *mancipium* del adoptante, que le manumite inmediatamente, como se ha comprometido, por un pacto de *fiducia*. Una segunda mancipación es seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera mancipación queda rota la autoridad del padre natural, y el hijo queda *in mancipio* en casa del adoptante. El mismo efecto produce una mancipación para una hija o para un descendiente más lejano (V. n.º 83, nota 5); b) Con objeto de que el adoptante adquiera sobre el hijo la autoridad paterna, en lugar del *mancipium* cede por una cuarta mancipación el hijo a su padre natural (6), yendo todos después delante del magistrado, donde tiene lugar la ficción del proceso; el padre adoptivo sostiene que tiene la autoridad paterna sobre su hijo, y como el padre natural no lo contradice, el magistrado sanciona esta pretensión.

---

era con un esclavo público, que estipulaba por ellos, y bajo Justiniano se ejecutaba con un *tabularius* (L. 18, 19, 20, D., *de adopt.*, I, 7.—I, § 3, ht.).

N. del T.—La restitución del patrimonio de que el texto habla había de asegurarse por medio de un fiador, *personae publicae*, es decir, un tabulario o escribano. Debe explicarse que, en principio, una persona libre no puede estipular por otra, por lo que hubiera sido difícil asegurar la restitución de la herencia si se hubiera hecho la estipulación directamente en favor del heredero presunto del arrogado o adrogado, porque el heredero más próximo en el día puede morir mañana y ser reemplazado por otro que no hubiera podido prevalerse de la estipulación hecha a favor del difunto. Para obviar esta dificultad se recurrió a otro principio. El esclavo común puede estipular para todos sus dueños, y se presume que estipula a favor de aquel a quien interesa la estipulación. Así, pues, se imaginó hacer estipular la caución por un *tabullarius*, esclavo público, que se reputaba estipular para el miembro de la ciudad que tenía interés en la restitución de la herencia. Así, los textos del *Digesto* dicen que la caución se da *servo publico* (D. 4, t. L. 1). Después de Arcadio y Honorio (401 después de J. C.) se atribuyeron las funciones de escribano a hombres libres que continuaron recibiendo las cauciones en las arrogaciones (L. 3, c. 4, t).

(6) Gayo indica también (I, § 134) otro procedimiento que necesitaba la intervención de un tercero, pero que se usaba con menos frecuencia.

Bajo Justiniano se fueron simplificando estas formas de adopción. Queda consumada por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado (I., § 1, *ht.)*.

2. *Efectos.*—En el Derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando en la familia civil del padre adoptivo adquiere éste sobre él la autoridad paterna, siendo modificado su nombre, como si fuera en caso de adrogación (V. número 93, nota 3).

La adopción no era sin riesgo para el adoptado, puesto que perdía el derecho de sucesión en su familia natural, unido a la cualidad de agnado; y además, si con el tiempo el padre adoptivo le mancipaba después de la muerte del padre natural, perdía también la esperanza de la herencia del adoptante (I, § 2, *ht.)*. Para remediar este inconveniente, Justiniano realizó en 530 la reforma siguiente: En lo sucesivo, había que hacer una distinción: a) Siendo el adoptante un *extraneus* (7), la autoridad paterna continúa, el adoptado no cambia de familia; adquiere únicamente derechos a la herencia *ab intestato* del adoptante; b) Si el adoptante es un ascendiente del adoptado, seguirán mantenidos los antiguos efectos de la adopción, siendo, en efecto, menor el peligro para el adoptado, pues, habiendo sido emancipado, queda unido el adoptante por un lazo de sangre, y el pretor lo tiene en cuenta para llamarle a la herencia (V. n.º 687, 3).

III. *Reglas generales.*—1. El adrogado debe consentir en la adrogación (Gayo, § 1, 99). En cambio, para la adopción, el consentimiento del adoptado, en su origen, no parece haber sido necesario, pues teniendo el jefe de familia el derecho de mancipar al hijo que está bajo su autoridad, puede también hacerle pasar a otra familia. Pero, acaso desde el Derecho clásico, y probablemente bajo Justiniano, era preciso que el adoptado consintiese en la adopción, o, al menos, que no se opusiera (L. 10, pr., C., *de adopt.*, VIII, 48).

2. El adoptante tiene que ser mayor que el adoptado: es necesario que tenga, por lo menos, la pubertad plena, es decir, dieciocho años. También se exigía que el adrogante tuviese sesenta años (8).

3. La adrogación sólo era permitida a los que no tuviesen hijos bajo su autoridad (Cicerón, *Pro domo*, 13). No era impuesta la misma condición al adoptante como al adoptado, puesto que éste entraba generalmente como hijo en la familia adoptiva, pudiendo también entrar como nieto nacido de un hijo difunto, o de un hijo aún en vida, puesto que a la muerte del hijo de familia el adoptado caía bajo su autoridad (I, §§ 5, 6, 7, *ht.*—V. n.º 86, nota 5).

4. Las mujeres, al carecer de autoridad paterna, naturalmente, no pueden adoptar. Sin embargo, Diocleciano lo permitió a una pobre madre que se le habían muerto sus hijos (L. 5, C., *de adopt.*, VIII, 48), habiendo más tarde concesiones de este mismo género. Pero esto sólo era un reflejo de la adopción, pues el adoptado sólo adquiere los derechos a la herencia de su madre adoptiva.

5. Los esclavos no pueden ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo vale para el esclavo su manumisión (9).

---

(7) Por *extraneus* hay que comprender aquí que no es ascendiente del adoptado.

(8) Estas reglas, admitidas al final de la época clásica (Ulpiano, L. 15, § 2, y Modestino, L. 40, § 1, D., *de adopt.*, I, 7), quedaron dudosas durante largo tiempo (Gayo, I, § 106). Sin embargo, Cicerón ya reprochaba a Clodio de haberse hecho adrogar por Fontelio, que era plebeyo, más joven que él, con el único objeto de hacerse tribuno *(Pro domo*, 14).

(9) Cf. I, § 12, ht.—Según parece, Masurio Sabino y otros jurisconsultos admitían que un amo podía adoptar a su esclavo (Aulo Gelio, *Nuits at.*, V, 19). Probablemente, las formalidades de la adopción llegarían a obligar al esclavo a salir de la autoridad del amo,

6. En cuanto a los hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*, su adrogación fué permitida en el Derecho clásico sin ninguna restricción; pero el emperador Justino hizo una excepción para los hijos naturales nacidos del concubinato, pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos, suprimió la legitimación por matrimonio subsiguiente. (L. 7, C., *de nat. lib.*, V. 27). Justiniano conservó esta defensa (núms. 74, c. 3 y Nov. 89, c. 7). Bajo este emperador, le era permitido al padre hacer uso de la legitimación por matrimonio subsiguiente o rescripto, lo cual atenuaba los desastrosos efectos de esta prohibición (10).

III. De la legitimación.

(I., § 13, *de nuptiis*, I, 10.)

94.—La *legitimación*, en el sentido propio, indica ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos *naturales* nacidos del concubiato.

Esta institución implica un sentimiento extraño en la época clásica, pues la cualidad de *spurios* no tenía nada de deshonrosa.

Se encuentran, en verdad, ciertas hipótesis en las cuales el padre obtenía como favor la autoridad paterna sobre sus hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*. Esto solía ocurrir: a) Cuando el emperador, confiriendo la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, le concedía especialmente sobre ellos la autoridad paterna (Gayo, I, § 93); b) Cuando un latino juniano disfrutaba del beneficio de la *causae pronatio* (V. n.º 75, I, 2, c.); c) Y, por último, en caso de *erroris causae probatio*. Esta institución consistía en lo siguiente: Una persona se casa, equivocándose sobre su cualidad o la de su cónyuge, creyendo existe entre ellos el *connubium:* por ejemplo, un ciudadano se casa con una latina creyéndola ciudadana (1); si de esta unión nace un hijo o una hija, un senadoconsulto permite al padre hacer la prueba de su buena fe, *erroris causam probare*, y desde entonces el matrimonio queda convertido en *justae nuptiae*. Todos tienen la ciudadanía y el padre posee la autoridad paterna sobre el hijo. Esta práctica se hizo cada vez más rara, por la extensión del derecho de ciudadanía.

Es sólo en el Bajo Imperio donde se ve aparecer, con la idea de que las *justae nuptiae* sólo son honrosas para los padres y los hijos, la legitimación, que es la consecuencia.

---

haciéndole caer bajo la autoridad paterna. En realidad, el adoptado no era más que un manumitido.

N. del T.- Tampoco el libertino puede ser adoptado, a no hacerlo su patrono, y solamente cuando éste no tiene posteridad (L. 3, c. 4. t.)

(10) En nuestro Derecho, la adopción de los hijos naturales, discutida en doctrina, está admitida por la jurisprudencia. El Código civil italiano la prohibe (art. 205), pero permite la legitimación por rescripto.

94. (1) No es más que un ejemplo. Las otras aplicaciones del *erroris causae probatio* ya están indicadas por Gayo, 1, §§ 67 a 71. No es necesario, como en la *causae probatio*, que el matrimonio tenga lugar delante de siete testigos, ni que el hijo tenga un año (Gayo, I, § 73).

N. del T.—Se expresa en el texto que por la legitimación se adquiría la autoridad paterna sobre los hijos *naturales nacidos de concubinato*, porque los *spurii*, hijos nacidos de un comercio adulterino o incestuoso, o de una unión pasajera e ilícita, no teniendo padre conocido según la ley, no podían ser legitimados. Los hijos nacidos de un concubinato tienen un padre conocido, por ser el concubinato una unión sexual estable y reconocida por la ley, y de ahí la posibilidad, para estos hijos, de la ficción jurídica que sirve de fundamento a la legitimación. Véase Meyer, *De röm. Konkubinat* (Leipzig, 1895); Landucci, *Archivio giuridico*, LIX, 441, y Costa, *Bulletino dell' Ist. di dir. romano*, 1900, pág. 233.

95.—En principio, el hijo no puede ser legitimado sin su voluntad. En efecto, estando *sui juris*, tiene un patrimonio que se absorbe en el de su padre, en cuya autoridad cae por su legitimación, siendo un resultado en el cual debe de consentir. Si es demasiado joven, basta con que no contradiga (Nov. 89, cap. 11). Los procedimientos para la legitimación son los siguientes (1, § 13, *de nupt.*, I, 10):

1. *El matrimonio subsiguiente del padre y madre.*—Ya hemos visto cómo, ofrecido primeramente por Constantino y Zenón, creyéndolo una ventaja momentánea, este modo fué después sancionado como institución regular por Anastasio y Justiniano (V. n.º 91, I, *in fine*).

Para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción. Esta condición excluye no sólo a los hijos *adulterinos* e *incestuosos*, sino también a aquellos cuyos padre o madre no podían contraer matrimonio por alguna prohibición legal o temporal; por ejemplo: un gobernador que tiene una concubina de su provincia, y de esta unión les nace un hijo, no puede legitimarle por el matrimonio ni aun marchándose de la provincia (1). Era también necesario que al matrimonio se acompañase una acta escrita probando que se había constituído una dote, a fin de quedar bien establecido que se trataba de las *justae nuptiae*. Esta legitimación produce efectos completos, pues el hijo entra como agnado en la familia civil del padre (Nov. 89, c. 8).

2. *La oblación a la curia.*—Esta manera de legitimar fué creada por Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de nuestra era. Permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarle, ofreciéndole en la curia de su villa natal si era hijo, y siendo hija casándola con un decurión (L. 3 C., *de nat. liber*, V. 27.—Cf. Nov. 89, c. 2).

Las curias formaban en las villas municipales una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma. Durante el Bajo Imperio, los miembros de las curias, o *decuriones*, estaban encargados de la recaudación de los impuestos, respondiendo de sus bienes; y por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer el reclutamiento. De esta manera ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que

---

95. (1) Por excepción a esta regla, Justiniano permite al patrono, casándose con su manumitida, legitimar a los hijos que hubiese tenido de ella, *ex contubernio*, mientras estuvo en esclavitud.

N. del T.—Véase Wolf, *Die Legitimation per subs. matr.* (Leipzig, 1881) y Const. 5, 7, de *natur. liber.* V, 27, y Const. 10 y 11, de *natur. lib.* V, 27.

Las palabras de los textos legales «*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*», algunos comentadores las entienden en el sentido de que el matrimonio no debía estar prohibido por ninguna ley en el momento en que se quería legitimar a los hijos. Pero esto sería dar un sentido insignificante, porque es claro que es preciso que el subsiguiente matrimonio sea posible según la ley para que pueda tener el efecto de legitimar a los hijos nacidos anteriormente. Las palabras de otro pasaje de los textos «*quod ex aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint creati, similiter nostra constitutio praebuit*», se han considerado por la generalidad como adulteradas. Y, en efecto, significarían que Justiniano había concedido la legitimación, no sólo a los hijos nacidos antes del matrimonio, sino también a los nacidos del matrimonio mismo, y es evidente que éstos son legítimos y no solamente legitimados. Por eso Cujacio, Schrader y otros intérpretes proponen que se lea «*quod etsi alii liberi*», etc., en atención a que así el texto significaría que se puede legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos naturales que se han tenido anteriormente, aun cuando nacieran del matrimonio hijos legítimos propiamente dichos. Se halla confirmada esta interpretación por la ley 10, c. 5, 27.

N. del T.—Llamábase municipales a las villas o ciudades que habían obtenido el derecho de ciudad romana y el privilegio de gobernarse ellas mismas por medio de instituciones imitadas de las de Roma. La curia viene a ser un pequeño senado; los decuriones los senadores, y los curiales son los patricios municipales.

ingresaba en la curia, exigiendo, además, que el hijo tuviese una fortuna mobiliaria de veinticinco fanegas, y una dote igual la hija.

Este procedimiento de legitimación sólo tiene efectos restringidos. El hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose el agnado de su padre, aunque no entra en la familia civil, ni tampoco es el agnado de los agnados del padre (Cf. L. 9. *pr., C., de nat. liber.*, V, 27).

8. *El rescripto del príncipe.*—Justiniano decidió que estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales. Se concedía después de un examen, con tal de que el padre *no tuviese* hijos legítimos (Nov. 74 c. 2 *pr.)*, produciendo los efectos completos. También tenía autorización el padre para solicitar esta legitimación en su *testamento*, y los hijos de esta manera legitimados después de su muerte se hacían sus herederos (Nov. 74, c. 2, § 1) (2).

§ 3.—Disolución de la autoridad paterna.

(I., *Quibus modis jus potest. solvitur*, I, 12).

96.—Entre las causas que ponen fin a la autoridad paterna se pueden distinguir los acontecimientos fortuitos, *casus*, y los *actos solemnes*, dependiendo de la voluntad del jefe de familia (V. n.º 97, nota 1).

I. *Acontecimientos fortuitos.*—Son: La *muerte* del jefe de familia, su *reducción en esclavitud* y la *pérdida del derecho de ciudadanía.* Entonces los hijos sometidos directamente a su autoridad se hacen *sui juris*, sin perder sus derechos de agnación.

Si el jefe de familia tenía bajo su autoridad al hijo y al nieto, sólo el hijo será *sui juris*, pero tiene además la autoridad paterna sobre el nieto (I., *pr. ht.)*.

Cuando el padre está cautivo, la suerte de los hijos queda en suspenso.

Si vuelve de su cautiverio, se admite, en virtud de los *jus postliminii*, que no han cesado nunca de estar bajo su autoridad, y que los bienes adquiridos durante este intervalo van a engrosar el patrimonio paterno. Caso de morir en poder del enemigo, los jurisconsultos decidieron, sin titubear, que los hijos serían *sui juris* desde el día de su cautiverio, quedando de su propiedad las adquisiciones hechas desde esta época (Gayo, II, § 129. I § 5, *ht.)*.

2. La *muerte* del niño, *alieni juris*, su *caída en esclavitud* y la *pérdida del derecho de ciudadanía.*—Si es hecho cautivo: o vuelve, y se considera que la potestad paterna no ha sido nunca interrumpida merced al *postliminium;* o muere en el campamento enemigo, y ella queda rota el día de su cautividad.

3. De la elevación del hijo de familia a *ciertas dignidades.*—En el Derecho antiguo, el hijo sacerdote de Júpiter y la hija vestal fueron los únicos que escaparon del poder paterno (Gayo, I, § 130). Bajo Justiniano se producía el mismo efecto cuando algún hijo de familia era

(2) Nuestro Código civil no admite este procedimiento de legitimación, por cierto bastante útil. Más inspirado el legislador italiano, ha sancionado en el art. 198 del nuevo Código la legitimación por rescripto. En el art. 199 le autoriza también después de la muerte del padre.

nombrado patricio (1), obispo, cónsul, prefecto del pretorio o cuestor del palacio, aunque conservando, sin embargo, sus derechos de agnación (I., § 4, *ht.*—Nov. 81, c. 2 y 3).

II. *Actos solemnes.*—Son la *entrega en adopción* y la *emancipación*. Ya hemos visto que la *entrega en adopción* en la época clasica rompe la autoridad del padre natural; pero bajo Justiniano únicamente ocurre de esta manera, cuando el adoptante es un *extraneus*. Sólo hablaremos aquí de la *emancipación*.

97.—*De la emancipación.*—Es el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su potestad haciéndole *sui juris*.

Los caracteres primitivos de la emancipación se modificaron profundamente en la época clásica. De verdadera decadencia donde estaba, llegó a ser después un gran beneficio.

1. En su origen, el jefe de familia investido de autoridad paterna tenía el poder de echar al hijo de su familia, haciendo uso de su autoridad para castigarle como culpable de crimen o de resistencia hacia él. Pero de esto no resultaba ningún efecto jurídico, puesto que el padre no podía romper la potestad paterna por su propia voluntad, y, por tanto, el Derecho no le ofrecía manera alguna de alcanzar este fin (1). La ley de las XII tablas que proclamaba la ruptura de esta potestad cuando el padre hubiese mancipado por tres veces a su hijo vino a suministrar el medio para ello.

El padre que quería hacer salir a un hijo de su autoridad le mancipaba a un tercero de buena voluntad, *coemptionator*, que se comprometía por un pacto de *fiducia* a manumitirle después en seguida. Una segunda mancipación siempre era seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera mancipación ya quedaba rota la autoridad paterna y el hijo manumitido era *sui juris*.

Tratándose de una hija o de un descendiente más lejano, bastaba con una sola mancipación seguida de manumisión (2). Este procedimiento tenía un inconveniente, que era el de hacer pasar al tercero, con relación al emancipado, el papel de patrono, confiriéndole en detrimento del padre los derechos de tutela y de herencia que le estaban unidos.

Cuando quería remediarse esto, el tercero se comprometía por un pacto de *fiducia* a volver a mancipar al hijo a su padre después de la tercera mancipación. Entonces, estando el hijo *in mancipo* era cuando el padre le manumitía, reservándose el papel de patrono (Gayo, I, § 140). Este acto tomaba el nombre de *mancipatio*, a causa de las *mancipationes*, que servían para realizarlo.

La emancipación tenía graves consecuencias para el emancipado. Excluído de su familia civil, sufría una *capitis deminutio* (V. n.º 134, 2 b); de donde resultaba para él la pérdida de sus cualidades de *agnado* y *gentilis*, con los derechos de sucesión que conferían.

Ya únicamente estaba unido a su antigua familia por la cognación, aunque también era verdad que, hecho *sui juris*, podía en adelante

---

96. (1) La cualidad de patricio data de Constantino. Era un título nobiliario. Los patricios obraban según consejo del emperador (Cf. L. 5, C., *de consult.*, XII, 3).

N. del T.—Cicerón (*pro* Balbo, 11) decía: «*Duarum civitatum civis esse nostro jure civile, nemo potest; non esse hujus civitatis, qui se alii civitate dicavit, potest*». Por esto antiguamente los ciudadanos que iban a fundar colonias en el Lacio, y más adelante en las provincias, perdían la cualidad de ciudadano romano y se hacían *Latinos colonarii*.

N. del T.—El título de *patricio*, creado por Constantino, se daba a ciertos personajes eminentes que escogía el Emperador para sus consejeros íntimos.

97. (1) L. 3, C. *de emancip.*, VIII, 49; *Non nudo consensu patria, liberi potestate, sed actu solemni vel casu liberantur.*—Ad. L. 6, C., *de patr. pot.*, VIII, 47.—Quintiliano, VII, 4 [27].

(2) Cf. Gayo, I, § 132.—Ulpiano, X, § 1.—N.º 83, nota 6.

N. del T.—V. Learl, *L'emancipazione nell diritto romano* (Padua, 1896).

tener un patrimonio; por eso, siendo impúbero, se le daba por razón de su edad un protector, es decir, un *tutor* (V. n.º 103). Pero esta ventaja estaba muy lejos de compensar los inconvenientes de la emancipación.

2. En el comienzo del Imperio mejoró bastante la condición del emancipado. Por una parte, la gentilidad cayó en desuso, perdiendo las *antiguas familias patricias su prestigio y su papel político.*

La exclusión de la familia civil no tiene el mismo carácter de decadencia. Y, por otra parte, el pretor llama a los hijos emancipados a la herencia del padre de familia, con derechos iguales a los de los hijos que quedaban bajo la autoridad paterna (3); por tanto, la emancipación ofrece ciertas ventajas, permitiendo al emancipado quedarse con todo lo que adquiere; es más, puede considerarse como un beneficio. Fué en este aspecto como quedó en vigor esta institución bajo el Imperio, y subsistía aún en tiempos de Justiniano (4).

Además, el hijo en potestad no podía forzar al jefe de familia para que le mancipara (5), y, por su parte, debía consentir, o al menos no oponer contradicción (Paulo, S., II, 25, § 5).

En cuanto a las formas para la emancipación, en la época clásica se empleaba aún el procedimiento antiguo (Cf. Gayo, I, § 132). El emperador Anastasio fué el primero que, en 502, estableció una nueva forma de mancipación, no exigiendo la presencia del hijo, y permitiendo manciparle aun estando *ausente:* fué el rescripto del príncipe, insinuado, es decir, transcripto con las diligencias del magistrado, sobre registros públicos (L. 5, C. *de emancip.*, VIII, 49). Justíniano, aunque dejando subsistir el procedimiento creado por Anastasio, simplificó las formalidades de la antigua emancipación, suprimiendo las mancipaciones y permitiendo además al padre mancipar al hijo con una sencilla declaración delante del magistrado competente (L. 6, C., *eod.*, año 531.—I., § 6, *ht.*). En estas nuevas formas de mancipación ya no era necesaria la intervención de un tercer *coemptionator;* el padre lleva siempre el título de patrono, conservando los derechos que de él emanan.

SECCIÓN II.—POTESTADES CAÍDAS EN DESUSO BAJO JUSTINIANO

§ 1.—De la "manus".

98. La *manus* es una potestad organizada por el Derecho civil y propia de los ciudadanos romanos (Gayo, I, § 108). Presenta la mayor analogía con la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio, pertenece al marido; siendo éste *alieni juris,* se ejercerá por el jefe de familia; y, por último, puede establecerse, a título temporal, en provecho de un tercero (Gayo, I, § 114).

---

(3) La *bonorum possessio contra tabulas* y la *bonorum possessio unde liberi,* ofrecidas al emancipado, datan en realidad del reinado de Augusto.—Véanse para estas dos *bonorum possessiones* los números 545, 546, 672 y 673.

(4) La emancipación en nuestro Derecho actual presenta una utilidad y caracteres completamente distintos.—(V: n.º 130, nota 1.)

(5) Marciano, L. 31, D. *de adopt.*, 1, 7.—Al jefe de familia, por excepción, podía negársele la emancipación, siempre que el hijo hubiese sido objeto de malos tratos (Papiniano, L. 5, D., *si a par.*, XXXVII, 12) o cuando el adrogado impúbero, llegado a la pubertad, pruebe que la adrogación no le es ventajosa (V. n.º 93, 1, 3).

N. del T.—Se ve, pues, que las formas de la emancipación antigua no se diferenciaban de las de la adopción sino en que, en vez de reivindicar al hijo por la *cessio in jure*, el comprador le manumitía por el proceso simulado de la *vindicta.*

La *manus* sólo existe en el matrimonio. (1) Pero hay autores que opinan que primeramente fueron inseparables, puesto que en los primeros siglos de Roma no podía haber matrimonio sin *manus* y, además, los procedimientos que servían para crearla eran al mismo tiempo los modos necesarios para la formación del matrimonio. Desde la ley de las XII tablas no nos parece admisible esta opinión, puesto que tienden expresamente, como institución en vigor, al establecimiento de la *manus* por el *usus* un año después de contraído el matrimonio, dando a la mujer un modo de poder escapar (2). Para la época anterior, sólo es una conjetura, y los indicios sobre los cuales la apoyan, prueban únicamente, a nuestro juicio, que, de hecho, la *manus* fué durante largo tiempo el acompañamiento habitual del matrimonio.

El matrimonio por sí solo no modifica la condición de la mujer. Queda lo mismo que antes, tanto si está *sui juris* como estando sometida a la autoridad paterna de su jefe de familia. Si quiere cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, podrá hacerlo por medio de la *manus;* pero siendo *alieni juris*, necesita el consentimiento del jefe de familia o de sus tutores, siendo *sui juris*. (Cicerón, *Pro Flacco*, 34).

Después de continuo uso durante largo tiempo, esta autoridad se hizo muy rara hacia el fin de la República, y aun más bajo el Imperio. También se menciona con bastante frecuencia por los jurisconsultos en el principio del siglo III (3); pero debió caer muy pronto en desuso, y por completo en el Derecho de Justiniano.

1. *Cómo se estableció la "manus".*—Según Gayo, la *manus* pudo ser establecida de tres maneras : por el *usus*, la *confarreatio* y la *coemptio* (Gayo, I, § 110).

a) *Usus.*—Este modo de establecerse la *manus*, parece ser el más antiguo. Es una especie de adquisición por el *uso*. La posesión de la mujer, continuada durante un año, daba al marido la *manus*. Según una disposición de las XII tablas, la mujer que quisiera escapar tenía que interrumpir esta posesión pasando tres noches cada año fuera del techo conyugal. Gayo constató la desaparición de esta costumbre (4).

b) *Confarreatio.*—Lo mismo que el *usus*, remonta a las primeras edades, aunque probablemente no es anterior a la creación del flamen de Júpiter, cuya presencia era necesaria. Reservada exclusivamente para los patricios, la *confarreatio* consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio, y que tenía un carácter religioso. Delante del gran pontífice, el flamen Dialis y diez testigos, se pronunciaban solemnes palabras, ofreciéndose un pastel de harina *(farreum)* a Júpiter *Farreus*.

---

98. (1) N. del T.—La *manus* es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la *manus* no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser *sine manu* sin perder nada de su esencia.

(2) V. nota 4.—Hay quien rechaza este argumento diciendo que el *usus* creaba al mismo tiempo la *manus* y el matrimonio, transformando en *justae nuptiae* al cabo de un año lo que hasta entonces sólo había sido una unión irregular. Pero esta opinión no se aviene con el texto, sacado de la nota 4, donde Gayo, hablando de la mujer, durante el curso del año que llevaba casada, dice: *nupta perseverabat.*

(3) Papiniano, *Lex Dei*, IV, 7, § 1.—Paulo, *eod.*, IV, 2, § 3 y Fr. Vat., § 115.—Ulpiano, IX, § 1.

(4) Gayo, I, § 111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat... Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua noblet eo modo in manum mariti convenire ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque interrumperet. Sed hoc, totum jus partim legibus sublatum est, partim desuetudine obliteratum est.*—Cf. Aulo Gelio, *Nuits at.*, III, 2.

N. del T.—Gayo, I, 112; Ulpiano, *Reg.*, IX: *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus decem praesentibus et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.*

Gayo, I, 113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit.*

Los hijos nacidos de *nuptiae confarreatae* podían sólo ser investidos de ciertas funciones sacerdotales (Gayo, I, § 112). La ley *Canuleia*, autorizando los matrimonios entre patricios y plebeyos, hizo más rara la aplicación de la *confarreatio* Muy poco practicada durant la época de Tiberio (Tácito, *An.*, IV, 16), existía aún en tiempo de Gayo (I, § 112) y en el de Ulpiano (IX, § 1). Sólo fué útil desde el punto de vista religioso, cayendo después paulatinamente en desuso.

c) *Coemptio.*—Era el procedimiento corriente en la época clásica para crear la *manus*. Debió ser ideada con posterioridad a la ley de las XII tablas (5) para permitir a los plebeyos que se casaban y no podían hacer uso de la *confarreatio* establecer la *manus* en el mismo momento del matrimonio. La *coemptio* consiste en una aplicación derivada de la *mancipatio* (Gayo, I, § 113). Es una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es *alieni juris*, o la *auctoritas* del tutor si es *sui juris*. Las palabras de la mancipación estaban modificadas para que produjesen la *manus*, y no el *mancipium* (Gayo, I, § 123, *in fine*).

2. *Efectos de la "manus".*—La mujer *in manu* sale de su familia civil y entra en la de su marido. Su situación es igual a la de una *hija* en potestad paterna si el marido es *sui juris*, y a la de una *nieta* estando el padre sometido a la potestad paterna (6), y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad (V. n.º 665). Pero teniendo un patrimonio se absorbe en el de su marido, y lo mismo que si fuera una hija de familia, ya no puede adquirir nada en propiedad (7).

3. *Disolución de la "manus".*—La *manus* se extinguía como la potestad paterna. En caso de divorcio, la mujer podía obligar al marido a romper la *manus;* si había sido establecida por *confarreatio*, era necesaria una ceremonia contraria llamada *diffarreatio (Festo V. Diffarreatio);* en otros casos era precisa una manumisión especial (Gayo, I, § 137).

99.—*De la "coemptio fiduciae causa".*—La mujer podía hacer uso de la *coemptio* para establecer sobre ella, bien fuera en beneficio del marido o de un tercero, una *manus* temporal, destinada a romperla inmediatamente (Gayo, I, § 114). Aquel bajo cuya autoridad cayese, se comprometía por un pacto de fiducia a manumitirla en seguida. Por eso quedaba roto el lazo de agnación que la unía a su familia civil. La mujer empleaba estos procedimientos, bien para desembarazarse de la carga de las *sacra privata* (Cicerón, *Pro Murena*, 12), bien para evitar la tutela de sus agnados (Gayo, I, § 115), o, en fin, para adquirir el derecho de testar en los casos donde estaba afectada de una incapacidad que desapareció bajo Adriano (Gayo, I, § 115.—V. n.º 539, I, 4).

§ 2.—Del "mancipium".

100.—El *mancipium* es una autoridad de Derecho civil que puede pertenecer a un hombre libre sobre una persona libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor. Sólo podían darse *in mancipio* los hijos bajo potestad paterna, y las mujeres *in manu* (Gayo, I, §§ 117 y 118). El *mancipium* se establecía al modo de la *mancipatio*

(5) Es, en efecto, por interpretación de esta ley, por lo que una sola mancipación para las hijas puede romper la autoridad paterna. (V. n.º 83, nota 6).

(6) Gayo, II, § 159: *Idem juris est et in uxoris persona quae in manu est quia filiae loco est, et in nuru quae in manu filii est quia neptis loco est.*—Ad. Gayo, I, § 148.

(7) Gayo, III, §§ 83 y 84.—Cicerón Topic., 4.—V. para la adquisición que deriva de la *manus* el número 701.

Gayo, I, § 119), siendo numerosos los casos en el Derecho antiguo donde había ocasión de establecer esta potestad.

He aquí los principales: a) El jefe de familia pobre confería con frecuencia a un tercero el *mancipium* sobre su hijo, mediante un precio o a título de garantía. Ya hemos dicho cómo la ley de las XII tablas reprimió el abuso de esta práctica, que terminó por ser prohibida (Véase número 83, (1); b) Cuando el hijo *alieni juris* había causado por un delito algún daño a otro, el padre podía cedérselo, mancipándole a la parte lesionada. Este abandono, llamado *noxal*, fué practicado hasta Justiniano, que le suprimió (I., § 7, *de nox. act.*, IV, 8—V. n.º 487); c) Y, por último, ya sabemos que el *mancipium* resultaba de las formas antiguas de la adopción y de la emancipación; pero entonces sólo estaba creada de una manera temporal para romper la autoridad paterna (Gayo, I, § 114).

Todo el que está *in mancipio* participa, a la vez, del esclavo y del hombre libre: a) Al *esclavo* se parece en que todo lo que adquiere pertenece al señor (Gayo, II, §§ 86 y 90). Para ser eximido de esta autoridad, es necesario que esté manumitido por la vindicta, el censo o por testamento (Gayo, I, § 138), ejerciendo desde entonces el señor sobre él los derechos de un patrono *(Lex Dei*, XVI, 9, § 2); b) Pero tiene también de hombre libre, puesto que no pierde ni la libertad ni la ciudadanía.

Aun después de la manumisión, queda ingenuo y conserva sus derechos políticos (1). Además, esta autoridad no es inconciliable con los derechos de familia: el matrimonio del hijo *in mancipio* no se rompe, pues ya sabemos que dos mancipaciones para el hijo, por lo menos, no rompen la autoridad paterna. Finalmente, los hijos nacen libres de un padre *in mancipio* (Gayo, I, § 135).

El *mancipium* dejó de existir bajo Justiniano, que hizo desaparecer la última aplicación, suprimiendo el abandono noxal de los hijos en potestad.

Capítulo II.—De las personas «sui juris».

Generalidades.

101.—Las personas *sui juris* no están sometidas a ninguna de las cuatro potestades precedentemente estudiadas, y no dependen más que de ellas mismas. Se dividen en *capaces*, que pueden cumplir solas los actos jurídicos, e *incapaces*, para las cuales el Derecho tiene organizada una protección, dándolas bien un *tutor*, o un *curador* (Gayo, I, § 142). Formando la capacidad el derecho común, estudiaremos las personas incapaces, que es lo único que presenta interés. Hay, pues, cuatro causas de incapacidad: a) La *falta de edad;* se daba un tutor a los impúberos, y desde cierta época se dió también un curador a los menores de veinticinco años; b) El *sexo;* las mujeres, en el Derecho antiguo, estaban en

---

100. (1) En este sentido, Gayo, I, § 162.—Paulo, L. 5, § 2, D., *de cap. minut.*, IV, 5 y S., V. § 1.

N. del T.—Desde luego que el poder jurídico privado que supone el *mancipium* no hacía que la persona sujeta al mismo perdiese la libertad ni la ciudadanía.

Como se indica en el texto, en el Derecho justinianeo no existen ya el *mancipium* ni la *manus*, quedando sólo la patria potestad; de donde se sigue que en época de Justiniano persona *alieni juris* es sinónimo de hijo de familia. Una condición semejante a la clásica de *personae in causa mancipii* es la del prisionero de guerra que había sido rescatado *(redemptus ab hostibus)* por contrato a título oneroso en sus relaciones con quien le rescató. *Bulletino dell'Ist. di dir. rom.*, XVII, págs. 123 y siguientes. Pampaloni, *Persone in causa mancipii nel dir. rom. giustinianeo.*

tutela perpetua; c) La *alteración de las facultades intelectuales;* todos los que padecían esta enfermedad estaban provistos de un curador; d) La *prodigalidad;* el pródigo quedaba impedido y puesto en curatela.

Estas mismas incapacidades podían alcanzar también a los *alieni juris;* pero no teniendo patrimonio que salvar, el jefe de familia era para ellos un protector natural.

SECCIÓN I.—DE LA TUTELA.

102.—Estaban en tutela: a) Los impúberos *sui juris*, de uno u otro sexo, según la edad; b) Y las mujeres púberas *sui juris*, por razón del sexo.

§ 1.—De la tutela de los impúberos.

I. Generalidades.

103. El impúbero tiene necesidad de un protector habiendo nacido *sui juris*, fuera de matrimonio legítimo, o bien, si, nacido bajo la potestad paterna, ha salido de ella antes de la pubertad. Este protector se llama tutor (1).

Servio Sulpicio, contemporáneo de Cicerón, definió la tutela del siguiente modo: es *un poder dado y permitido por el Derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo* (2).

El poder concedido al tutor no es una verdadera potestad, pues difiere notablemente, por varias causas, de la potestad paterna. Así, el impúbero sometido no queda menos *sui juris;* el tutor no tiene ni

---

103. (1) Paulo, L. 1, § 1, D., *de tutel.*, XXVI, 1: *...Appellantur tutores quasi tutores atque defensores...*—*Cf.*, § 2, *de tutel.*, I, 13.

(2) Paulo, L. 1, pr. D., XXVI, 1: *Tutela est, ut Servius definit, vis (o jus) ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.*—Cf. I, § *de tutel.*, I, 13.

N. del T.—Se indica en la definición de Servio Sulpicio que la tutela es un poder *dado y permitido por el Derecho civil.* Esto, si no es por un simple pleonasmo, puede dar a entender que se indicaban con ello las dos especies de tutela que se habían instituído por la ley de las XII tablas, según la cual, era permitido al padre de familia nombrar por testamento un tutor a su hijo impúbero, y si no había hecho uso el padre de esta facultad se diferia la tutela por la misma ley a los agnados. Primitivamente no había, pues, más que dos clases de tutelas: la *legítima (data)*, y la *testamentaria (permissa)*. Pero más adelante hubo otra tercera, que se estableció por leyes especiales, y que se denominó *dativa*, porque se daba por los magistrados.

También se dice que la tutela se da para *proteger*, a fin de distinguir la tutela de la patria potestad, y para indicar que, a diferencia de ésta, que daba al padre de familia la propiedad de los bienes, y primitivamente hasta la de la persona del que estaba sometido a ella, la tutela, simple poder protector, sólo tenía por objeto conservar los bienes al pupilo y defender su persona *(tutores quasi tuitores)*. Por lo demás, la tutela tenía por objeto proteger a los que no pueden defenderse *a causa de su edad (propter aetatem)*, con cuyas palabras, aunque pudiera creerse que pretendían indicar que no existía ya en tiempo de Justiniano más que una tutela que se daba por razón de la edad, mientras que antiguamente existía otra que se daba por razón del sexo, parece más bien dar a entender que, a diferencia de la curatela, que se daba a veces por razón de demencia o de algunas otras circunstancias particulares, la tutela no se da nunca sino por razón de la edad.

En la definición romana asimismo se expresa que el poder de la tutela se da en o sobre *una cabeza libre*, porque sólo se ejerce en las personas libres, no solamente de la potestad dominical, sino de la patria potestad. Y, en efecto, sólo los impúberes *sui juris* son las personas que están en tutela o que más especialmente necesitan de tutela. (Gayo, I, 189, afirma: «*Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfecta aetatis non sit, alterius tutela regatur*»). Entonces toman el nombre de pupilos *(pupillus, pupilla)*.

derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del pupilo (3), terminando la tutela en la pubertad.

En todos los pueblos civilizados se ha reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los impúberos; por eso el principio de la tutela es del Derecho de gentes (Gayo, I, § 189). Pero en Roma, no es menos una institución de Derecho civil, siempre que se han fijado las reglas por el Derecho civil. En esta organización se encontraban unidos el interés de la familia con el del incapaz. Si el impúbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de la familia civil, llamados a heredarle a su muerte; por eso la ley de las XII tablas, dando satisfacción a este doble interés (4), confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúbero.

La tutela estaba considerada como una carga pública *manus publicum*, siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano o del sexo masculino. (5). Además, un hijo de familia podía ser tutor, porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado (V. n.º 83 bis). De la ausencia de estas condiciones resultaban los *incapacitados*, teniendo un carácter de orden público. Pero un ciudadano capaz podía hacerse valer de *excusas*, es decir, obtener del magistrado ser dispensado de la tutela por ciertas causas especialmente determinadas, tal como el número de hijos, un cargo público o la edad de setenta años. La minoría de veinticinco años, conceptuada como excusa en el derecho clásico, llegó a ser en tiempo de Justiniano un motivo de incapacidad (Cf. I., *de excusat. tut.*, I, 25).

II.—De la designación del tutor.

104.—La ley de las XII tablas, permitiendo al jefe de familia escoger un heredero, le concede también derecho para designar por testamento el tutor de su hijo (1). A falta de *tutor testamentario*, difiere la tutela a los miembros de la familia civil que llama eventualmente a la sucesión del impúbero, es decir, en primer lugar al *agnado* más próximo, y después a los *gentiles*. La carga de la tutela sigue así la esperanza de la herencia (2), y estos tutores se interesan personalmente en la conservación del patrimonio del pupilo. Se les llama *legítimos* porque su llamamiento a la tutela procede de la ley (3).

(3) V. n.º 109.—El impúbero en tutela es llamado *pupillus* (L. 239, pr., D., *de verb. sign.* L. 16). La palabra *minor* indica el *sui juris* que aún no tiene veinticinco años: *minor viginti quinque annis.*

(4) Ulpiano, L. 1, pr., D., *de legit tut.*; XXVI, 4: *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum agnatis delatae sunt et consanguineis item patronis, id est his ad legitimam hereditatem admitti possint; hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, item tuerentur bona ne dilapidarentur.*

(5) Neratio, L. 18, D., *de tutel.*, XXVI, 1: *Feminae tutores dari non posunt quia id munus masculorum est.*—Gayo, L. 16, pr., D., *eod: Tutela plerumque virile officium est.* Ad. L. 1, § 4, D., *de muner.*, L. 4.

104. (1) Ulpiano, XI, § 14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suave rei, ita jus esto. Qui tutores dativi appellantur.*—Ciertos autores opinan que en su origen la tutela se otorgaba exclusivamente a los *agnados* y a los *gentiles*, y que la tutela testamentaria se hubiera establecido más tarde antes de la ley de las XII tablas. Esta conjetura no se apoya en ninguna razón decisiva.

(2) I, pr., *de legit. patron. tutel.*, I, 17: *...Plerunque ubi successionis est emolumentum ibi et tutelae onus esse debet.*—Ad. L. 73, pr. D., *de reg. jur.*, L. 17.

(3) Ulpiano, XI, § 3: *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam quales sunt agnati, seu per consequentiam quales sunt patroni.*

Hacia el siglo VI de Roma, cayendo en desuso la gentilidad, se fijó una idea nueva, y era que la sociedad debía intervenir en la protección del incapaz si la familia no era suficiente; por eso, a falta de agnado o tutor testamentario, el magustrado se encargaba de nombrarle un tutor.

Estas diversas maneras de designación se aplicaban al caso ordinario en que el impúbero se hubiese hecho *sui juris* por la muerte del jefe de familia. Estudiaremos sumariamente el Derecho común, señalando después las hipótesis especiales.

a) *Derecho común*

105.—I. *Tutela testamentaria* (I., *De tutelis*, I, 13.—*Qui dari tut. test. pos.*, I, 14).—Esta tutela es la más importante; supera a todas las otras, que sólo en su defecto se practican.

El derecho de nombrar un tutor testamentario era en su origen atributo de la potestad paterna, pues sólo podía hacer uso de ello el padre de familia, para los impúberos, que, a su muerte, se hacían *sui juris*. Pero en la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador. Para esto se dieron las siguientes soluciones: a) Habiendo nombrado un padre un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser confirmado por el magistrado, sin información alguna. b) Siendo la madre, la confirmación sólo tiene lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor. c) Si es el patrono del impúbero, y aun un *extraneus*, el magistrado debe confirmar también el nombramiento, pero después de la información, y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, ha sido instituído heredero por el testador (1).

El jefe de familia sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede elegir como herederos; por eso están excluídos los *peregrinos* y los *dediticios*, y aun se pueden añadir los *latinos junianos*, en virtud de una incapacidad dictada por la ley *Junia* (Ulpiano, XI, § 16). En cuanto al nombramiento de un esclavo, sólo tiene efecto haciéndose manumitido ciudadano (I., § 1, *qui dari tut. test.*, I, 14).

El tutor debe ser designado por su nombre y en una forma imperativa (Gayo, I, § 149). Según opinión proculeyana, el nombramiento puede hacerse antes de la institución de heredero, prevaleciendo esta opinión sobre el formalismo de los sabinianos (Gayo, II, § 231). Podía suspenderse o limitarse por un término o por una condición, lo cual no podía efectuarse en las demás tutelas (I, § 3, *eod.*).

Y, finalmente, está permitido al jefe de familia designar en su testamento uno o varios tutores. La pluralidad de los tutores era muy frecuente entre los romanos, pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas (2).

---

105. (1) Cf. Modestino, L. 1, §§ 1 y 2, D., *de confirm. tut.*, XXVI, 3.—Neratio, L. 2, pr. D., *eod.*—Paulo, L. 4, D., *eod.*

N. del T.—Se deduce del texto, aunque no se consigna expresamente, que, para ser nombrado tutor en testamento, era preciso tener la cualidad de ciudadano y además ser apto para desempeñar cargos públicos, porque la tutela es uno de ellos. En cuanto a lo primero, la L. 61, D. *de testam. tut.*, ya indica «... *cum quibus testamenti factio est*»; es decir, sólo se podía hacer el nombramiento en favor de quien puede hacer disposiciones testamentarias, y la testamentifacción no se tiene con los extranjeros. Respecto a lo segundo, la L. 16, D., *de tut.*, afirma «*tutela plerumque virile officium est*», y por esto sólo se da la tutela a los hombres. Las mujeres sólo eran llamadas a ella excepcionalmente, cuando concedía el príncipe a una madre o abuela la tutela de sus hijos o nietos (L. 17, D. *eod* y Novela, 118 c. V.).

(2) En virtud de un derecho propio, el tutor testamentario puede rechazar *(abdicare)* la tutela que se le difiere (Ulpanio, XI, § 17). Pero bajo Justiniano parece que desapareció esta prerrogativa.

106.—*Tutela legítima de los agnados* (I., *de legit. adgnat. tutela*, I, 15). En defecto de tutor testamentario se abre la tutela legítima de los agnados (1). La ley de las XII tablas indica como tutor al agnado más próximo, y habiendo varios en el mismo grado, son todos tutores (Gayo, I, § 164).

Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones *ab intestato*, modificó completamente los principios de esa tutela (Nov. 118, c. 5), y desde entonces los derechos de la familia natural aventajan a los de la familia civil. La tutela y la sucesión son otorgadas al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado, y es deferida a la madre o al abuelo del impúbero, con preferencia a los colaterales.

III. *Tutela legítima de los gentiles.*—En el Derecho antiguo, y no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los *gentiles*, y, por tanto, también la tutela debía de serles concedida. Es lo que resulta, en ausencia de un texto preciso, de la correlación observada por la ley de las XII tablas entre la vocación a la tutela y la vocación a la sucesión *ab intestato* (2). Esta legítima tutela desapareció con la gentilidad, recurriendo para reemplazarla al nombramiento del tutor por el magistrado.

107.—IV. *Tutela deferida por el magistrado* (1) (I., *de atil tut.*, I, 20).—Cuando la gentilidad cayó en desuso, se preocuparon de llenar este vacío asegurando un tutor al impúbero que no tenía agnados. Este fué el objeto de dos leyes.

a) La ley *Atilia*, cuya fecha no es segura, aunque anterior al año 557 (Tito Livio, XXXIX, 9), da derecho a nombrar los tutores en Roma al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe. Es un derecho propio distinto de las atribuciones ordinarias de los magistrados, y no susceptible de delegación (L. 6, § 2, D., *de tutel*, XXVI, 1).

b) La ley *Julia Titia*, del año 723 de Roma, concede el mismo poder al presidente en las provincias (2).

Este sistema de designación fué modificado con alguna frecuencia bajo el Imperio. En Roma, y bajo el emperador Claudio, pasa a los cónsules el derecho de nombrar tutores (Suetonio, Claudio, 23). Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial *praetor tutelaris* (Capitolino Marco Aurelio, 10), que más tarde compartió su competencia con el prefecto de la villa. Estos magistrados superiores sólo podían nombrar un tutor después de información sobre su moralidad y fortuna (I., §§ 3 y 4, *de at. tut.*, I, 20). En provincias, los presidentes permanecieron siendo competentes para los pupilos más ricos, con la garantía de una información.

Para los otros, los magistrados municipales que tuvieron primero la misión de presentar los tutores a gusto del presidente *(nominare tutores)* fueron bajo el Imperio encargados de nombrarlos ellos mismos. Lo hacían sin información alguna y bajo su responsabilidad (I., § 5, *eod.)*.

El nombramiento del tutor por el magistrado era necesario no habiendo ni tutor testamentario ni tutor legítimo. Pero si el tutor testamentario era nombrado a partir de la llegada de un término o una condición, o si estaba prisionero del enemigo o enfermo de locura, era

---

106. (1) Gayo, I, § 155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

(2) Gayo hablaba, sin duda, de la tutela de los gentiles en una página que quedó ilegible seguida del § 164, I.—Cf. III, § 17.

107. (1) Modestino llama *dativus* al tutor nombrado por el magistrado (L. 7, D., *rem pupil salv.*, XLVI, 6). Pero, generalmente, los jurisconsultos indican con esta expresión al tutor testamentario. Cf. Gayo, I, § 154.—Ulpiano, XI, § 14 (V. n.° 104, nota 1).

(2) Cf. Gayo, I, § 185.—Según la paráfrasis de Teófilo sobre este texto, se trata de dos leyes distintas: la ley Julia y la ley Titia. En el mismo sentido hablan de la ley Titia los fragmentos del Sinaí (§ 20). Estas leyes debían de ser anteriores a Augusto y acaso tambien a Cicerón (Act. 2.ª, in Ver., I, 56).

necesario abrir la tutela legítima de los agnados mientras se esperaba la época fijada, la vuelta de su cautiverio, o su curación. Los jurisconsultos se admiran con razón que fuesen separados los agnados. En efecto, debido al azar del nacimiento, la tutela legítima pertenecía casi siempre a un agnado, colateral lejano, sin ninguna garantía de capacidad ni de afección para el pupilo. El tutor interino era también en igual caso designado por el magistrado (3).

Todos los interesados por el pupilo podían provocar este nombramiento. Eran personas obligadas: la madre, bajo pena de perder el derecho a la herencia: el manumitido por los hijos impúberos del patrono (L. 2, pr. y § 1, D., *qui pet. tut.*, XXVI, 6) (4).

b) *Hipótesis especiales.*

108.—I. *Tutela legítima del patrono y de sus hijos* (I., *de legit. patron. tutela*, I, 17). Cuando el impúbero queda manumitido comienza una nueva familia y no puede tener ni tutor testamentario ni tutor *legítimo agnado*.

Se extendió por interpretación el principio de la ley de las XII tablas, y como llamaba al *patrono* y a sus *hijos agnados* a la sucesión del manumitido, se les daba también la tutela. Por tanto, el patrono es el tutor *legítimo* del manumitido impúbero, y si muere, esta tutela legítima pasa a los hijos que tenía bajo su potestad directa y que heredan los derechos del patronato (Gayo, I., § 165). Habiendo varios patronos se repartían la tutela; pero una patrona no podía nunca ser tutora (L. 3, 4, D., *de legit. tut.*, XXVI, 4).

II. *Tutela legítima del ascendiente emancipador* (I., *de legit. parent. tutela*, I, 18).—Esta tutela se concede a imitación de la del patrono.

En efecto, el ascendiente emancipador que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo después de la tercera mancipación, y le manumite, representa el papel de un patrono. Es, pues, tutor del emancipado impúbero, y le dan, *honoris causa*, el título de tutor legítimo (1).

III. *Tutela fiduciaria* (I., *de fiduc. tutela*, I, 19).—En la época clásica, la *tutela fiduciaria* se presenta en los dos casos siguientes:

a) A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan tutores *fiduciarios* de su hermano impúbero.

Es la diferencia que hay con los hijos del patrono, que son tutores *legítimos* como su padre. Pero la tutela del padre emancipador, en realidad no es más que una tutela fiduciaria que se ha reservado *contracta fiducia;* se le llama *tutor legítimo* por su título de padre, cuya razón ya no existe para sus hijos.

b) En caso de emancipación de un impúbero, el *manumisor extraneus* que le libertó representa el papel de patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor *fiduciario* porque existe entre él y el jefe de fa-

(3) Ulpiano, en la ley 11, pr., D., *de test. ut.*, XXVI, 2, después de dar la solución, expone en estos términos el principio general: *Sciendum est enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare.*

(4) El tutor nombrado en virtud de las leyes *Atilia* o *Julia Titia* disfrutaba de un privilegio especial en la época clásica. Además de la facultad para invocar excusas ordinarias, podía descargarse de la tutela ejerciendo los *jus nominandi potiorem*, es decir, designando una persona solvente, honesta y preferible a él, a causa de su parentesco con el pupilo (Fr. Vat., §§ 157 y 158). Sólo podía usar de este derecho no siendo él mismo pariente ni aliado del pupilo, en el grado expresado por las leyes caducarias (Fr. Vat., §§ 214 a 219). Bajo Justiniano, ya sólo fué cuestión de los *jus nominandi potiorem*.

108. (1) Gayo, I, § 172: *Cum is legitimus tutor habeatur, et non minus huic quam patronis honor praestandus sit.*

milia un pacto de *fiducia*, para obligarle a manumitir al hijo después de la tercera mancipación (Ulpiano, XI, § 5). Bajo Justiniano desapareció este caso de tutela fiduciaria, con las formas antiguas de la emancipación.

III.—De las funciones del tutor.

109.—Las costumbres imponían a los tutores ciertos deberes para con el pupilo. Debía tomarse en cualquier circunstancia la defensa de sus intereses, estando considerado este deber como aún más sagrado que el del patrono con su cliente (1).

En cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos admitían una sabia distinción, que debemos estar pesarosos de no tenerla en nuestras leyes (Cf. art. 108 y 450, C. C.). El tutor se ocupa de la fortuna del pupilo, y no de su guarda ni de su educación. Casi siempre era el pretor el llamado a designar en presencia de los parientes más próximos del impúbero, la persona destinada a educarle, fijando también las cantidades necesarias para ello. Este nombramiento podía hacerle la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos y afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúbero (Cf. D., *ubi pupil educ.* XXVII, 2). El tutor debe velar únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo; así que no hay que equivocarse en el sentido de esta regla *tutor personae non rei vel causae datur* (2), pues no quiere decir que tenga cuidado de la persona del pupilo. Significa, que el tutor está dado no para un bien o un negocio especial, pero sí para completar la personalidad jurídica del impúbero y administrar el conjunto de su patrimonio.

Antes de empezar a ejercer su cargo, el tutor debe someterse a cierto número de formalidades que le son impuestas para defender los intereses del pupilo. Hablaremos de ello antes de estudiar sus cargos, propiamente dichos.

109 bis.—I. *Formalidades impuestas al tutor antes de entrar en funciones.*—1. Lo primero que debe hacer un tutor es un inventario de los bienes del pupilo. El objeto de esta formalidad es asegurar la restitución al fin de la tutela. Si el tutor no ha hecho inventario sin excusa legítima, se le considera culpable de fraude, obligándole a indemnizar al pupilo del perjuicio que haya podido causarle, cuya indemnización se fija después del juramento del incapaz, L. 7, *pr.*, D., *de adm. et per. tut.* XXVI, 7).

2. Algunos tutores deben suministrar la *satisdatio;* es decir, prometer por estipulación conservar intacto el patrimonio del pupilo, *rem pupilli salvam fore*, y presentar fiadores solventes que tomen el mismo compromiso (Gayo, I, § 199). La promesa se hace al pupilo. Estando ausente, o no hablando todavía, estipula por él uno de sus esclavos, y no teniendo esclavo, o no pudiendo comprarle, se hace estipular a un esclavo público. Desde el momento en que el pupilo puede ya hablar, se le permite a él hacerlo (1).

---

109. (1) Aulo Gelio, *Nuits at.*, V. 13: *Constabant... ex moribus populi romani, primum juxta parentes locum tenere pupilos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos: secundum eos proximum locum clientes habere...*

(2) Ulpiano, L. 12, D., *de test. tut.*, XXVI, 2: *Certarum rerum vel causarum tutor dari non potest.*—Marciano, L. 14, D., *eod.*: *Quia personae, nin rei vel causae datur.*—1, § 17, *de excus tut.*, I, 25: *Datus tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

109 bis. (1) Cf. Ulpiano, L. 2, D., *rem pup. salv.*, XLVI, 6.—Gayo, L. 6, D., *eod.*—Se terminó por admitir que los fiadores designados por el tutor que hubiesen dejado inscribir en su presencia su nombre en los actos públicos, sin oponerse, quedaban obligados como si hubiese existido estipulación.

Los tutores testamentarios y los nombrados después de información por los magistrados superiores no están sometidos a esta obligación. Sólo se impone a los tutores legítimos y a los que fueron nombrados por los magistrados locales sin información alguna, porque inspiraban menos confianza. Para los primeros era el pretor y aquellos magistrados para los otros, a los que pertenecía cuidar de que el tutor diera esta garantía. A veces también podía exigirse por el juez en el curso de un proceso (2).

La formalidad de la *satisdatio* parece haber sido introducida por los cónsules bastante tiempo después de la ley Atilia (I, § 3, *de at. tut.* I, 20). Fué en seguida reglamentada por constituciones, de donde resultaba que si el tutor no daba garantía podía forzársele con una valoración de garantía sobre sus bienes propios en beneficio del pupilo (I., § 3, *de satisd. tut.*, I, 24).

3. Una última formalidad se impone al tutor en el Derecho de Justiniano. Este emperador tomó en la Novela 72 cierto número de medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor o deudor del tutor. Éste, antes de hacerse cargo, debe declararlo al magistrado, y esta declaración le hace excluir de la tutela. Si no ha dicho nada, siendo acreedor queda desposeído de su crédito; o siendo deudor no puede prevalerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela (Novela 72, c. 3 y 4.—Cf. art. 451, C. C.).

110.—II. *De la "auctoritas" y de la "gestio" del tutor.*—El tutor, una vez que ha entrado en funciones, debe intervenir en el cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo. Se emplean dos procedimientos. Tan pronto obra solo el autor, *negotia gerit*, como es el pupilo el que obra con la *auctoritas* del tutor (1).

Estudiaremos la *auctoritas* y la *gestio* del tutor, suponiendo que sólo hay uno. Después veremos las consecuencias de la pluralidad de los tutores.

1. *De la "auctoritas".*—Se llama así la cooperación, el concurso del tutor a un acto realizado por el pupilo, en el cual aumenta y completa la personalidad con su presencia (2).

Es probable que en su origen el tutor debía dar la *auctoritas* en términos consagrados y contestando a una interrogación. Esta solemnidad desapareció en la época clásica (Paulo, L. D., *de auct. et cons. tut.*, XXVI, 8). La *auctoritas*, en primer lugar, no es un consentimiento ordinario, porque está sometida a los principios siguientes: a) No puede darse por mensajero ni por carta, ni tampoco una vez efectuado el acto. El tutor debe estar *presente* en el momento del acto (L. 9, § 5, D., *eod.);* b) Además, no lleva ni término ni condición expresamente formulados, pues el tutor completa o no completa con su presencia la personalidad jurídica del pupilo (L. 8, D., *eod.);* c) Es también voluntaria. El tutor no puede ser contradicho por el magistrado, pues es juez de lo que crea bueno o malo para el pupilo. Si por su negativa causa un perjuicio al impúbero, debe indemnizarle al fin de la tutoría (L. 17, D., *eod.)*, habiendo también casos en que no le podía dar su *auctoritas*. Esto sucedía cuando estuviera interesado en el acto, por ejemplo, si sostenía un proceso contra su pupilo; y entonces el magistrado nom-

---

(2) Gayo, I, §§ 199 y 200.—V. también n.° 117, 2, y el n.° 335, III, 1.

110. (1) Ulpiano, XI, § 25: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*

(2) Es de esta idea de aumento de la personalidad incompleta del pupilo *(aucta)* de donde viene, sin duda, la palabra *auctoritas*. No hay en nuestro lenguaje expresión que pueda traducirlo exactamente.

braba para el impúbero un tutor o un curador especial (3). En caso de pluralidad de tutores, daba otro la *auctoritas*.

El acto por el cual el tutor da su *auctoritas* es siempre un acto ejecutado por el mismo pupilo, pues es en la persona del pupilo donde se realizan las consecuencias del acto, y también es él, según los casos, quien se hace propietario, acreedor o deudor. El tutor queda extraño a los resultados de la operación.

2. *De la "gestio"*.—Se dice que el tutor administra o regenta, *negotia gerit*, cuando realiza solo un acto interesando el patrimonio del pupilo.

En su origen, el tutor no podía regentar legalmente; era porque entonces no había más que tutores testamentarios, escogidos con mucho cuidado por el jefe de familia, o por tutores legítimos personalmente interesados en administrar bien el patrimonio que algún día podía corresponderles por herencia. Pero más tarde, cuando hubo tutores nombrados por el magistrado, sucedió de otra manera, y les fué impuesta la obligación de administrar, no por las leyes *Atilia* y *Julia Titia*, que eran imperfectas para esto (I, § 3, *de atil. tut.*, I, 20), sino por los cónsules (Fr. Vat. § 155, *in fine*). Bajo Marco Aurelio, todos los tutores estaban obligados a administrar, haciéndose responsables del defecto de su gestión (4).

El efecto de la *gestio* es muy distinto al de la *auctoritas*. En efecto, el tutor que administra obra como como lo haría un mandatario; por tanto, el Derecho Romano no admitía nuestro moderno principio, en virtud del cual, el mandatario representa al mandante. Cuando un ciudadano cumplía por otro un acto jurídico, las consecuencias del acto se realizaban en su persona como si hubiera obrado por sí mismo (V. n.º 392). Entonces era el tutor quien, seguidamente de la operación, se hacía propietario, acreedor o deudor, y como en definitiva era necesario que el pupilo disfrutase del acto o sufriese los efectos, el tutor debía rendirle cuentas al final de la tutela; tenía que ceder al pupilo los derechos para él adquiridos, y, por justa reciprocidad, reembolsarse sus anticipos. Por eso la rendición de cuentas era una consecuencia necesaria de la *gestio* y no de la *auctoritas*.

Este sistema tenía grandes inconvenientes, puesto que cada parte se exponía a sufrir la insolvencia de la otra parte. Primero se modificó hacia el fin del siglo I de nuestra era por la adquisición de la posesión (V. n.º 166 y 167) y de la transferencia de la propiedad por tradición (V. n.º 261). Cuando, por cuenta del pupilo, el tutor adquiría alguna cosa y de ella recibía tradición, se admitía que la propiedad se había adquirido para el pupilo por intervención del tutor. Por otra parte, y en materia de obligaciones, fueron atenuadas las consecuencias al fin

---

(3) Gayo, I, § 184.—V. n.º 131, a.

N. del T.—El dualismo en las funciones del tutor *(auctoritas, gestio)* proviene de que, según el derecho primitivo y riguroso de los romanos, un ciudadano no podía ser representado por otro en la mayor parte de los actos del Derecho civil. En casi todos estos actos, en efecto, como en los procedimientos solemnes de las *legis actiones*, en las *mancipaciones* y sus derivados, en las *estipulaciones* y *aceptilaciones*, era preciso pronunciar palabras solemnes, cuyo beneficio no podía literalmente aplicarse más que a la persona que las había pronunciado. En la imposibilidad de sustituir al pupilo en estos actos, el tutor no podía llegar a proteger los intereses de éste si no era obrando como un gerente de negocios en su propio nombre.

Por otra parte, como podía suceder que el pupilo, aunque pudiese pronunciar las palabras prescritas no teniendo el *plenum judicium*, el *animi judicium* (L. 189, D., *de reg. jur.)*, no estuviera aún en estado de apreciar su trascendencia, se había exigido que, para completar su capacidad, fuese en ciertos casos asistido por su tutor. De aquí la doble función del tutor: *negotia gerit, auctoritatem interponit*.

(4) Ulpiano, L. 1, pr. D., *de adm. et per tut.*, XXVI, 7; *Gerere atque administratare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.*—§ 1: *Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo Marco constitutum est; ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.*

de la tutela. Si el tutor se ha hecho acreedor o deudor de un tercero, a causa de su gestión, y sus obligaciones no han sido aún ejecutadas al llegar el pupilo a la pubertad, se da acción *utilitatis causa* al pupilo hecho púbero contra el tercero, o al tercero contra él. En cuanto al tutor, queda a cubierto de toda persecución. Este nuevo progreso se realizó hacia el fin del II siglo de nuestra era (5).

111.—III. *Casos de aplicación de la "auctoritas" y de la "gestio".*—El tutor no es libre de usar arbitrariamente, en uno u otro caso, de estos dos procedimientos; es, más que nada, la edad del pupilo lo que hace regla para su empleo, pues es evidente que un pupilo demasiado joven no puede figurar en un acto jurídico, ni aun con la *auctoritas* del tutor, lo que en contrario es posible, habiendo salido ya de la infancia. Por tanto, hay que distinguir dos períodos: uno, estando el pupilo *infans*, y el otro, siendo *major infantia*.

112.—*El pupilo es "infans".*—La *infantia* duraba hasta los siete años. Sin duda, el niño ya habla antes de esa edad, aunque el lenguaje sea aún imperfecto, y tampoco tiene el discernimiento necesario para darse cuenta de un acto jurídico (1). Por eso, en este período, la regla es que administre el tutor, realizando él solo los actos necesarios para que el patrimonio del pupilo esté bien administrado. Sin embargo, se presentaba una dificultad cuando el acto no podía realizarse sin intervención de la persona interesada: por ejemplo, tratándose de enajenar alguna cosa por *mancipatio* o *in jure cesio*, de sostener un proceso bajo las acciones de la ley, o bien de aceptar una herencia. En un principio fué necesario esperar a que el pupilo hubiese salido de la *infantia*. Pero este retraso podía serle perjudicial, si su interés exigía el pronto ejercicio de una acción, o cuando estuviese abierta alguna herencia en su favor, lo cual, en los dos casos, se remediaba de la manera siguiente: a) Bajo las acciones de la ley no se puede uno, en justicia, hacer reemplazar. Por favor hacia el *infans*, se admitía que el tutor figurase en el proceso en su lugar (V. n.º 715, 4). Esta excepción ya no es útil en el procedimiento formulario, pues a todos les es permitido tener un sustituto, bien sea como demandante o como defensor (V. n.º 735); b) Una herencia, aun frustrada, le corresponde al pupilo en pleno derecho, siendo heredero *suyo* y *forzoso;* pero fuera de esta hipótesis, es necesario que acepte o repudie, siendo él quien únicamente puede hacerlo; así que no puede llamarse a la parte mientras no sea capaz de manifestar su voluntad; pero, así y todo, se admite por favor que en cuanto el *infans* pudiese hablar, aun siendo inconsciente de sus actos, le era permitido aceptar la herencia con la *auctoritas* del tutor (Paulo, L. 9. D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2). Más tarde, Teodosio y Valentiniano decidieron que el tutor podía aceptar la herencia para el pupilo mientras no hubiese salido de la *infantia*, es decir, mientras no tuviese los siete años (L. 18, § 2, C., *de jur. delib.*, VI, 30, año 426). Es la *aceptación*

---

(5) Se extendió también a los menores de veinticinco años que tenían curadores permanentes.—Cf. D., XXV, 9: *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.*—Caracalla, L. 1, *eod.*, V. 39: *Nam tutores curatores que finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum vel adolescentium saepe decretum est.*

112. (1) Según la etimología *(in fari)*, el *infans* es el que aún no habla correctamente, y durante los primeros siglos, la *infantia* se debió limitar de hecho a este período variable. Por otra parte, también es cierto que desde el siglo V de nuestra era el *infans* era el que no tenía aún siete años.—Cf. Arcadio, Honorio y Teodosio. L. 8, pr., C. Th., *de bon. mat.*, VIII, 18, año 407.—Teodosio y Valentiniano (L. 18, C., *de jur. delib.*, VI, 30, año 426). Pero, a pesar de la opinión contraria de varios autores, creemos no haya sido una innovación del Bajo Imperio, y que desde el fin de la República la duración de la *infantia* se a los siete años, bajo la influencia de la filosofía griega. Es una noción corriente en los historiadores y literatos (Cf. Quintiliano, *Inst. orat.*, I, 1, 4.—Juvenal, Sat., XIV, v. 10 y sig.)—Desde entonces, y al encontrarla expresada por Ulpiano en la L. 1, § 2, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7, ya no hay razón decisiva para declarar añadido este texto.

única permitida al tutor; para *repudiar* la herencia no hay que esperar ningún inconveniente.

113.—*El pupilo es "major infantia".*—El pupilo que tiene siete años cumplidos ya ha salido de la infancia; entonces es *major infantia.* ¿Hay que subdividir el tiempo que falta transcurrir hasta la pubertad? Los textos señalan una distinción entre el *infantiae proximus*, que no tiene aún más discernimiento que el *infans*, y el *pubertati proximus*, que comprende el alcance de sus actos; distinción, sin duda, fundada en el hecho del desarrollo intelectual de cada pupilo. Pero desde la época de Gayo (III, § 109), el *infantiae proximus* está por favor asimilado al *pubertati proximus*, desde el punto de vista de la capacidad. Sólo hay una diferencia entre ellos, y es que el *pubertati proximus* es el único responsable de sus delitos (Gayo, III, § 208).

114.—¿Cómo se procedió en este período en los actos jurídicos que interesaban al pupilo? La gestión del tutor interviene sólo en caso excepcional, por ejemplo, si el pupilo está ausente o si ha ido a Grecia para completar su educación. En un principio es el pupilo quien obra. En efecto, ya hemos indicado los inconvenientes de la gestión del tutor que no represente al pupilo, siendo, por tanto, natural dejar a un lado este procedimiento, toda vez que ya no es imprescindible. Es lo que ocurre cuando el pupilo sale ya de la infancia, tiene una personalidad y puede obrar él mismo (1), aunque aún no tiene experiencia. Es necesario, por eso, que su personalidad se complete con la *auctoritas* del tutor; pero, sin embargo, tratándose de un acto que no le puede ser ventajoso, lo cumple solo, legalmente.

He aquí la regla sobre este punto: *el pupilo, obrando por su cuenta, puede hacer mejor su condición, y para hacer ésta peor, le es necesario la "auctoritas" del tutor* (2).

Por aplicación de esta regla, el pupilo, sin la *auctoritas* del tutor, puede: hacerse acreedor, por ejemplo, estipulando; recibir una remisión de deuda o adquirir la propiedad de una cosa o de un derecho real.

Pero la *auctoritas* del tutor es necesaria para los siguientes casos: Para hacerse deudor, por ejemplo, comprometiéndose por estipulación; para hacer una remisión de deuda; para transferir la propiedad de una cosa o constituir un derecho real; para mantener un proceso; para recibir un pago que extinga su crédito (3). No es que estos actos sean de naturaleza a hacer siempre peor la condición del pupilo; pero, por lo menos, son susceptibles de ello. Para realizarlos con fruto, es necesario una razón y una experiencia que le falta; con lo que mal iba a defender sus intereses, perdiendo el proceso, enajenando un bien en malas condiciones y disipando el dinero que le hayan pagado; por eso es necesaria la *auctoritas* del tutor.

115.—Sólo hemos citado actos sencillos para los cuales se aplica la regla sin dificultad ninguna. La solución es más delicada tratándose de actos que pueden producir efectos complejos. He aquí algunos ejemplos:

a) *Venta.* En este contrato, el vendedor se hace deudor del objeto vendido y acreedor del precio; así, pues, si el pupilo ha vendido solo un objeto que formaba parte de su patrimonio, se hace acreedor del precio,

---

114. (1) En nuestro Derecho, donde se admite la representación del mandante por el mandatario, no hay ningún inconveniente en dejar la administración al tutor. Como también continúa representando al pupilo en la mayor parte de los actos de la vida civil hasta el fin de la tutela (art. 450, C. C.).

(2) I, pr., *de auct. tut.*, I, 21... *Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.*

(3) Sobre la continuación de un pago hecho a un pupilo o a un menor de veinticinco años V. n.º 129 y nota.

pero no deudor del objeto (1). Esta solución teórica tendía a un resultado contrario a la equidad, pues nadie debe, en efecto, enriquecerse a costa de los demás (L. 206, D., *de reg. jur.*, L. 17), aplicándose esta regla lo mismo al pupilo que a las personas púberas. Además, la venta forma un todo indivisible, y sería imposible valorarla por partes solamente. Por consiguiente, en la práctica, si el pupilo reclama el precio, es a cargo de entregar el objeto, y guardando éste, no puede ni exigir ni retener el precio. En suma, queda libre de mantener la venta o de anularla. Hoy podemos decir: el contrato está afectado de una *nulidad relativa* que sólo el pupilo puede invocar. Esta nulidad no puede ocultarse si queriendo mantener la venta entregó el objeto siendo aún pupilo y sin la *auctoritas* del tutor, pues no puede enajenar solo válidamente, y queda dueño de poder reivindicarla. La nulidad sólo se borra si ha enajenado el objeto con la *auctoritas* del tutor, o una vez hecho púbero.

b) *Herencia.*—La aceptación de una herencia recaída en el pupilo es también un acto complejo en sus efectos, pues una herencia es un patrimonio que comprende bienes y deudas. ¿Se puede pensar que el pupilo adquiera los bienes sin las deudas, si acepta solo la herencia? No; puesto que, al aceptar, se hace el continuador de la persona del difunto, y este resultado no puede dividirse, así que no puede legalmente aceptar nada más que con la *auctoritas* del tutor (2). Poco importa que, en realidad, no haya obligaciones; es un hecho bastante raro que no puede influir en la regla de derecho. En cambio, el pupilo no tiene necesidad de la *auctoritas* cuando es heredero suyo y forzoso, pues entonces adquiere la herencia de pleno derecho (I., § 3, *de hered. quae ab. int.*, III, 1).

c) *Préstamo.*—El pupilo, obrando por su cuenta, ha pedido prestada una suma de dinero. Según los principios precedentes, se hace propietario de esta suma; pero habiendo contrato de *mutuum*, no está obligado a devolverla. Esta solución era muy contraria a la equidad para no ser modificada; así que se decidió de manera general que el pupilo quedaba obligado civilmente hasta la concurrencia de su enriquecimiento (3).

116.—IV. *Restricciones a los poderes del tutor.*—Los dos procedimientos que acabamos de estudiar, la *gestio* y la *auctoritas*, permiten al tutor cumplir todos los actos necesarios de la administración del patrimonio del impúbero. Disfruta sobre esto de amplios poderes, y, administrando, puede hacer todo lo que pudiera hacer un propietario, aunque únicamente en interés del pupilo (1). Este principio admite excepciones, y estos poderes tienen sus límites. Hay, especialmente, algunos actos que están prohibidos, lo mismo al tutor solo que al pupilo asistido del tutor. Veamos cuáles son estas restricciones:

1.ª El tutor no puede hacer con los bienes del pupilo, ni convalidar por su *auctoritas*, donación de ninguna clase, ni aun a título de dote

---

115. (1) I, pr. *de auct. tut.*, I, 21... *Unde in his causis ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.*

(2) I, § 1, *eod.*: *Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat.*

(3) Ulpiano, en este sentido, cita un rescripto de Antonino el Piadoso, L. 5, pr., *in fine*, D., *de auct. tut.*, XXVI, 3:... *Nam in pupillum non tantum tutori sed cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandum Divus Pius rescripsit.*—En todos los casos donde el pupilo no está obligado civilmente, por no haber contratado con la *auctoritas* del tutor, ¿está al menos obligado naturalmente? Esta cuestión parece haber sido objeto de controversia entre los romanos (V. n.º 529, 3).

116. (1) Paulo, L. 27, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7: *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

para una hermana del impúbero. Los regalos de costumbre, en proporción a la fortuna del pupilo, es lo único autorizado. (Paul, L. 12, § 3, y L. 22, D., *de adm. et per. tut.* XXVI, 7).

2.a Un senadoconsulto dado bajo Septimio Severo, *oratio Severi*, prohibió la enajenación de los *praedia rustica* o *suburbana* pertenecientes al pupilo (L. 1, pr. §§ 1 y 2, D., *de reb. eor.*, XXVII, 9). Son los fundos de tierra destinados al cultivo, bien en los pueblos o en las inmediaciones de las ciudades, y, en general, todos los dominios sobre los cuales las casas sólo tienen una importancia secundaria. Esto constituye el elemento más sólido de la fortuna, por oposición a las casas *praedia urbana* y a los muebles, expuestos a deteriorarse. La enajenación hecha a pesar del senadoconsulto se consideraba nula, no pudiendo además usucapirla el comprador. La hipoteca estaba prohibida, lo mismo que la enajenación.

Esta prohibición de enajenar sufría, sin embargo, excepción en los casos siguientes: a) Cuando el padre de familia, en la herencia en la que el pupilo recibía estos bienes, ordenaba la venta en su testamento; b) Tratándose de una enajenación necesaria, bien sea por estar el pupilo en la indivisión con un tercero, o bien a causa de alguna hipoteca consentida por aquel a quien hereda el pupilo; c) O también si la enajenación es útil para pagar deudas apremiantes. Entonces le pertenece al magistrado fijar los *praedia rustica* o *suburbana* que deben ser enajenados en caso de insuficiencia de otros bienes, y de autorizar la venta (Cf. L. 1, § 2, *eod.)*.

Es el único caso en el cual puede dar el pretor la misma autorización, no teniendo este derecho de ninguna otra manera, aunque existiesen evidentes ventajas para el pupilo (L. 5, § 14, D., *eod.)* (2).

La prohibición establecida por el senadoconsulto de Septimio Severo la extendió Constantino a los *praedia urbana*, es decir, a las casas y a los objetos mobiliarios más costosos (L. 22, C., *de adm. tut.*, V, 37, año 326).

3. El tutor no debe hacer uso personal de las rentas o capital que administra del pupilo; su deber es emplearlas útilmente. Mientras tanto, estas sumas no quedan en sus manos: el pretor fija un lugar de depósito, casi siempre algún templo (3), siendo este depósito provisional hasta su empleo en algo ventajoso, que consiste en la adquisición de inmuebles o en su colocación con intereses. Se concede a este efecto, al tutor, un plazo de seis meses en cuanto a las sumas que encontró al hacerse cargo de la tutoría, y de dos meses solamente para las que le han sido pagadas en el curso de la tutela, pues ha debido prever antes su pago (4). A falta de empleo, el tutor debe los intereses a la tasa fijada, por el uso del lugar; y a la tasa legal, si ha descuidado el empleo, a pesar de la advertencia del magistrado, o bien si ha empleado el dinero en su uso personal (5).

117.—V. *Consecuencias de la pluralidad de tutores.*—La pluralidad de tutores, muy frecuente en Derecho Romano, tenía sus inconvenientes, tanto para la *auctoritas* como para la *gestio*.

---

(2) Nuestra legislación contiene sobre esto una disposición menos amplia, pero más acertada. Cf. art. 457, C. C.

(3) Es de sentir que una medida tan favorable a los intereses del pupilo no figure en nuestras leyes. El legislador italiano, en cambio, se inspiró felizmente en el artículo 287 del nuevo Código civil.

(4) Así se concilian Ulpiano, L. 7, § 11, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7, y Paulo, L. 15 D., *eod.*

(5) Ulpiano, L. 7, § 10, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Bajo el Imperio, el interés legal era el 12 por 100; pero, según las regiones, se usaba en la práctica un interés menos elevado: 6, 5 ó 4 por 100.—V. sobre la tasa del interés el n.º 351.

1. *Auctoritas.*—Se hacía una distinción entre dos categorías de tutores. Los unos inspiran plena confianza, que son los tutores testamentarios escogidos por el jefe de familia, y los que nombra el magistrado después de información; la *auctoritas* de uno de ellos es suficiente (Ulpiano, XI, § 26). Los otros son los tutores legítimos y los tutores nombrados sin información, que ofrecen menos garantía; entonces se necesita la *auctoritas* de todos.

Estas reglas de la época clásica desaparecieron bajo Justiniano, quien decidió que la *auctoritas* de uno solo permitiese siempre, salvo algún acto grave, la adrogación del impúbero, y esto hacía cesar la tutela (L. 5, C., *de auctor praest.*, V. 59).

2. *Gestio.*—Los tutores pueden quedar todos encargados de administrar, bajo su responsabilidad común (L. 1, § 10, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3). Pero como una buena gestión es, más que nada, hecho de uno solo, el pretor hace de suerte que sólo uno administre, quedando entonces los otros como vigilantes de la gestión, y a este título responsables subsidiariamente (1).

¿Cómo se nombraba al administrador? Tratándose de tutores testamentarios nombrados después de información, uno de ellos puede ofrecer a los otros la caución *rem pupilli salvam fore*, a fin de ser él solo el encargado de administrar, quedando los otros obligados a consentirlo; a menos de ofrecer ellos la garantía, en cuyo caso los tutores administran todos juntos. Fuera de esta hipótesis, el pretor confirma el nombramiento que pudo hacer el testador, y no diciendo nada el testamento sobre este punto, los tutores eligen a quien deba administrar, y no pudiendo ponerse de acuerdo, entonces le designa el magistrado (2).

Sin embargo, si los tutores expresan su deseo, o si el testador lo ordena, puede haber división en la gestión: bien sea por razón de naturaleza de los negocios, o por circunscripciones territoriales cuando el pupilo posee bienes situados en diferentes distritos (L. 3, § 9 y L. 4, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7). Aunque cada uno, entonces, deba atenerse a sus atribuciones, no por eso quedan menos vigilantes los unos de los otros (L. 2, C., *de divid. tut.*, V, 52).

La unidad o división de la gestión influye sobre la *auctoritas*. Siendo uno solo el que administra, es él quien debe dar la *auctoritas* y estar al corriente de los negocios del pupilo. Si la gestión está dividida, sólo puede dar la *auctoritas* quien tenga el negocio con todas sus atribuciones. Sin embargo, tratándose de aceptar una herencia, cuestión independiente de los demás intereses del pupilo, la *auctoritas* puede darse hasta por un tutor que no administre (Africano, L. 49, D., *de adq. vel. omit. her.*, XXIX, 2).

IV.—Del fin de la tutela y la obligación de rendir cuentas y de las garantías del pupilo.

118.—I. *Fin de la tutela.* (1., *quib. mod. tut. fin.*, I, 22). Las causas que ponen fin a la tutela provienen, bien de la persona del pupilo, *ex parte pupilli*, bien de la persona del tutor, *ex parte tutoris*.

---

117. (1) Ulpiano, L. 3, §§ 2 y 6, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Esta vigilancia reemplazaba en cierta medida la del subrogado-tutor y del consejo de familia, que nuestras leyes han organizado y que no conocieron los romanos.

(2) Cf. Ulpiano, L. 17 pr. y L. 19, § 1, D., *de test. tut.*, XXVI, 2.—L. 3, §§ 1 y 7, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—1, § 1, *de satisd. tut.*, I, 24.

En el primer caso, la tutela queda terminada definitivamente; en el segundo, sólo existe conclusión de las funciones del tutor; si son varios, la tutela se concentra sobre los demás; de lo contrario, hay que nombrar nuevo tutor.

1. La tutela cesa *ex parte pupilli:* a) Por la llegada de la *pubertad* (V. n.º 86, 1), aunque, sin embargo, en el Derecho antiguo, la mujer púbera estaba en tutela perpetua, por razón del sexo; b) Por la *muerte* del pupilo; c) Por su *capitis deminutio maxima, media* o *minima,* dándose en adrogación. (1)

2. Cesa *ex parte tutoris:* a) Por la *muerte* del tutor; b) Por su *capitis deminutio maxima* y *media,* en todos los casos; por la *minima* tratándose de un agnado, de un patrono o de un *gentilis,* tutor legítimo, pues entonces los derechos de agnación y de gentilidad se extinguen; c) Por la llegada de un *término* o de una *condición* limitando las funciones del tutor testamentario; d) Por consecuencia de una *excusa* presentada en el curso de la tutela o de la *destitución.*

119.—*Obligación de rendir cuentas.*—A la conclusión de sus funciones, el tutor debe rendir cuentas al pupilo de los bienes que le fueron confiados y que administró. En la época clásica fué de verdadera obligación rendir cuentas, sancionada por la acción *tutelae.* Veamos cómo se desarrolló esta obligación y en qué consiste.

1. Es probable que durante bastante tiempo el tutor que no tuviera obligación de administrar no estaba tampoco obligado jurídicamente a restituir. Era sólo un deber, cuyo cumplimiento se dejaba a su buena fe, pero un deber sagrado por encima de los demás deberes, y cuya violación era reprobada severamente por las costumbres (V. número 109).

La ley de las XII tablas, en interés de los pupilos, estableció dos medidas muy eficaces: a) Si el tutor se hace culpable de fraude o de alguna falta grave, los decenviros autorizan contra él, durante el curso de la tutela, una persecución, *crimen suspecti tutoris,* que tiene por objeto separarle como *sospechoso* (I., *de suspect. tut.,* I, 26). La acción es clara para todos, excepto para el pupilo, y juzga el mismo magistrado a quien es llevada la causa. Entonces se destituye al tutor infiel, siendo además tachado de infamia, a menos que no sea un ascendiente, un patrono o que sólo hubiese cometido faltas de negligencia; b) Al fin de la tutela, si se ha quedado fraudulentamente con objetos pertenecientes al pupilo, comete un delito que lleva su pena (L. 2, pr. D., *de tut. et rat.,* XXVII, 3). El pupilo puede ejercer contra él la acción de *rationibus distrahendis,* por la cual consigue una multa igual al *doble* del valor de los objetos sustraídos (1). El carácter penal de esta acción impedía que se ejerciese contra los herederos del tutor (Cf. L. 1, §§ 19 a 24, y L. 2, D., *eod.).*

Hacia el fin de la República, las costumbres fueron perdiendo su severidad primitiva, y la protección organizada por la ley de las XII tablas llegó a ser insuficiente. La destitución del tutor sospechoso no

---

118. (1) N. del T.—En los tiempos primitivos, la determinación de la pubertad se dejaba al padre, quien asimismo la podía fijar en su testamento. Consuetudinariamente, los jóvenes eran declarados *púberes, vesticipes,* en las ferias liberales (17 de marzo), después de haber cumplido los catorce años de edad; y entonces trocaban la *toga praetexta* por la *toga virilis.* En el derecho clásico prevaleció la opinión de los proculeyanos de que la pubertad empieza a los catorce años cumplidos.

N. del T.—Cierto que el tutor legítimo perdía también la tutela por la *capitis deminutio minima:* pero esta disposición cayó en desuso cuando las leyes confirieron la tutela a los parientes naturales (Paulo, fr. 7, pr. IV, 5; Ulpiano XI, 9; I, I, 22, § 4).

119. (1) Que esta acción haya sido creada por la ley de las XII tablas, lo afirma Trifonino, L. 55, §§ I, D, *de adm. et per. tut.,* XXVI, 7: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.*

reparaba las consecuencias de su infidelidad, y la acción de *rationibus distrahendis* no permitía al pupilo hacerse indemnizar por las faltas o negligencias del tutor. Era necesaria una acción más amplia, extendiéndose a toda su gestión, y que obligara al tutor a rendir cuentas. Esta fué la acción *tutelae directa*. Parece que en el Derecho civil fué admitida hacia la mitad del siglo VII (2). Por su parte, el tutor también puede haber hecho gastos en favor del pupilo, y en este caso es justo que obtenga el reembolso. El pretor, entonces, le da la acción *tutelae contraria* (L. 1, pr. D., *de contr. tut.*, XXVII, 4) (3).

Desde el siglo I de nuestra era, cuando estos diversos progresos recibieron todo su desarrollo, he aquí cuáles vinieron a ser al final de la tutela las relaciones entre el tutor y el pupilo. Engendra siempre a cargo del tutor, y a veces también a cargo del pupilo, obligaciones que se consideran como nacidas *quasi ex contractu* (Gayo, L. 5, § 1, D., *de oblig.*, XLIV, 7).

a) El tutor debe restituir al pupilo su patrimonio intacto, según inventario que debe haber redactado (V. n.º 109 bis, 1). Debe devolverle todos los bienes que ha adquirido y todas las sumas que haya cobrado para él como administrador. En fin, debe indemnizarle por el perjuicio que haya podido causar una mala administración, por todas las faltas que seguramente un buen padre de familia no hubiese cometido (4), o haciendo mal uso a propósito de su *auctoritas*.

En esta rendición de cuentas, y para garantir los intereses de las dos partes, el antiguo pupilo debe estar asistido por uno o varios curadores, siendo el tutor el obligado a promover el nombramiento (L. 5, § 5, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7).—Las obligaciones del tutor están sancionadas por la acción *tutelae directa*, ejercida por el pupilo o por sus herederos (I., § 7, *de at. tut.*, I, 20). Si han administrado varios tutores, la persecución puede dividirse entre los que sean solventes. (L. 1, §§ 11y 12, D., *de tut. et rat.*, XXVII. 3.)

b) El pupilo debe indemnizar al tutor por razón de sus gastos hechos, descargándole también de las obligaciones contraídas en su interés. Puede ser obligado a ello por la acción *tutelae contraria* (Gayo, L. 5, § 1, *in fine*, D., *de oblig.*, XLIV, 7) (5).

119 bis.—III. *Garantías del pupilo contra la insolvencia del tutor.*—El *crimen suspecti tutoris* y la acción de *rationibus distrahendis*, que bajo el Imperio quedaron en vigor y subsistían aún en tiempos de Justiniano, protegían al pupilo contra el *fraude* de los tutores, aunque también había que ponerlos en guardia contra su *insolvencia*. Para dar seguridades suficientes, el Derecho Romano ha organizado un sistema de garantías muy completo.

1. El pupilo acreedor del tutor al fin de la tutela disfrutaba en

---

(2) Cicerón la cita entre las acciones de buena fe, según el gran pontífice Scaevola, que murió en el año 672 de Roma.—*De offic.*, III, 17.—V. n.º 273, nota 3.

(3) De creación posterior a la acción *tutelae directa*, la acción *tutelae contraria* es, por cierto, anterior al Imperio. Cf. L. 3, pr., D., *de contr. tut.* XXVII, 4, donde Ulpiano cita la opinión de Labeon.—Pero no hay seguridad de que existiese en el tiempo de Cicerón, aunque se puede conjeturar según ciertos pasajes.—Cf. *De offic.*, III, 17.—Act. 2.ª in Ver., I, 41.

(4) En este sentido: Callistrato, L. 33, pr., D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Modestino, Le Dei, X, 2, § 3.—Ulpiano, L. 1, pr., D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3, es verdad que sólo exige del tutor los cuidados que pone en la administración de sus bienes personales. Pero en otros textos (L. 10, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17) admite la solución más rigurosa, que debió prevalecer en interés de los pupilos.

(5) El que administra los bienes de un pupilo, creyéndose tutor o sabiendo que no lo es, pero con objeto de ser útil al impúbero, es llamado *protutor*, siendo válidos todos sus actos. El pretor da contra él al pupilo una acción *pro tutelae* para hacerle rendir cuentas, permitiendo al protutor ejercer la acción contraria para cobrar su indemnización. Cf. Ulpiano, L. 1, §§ 1 y 2; L. 5, D., *de eo qui pro tut.*, XXVII, 5.

la época clásica de un *privilegium exigendi* (1); es decir, que tenía derecho a cobrar, con preferencia a los acreedores quirografarios del tutor, pero no a los acreedores hipotecarios.

Más tarde, Constantino le concedió una hipoteca *tácita* y general sobre todos los bienes del tutor, a contar desde el día en que comenzó la tutela (L. 20, C., *de adm. tut.*, V. 37, año 312.—Cf. art. 2.121 y 2.135, C. C.).

2. En el caso en que el tutor haya dado *satisdatio*, el pupilo puede ejercer la acción *ex stipulatu*, bien sea contra él o contra los fiadores de la tutela (L. 1 y L. 9. D., *rem pupil*, XLVI, 6). Tiene derecho a reclamar a uno de ellos la totalidad de lo que se le debe, sin que el fiador pueda oponer el beneficio de división (L. 12, D., *eod.)*.

3. Si el pupilo no ha podido hacerse pagar del tutor ni de los fiadores, le queda otro recurso concedido por un senadoconsulto, dado bajo Trajano. Es una acción *subsidiaria* contra los magistrados municipales encargados de exigir fiadores y que o no lo hayan hecho o se hayan contentado con fiadores insolventes. La acción puede también ejercerse contra los herederos (I., § 2, *de satisd. tut.* I, 24.—L. 5, C., *de magistr. conv.* V. 75).

4. Y, por último, el pretor concede al pupilo una última garantía a falta de otras. Es la rescisión, con la ayuda de la *in integrum restitutio*, de los actos que le hayan causado un perjuicio y que hayan sido ejecutados por el tutor solo o por el impúbero con la *auctoritas* del tutor (2).

2.—De la tutela perpetua de las mujeres púberas.

120.—En Roma, en el Derecho antiguo, las mujeres púberas *juris* estaban en tutela perpetua.

Esta institución parece remontarse a la más alta antigüedad. Los textos están acordes en señalar como razón de ello la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia de los negocios (1). Pero sometiéndola a tutela perpetua, parece ser haber pensado menos en su protección que en salvar su fortuna en interés de sus agnados. En efecto, Gayo, hablando de la tutela legítima del patrono y de sus ascendientes, dice que tiene por objeto impedir que la mujer pueda hacer enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que deban heredarla *ab intestato* (2). Esta consideración, debió, sin duda, de generalizarse, poniéndose de acuerdo al pensar que es en la conservación de los bienes de la mujer en beneficio de sus agnados donde hay que buscar la idea primera de la tutela perpetua (3). No tiene, pues, su fuente en el Derecho

---

119 bis. (1) Cf. sobre este privilegio: Papiniano, L. 42, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7 Paulo, L. 22, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3.—Hermogeniano, L. 25, D., *eod.*

(2) Modestino, L. 29, pr., D., *de minor.*, IV, 4, Scaevola, L. 47, pr., D., *eod.*—V. para la *in integrum restitutio* el n.° 126, y para su aplicación en caso de pago hecho por un tercero al pupilo el n.° 129.

120. (1) Ulpiano, XI, § 1: *Tutores constituuntur... feminis autem tam impuberibus quam puberibus, e propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*—Cicerón, *Pro Murena*, 12.—Tito Livio, XXIV, 2.—Sin embargo, Gayo, aun marcando la misma razón (I, § 144), hace constar (I, § 190) que es más especiosa que verídica: *magis speciosa videtur quam vera.*

(2) Gayo, I, § 192: *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur...; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatorum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

(3) Otras dos razones confirman esta conjetura: *a)* Según la *laudatio* de Turia (Girard, Textos, pág. 817), las mujeres sólo estaban sometidas a la tutela legítima de los agnados

natural como la de los impúberos; es de Derecho civil por su principio y organización (4).

Después de haber quedado en vigor durante los primeros siglos de Roma, la tutela perpetua se fué debilitando poco a poco hasta que desapareció bajo el Imperio.

1. *Tutela perpetua en el Derecho antiguo.*—Esta tutela está admitida como la de los impúberos, y pertenece en los mismos casos a tutores testamentarios, legítimos, fiduciarios o nombrados por el magistrado (Gayo, I, §§ 144, 157, 165 y 166.—Ulpiano, XI, § 18). La tutela legítima constituía para el tutor de la mujer púbera un verdadero derecho. Se le concedía aun estando ausente, impúbero, loco o mudo, y por consecuencia, incapaz de dar su *auctoritas*. Resultaba de esto para la mujer una imposibilidad de cumplir ciertos actos, aunque formalmente tampoco podía hacer disminuir su patrimonio, lo cual era precisamente el objeto de esta tutela (Gayo, I, § 179). El tutor legítimo tenía también derecho a ceder la tutela a un tercero, llamado *tutor cessicius*, cuyos poderes se extinguían con los del dador. Esta facultad no se concedía al tutor legítimo del impúbero, encargado de una tutela más ligera, puesto que terminaba en la pubertad (Gayo, I, §§ 168 a 170).

El tutor de la mujer púbera no tiene más cargo que dar su *auctoritas* para ciertos actos, y como no administra, no tiene que rendir cuentas al final de la tutela (Ulpiano, XI, § 25.—Gayo, I, § 191).

La mujer debe obtener la *auctoritas* de su tutor para hacer válidamente los actos que sean de tal naturaleza que tiendan a comprometer su patrimonio en perjuicio de sus herederos *ab intestato*. Por tanto, la *auctoritas* la es necesaria: para enajenar las *res mancipi*, esto es, los objetos más preciados; para hacer testamento; para aceptar una herencia; para contraer una obligación; para hacer una remisión de deuda; para sostener un proceso regulado por el Derecho civil (Cf. Gayo, I, § 192).—Ulpiano, XI, § 27). Pero tenía una capacidad más grande que la del pupilo: podía, obrando por su cuenta, enajenar sus *res nec mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago (Gayo, II, §§ 81 y 85).

La tutela para la mujer púbera sólo terminaba por la muerte, y la *capitis deminutio maxima, media* o *minima* cuando se daba en adrogación o caía *in manu*.

2. *Debilitación de la tutela perpetua.*—Esta institución hacia el fin de la República ya no estuvo en armonía con las costumbres, atenuando su rigor primitivo un gran número de modificaciones. En la época de Gayo, y fuera de un corto número de casos, no fué más que una vana formalidad. Veamos las principales decisiones que trajeron su decaimiento:

a) Desde el siglo VI le fué permitido al marido, teniendo a su mujer *in manu*, dejarla por testamento elegido un tutor, y éste es un *tutor optivus* (Gayo, §§ 150 a 153). Más tarde, la mujer puede escapar de la tutela legítima de sus agnados y tener un tutor a su gusto, con ayuda de un *coemptio fiduciae causa*. Con su *auctoritas*, se vende al que ha escogido, pues él la emancipa, y se hace así su tutor *fiduciario* (Gayo, I, § 115). En cuanto a los tutores que no tenían la cualidad de legítimos, podía obligárseles a dar su *auctoritas* para los actos en que fuese exigida (Gayo, I, § 190 *in fine*.—Cicerón, *Pro Murena*, 12).

---

y de los gentiles si habían recogido la herencia *ab intestato* del jefe de familia. *b)* Las vestales manumitidas de esta tutela por la ley de las XII tablas perdían al mismo tiempo el derecho de heredar *ab intestato* en su familia (Labeon sobre la ley de las XII tablas, citada por Aulo Gelio, *Nuits at.*, I, 12, *in fine*).

(4) Parece ser que una institución análoga existió en algunos pueblos antiguos. Gayo cita los Bitinianos (I, § 193) resultando también, según la tabla de *Salpensa (Lex municipalis Salpensana*, c. 22), que también se practicaba entre los latinos.

b) Bajo Augusto, y siendo impúbero el tutor legítimo, o estando loco o ausente, es decir, incapaz de dar su *auctoritas*, existían ciertas disposiciones legislativas que permitían a la mujer nombrarse un tutor capaz para proceder en ciertos actos de suma utilidad, tales como la constitución de una dote para casarse o la aceptación de una herencia (Gayo, I, §§ 176, 178 y 180). Además, las leyes *Julia* y *Papia Poppoea* dispensaban de la tutela a la mujer teniendo el *jus liberorum*, es decir, la ingenua que tuviese tres hijos o la manumitida teniendo cuatro (Gayo, I, § 194).—Ulpiano, XXIX, 3), y una ley *Claudia* que, sin duda alguna, data del reinado de Claudio, anuló la tutela legítima de los agnados (Gayo, I, § 171.—Ulpiano, XI, § 8). Al final del siglo I de nuestra era no quedaron más que la tutela del patrono y la del ascendiente emancipador, que conservan alguna energía, y es más, el magistrado podía obligarles a dar su *auctoritas* cuando la mujer tuviera gran interés en enajenar una *res mancipi* o en contraer alguna obligación (Gayo, I, § 192).

3. *Supresión de la tutela perpetua.*—Aunque disminuída, la tutela de las mujeres impúberes existía aún a mitad del siglo IV de nuestra era (5).

Pero en 410, si ya no había desaparecido, una constitución de Honorio y Teodosio debió darla el último golpe, concediendo a todas las mujeres el *jus liberorum* que llevaba consigo la dispensa de la tutela (L. 1, C., *de jure liber.*, VIII, 59).

SECCIÓN II.—DE LA CURATELA.

§ 1.—Generalidades.

121.— La ley de las XII tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los *furiosi* y la de los *pródigos*. Más tarde, y a título de protección, fué extendida a los *mente capti*, a los *sordos*, a los *mudos* y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden: se daba curadores a los *menores de veinticinc años*, y en ciertos casos, a los *pupilos* (I., §§ 2 a 5, *de curat.*, I, 23).

Los locos y los pródigos sólo tenían curadores *legítimos*, según la ley de las XII tablas. A falta de curadores legítimos, los curadores son nombrados por los magistrados de la misma manera que los tutores, por cuya razón se les llama *honorarii*. No existían curadores testamentarios, y, sin embargo, si el jefe de familia designaba alguno, el pretor confirmaba esta elección (1).

El curador *administra* y no da *auctoritas*. Solamente en el Bajo Imperio, el curador del menor de veintiinco años debía dar algunas veces su consentimiento al acto realizado por el incapacitado. Este *consensus* no tiene nada de solemne, y puede ser suministrado aun después del cumplimiento del acto (2).

(5) Los últimos textos que la mencionan son: una constitución de Diocleciano y Constancio, del año 294 (Fr. Vat. § 325), y un papiro griego relatando un proceso bajo Constantino, hacia el año 350 (*Archiv. für Papyrusforschung*, 1900, p. 293-312).

121. (1) Ulpiano, XII, § 1: *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege XII tabularum dantur: aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur.*— I, § 1, *de curat.*, I, 23.—Las mismas causas de incapacidad y de excusa se aplicaban a los tutores y a los curadores (Cf. I, 25).

(2) Referente a esto, no hay ningún texto formal; pero esta diferencia no es menos cierta, pues las fuentes distinguen siempre la *auctoritas* y el *consensus*, y las condiciones exigidas para la validez de la *auctoritas* nunca lo son para el *consensus* (Cf. Paulo, L. 19, D., *de auct. et consens, tut. et curat.*, XXVI, 8). V. sobre las aplicaciones del *consensus* dadas por el curador el n.° 123, nota 4, y el n.° 128, *in fine*.

§ 2.—De la curatela de los "furiosi".

122.—Los romanos distinguían los *furiosi* y los *mente capti*. El *furiosus* es el hombre completamente privado de razón, tenga o no intervalos lúcidos. El *mente captus*, por el contrario, no tiene más que un poco de inteligencia, es un monomaníaco o, lo que es igual, una persona cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas (1).

La ley de las XII tablas sólo se ocupó de los *furiosi*, y decidió que el *furiosus sui juris* y púbero, es decir, que no tuviera ni la protección del jefe de familia ni la del tutor, se sometiese a la curatela *legítima* de los *agnados*, y a falta de éstos a la de los *gentiles* (2). Desde que se manifiesta la locura, se abre la curatela para los agnados, sin necesidad de una decisión del magistrado. Pertenece al agnado más próximo; así, por ejemplo, un hijo, podía ser el curador de su padre *furiosus* (L. 1, § 1, *de curat. fur.*, XXVII, 10). No habiendo agnados la curatela pasaba a los *gentiles;* pero cuando la gentilidad cayó en desuso, entonces era el magistrado quien nombraba el curador (I., § 3, *de curat.*, I, 23).

El curador del *furiosus* tiene por misión cuidar tanto de su persona como de su patrimonio, pues la misma obligación tiene de hacer lo posible por su curación como de administrar sus bienes (Juliano, L. 7, pr., D., *de curat. fur.*, XXVII, 10). El *furiosus* no está afectado de interdicción, aunque le alcanza una incapacidad natural. Mientras dure su locura no puede efectuar ningún acto jurídico (3); pero recobrando toda su capacidad, cuando tiene un intervalo lúcido, entonces puede obrar solo, como si nunca hubiese estado loco (4).

La misión del curador es la de *administrar*, ejecutando los actos necesarios a los intereses pecuniarios del incapacitado en estado de locura. Recobrando el loco la razón, ¿termina la curatela para volver a empezar con la locura? Los jurisconsultos no estaban de acuerdo en esta cuestión; Justiniano decidió que no cesara la curatela, pero el curador quedaba inactivo, puesto que el loco vuelto a la razón puede legalmente obrar por su cuenta (L. 6, C., *de curat. fur.*, V. 70).

En suma, el curador del *furiosus* no da nunca su consentimiento: tiene que limitarse a administrar; de donde resulta para él la obligación de rendir cuentas al final de la curatela, y hasta todas las veces

---

122. (1) Cf. en este sentido: Juliano, L. 2, § 3, D., *de jur. codic.*, XXIX, 7: *Furiosus... cum per omnia ei in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur...*—Cicerón, Tuscul., III, 5: *Furorem autem esse rati sunt mentis ad omnia coecitatem.* Según otra opinión, muy extendida, *Furiosus* era el loco susceptible de intervalos lúcidos, mientras que se llamaba *amens* o *mente captus* al idiota, privado de toda inteligencia y que no puede tener ningún momento de lucidez. Pero los textos no están de acuerdo con esta pretendida distinción. (Cf. L. 14, D., *de of. praes.*, I, 18.—L. 17, D., *qui test.*, XXVIII, 1.—L. 6, C., *de curat. fur.*, V. 70); además, sería absurdo que los decenviros, organizando la curatela, hubiesen descuidado los *menti capti*, que en este sistema hubieran tenido, más que los *furiosi*, necesidad de protección.

(2) Cicerón, *De inv. rhet.*, II, 50: *Lex est: Si furiosus escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Según Festo, V. *Nec*, es necesario leer: *Si furiosus sit aut ei custos nec escit...*

(3) Gayo, III, § 106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quid agat.*—Para el caso en que se tratara de aceptar una herencia dejada al *furiosus*, v. n.° 500, *in fine*.

(4) Este sistema, tan racional como fué, debió crear en la práctica dificultades, reaparecidas sin cesar, para saber si el acto fué cumplido por el *furiosus* en un momento de locura o de lucidez. En nuestro Código actual se ha evitado este inconveniente incapacitando al loco. La interdicción pronunciada por los tribunales abre la tutela (art. 489, C. C.), y desde entonces, los actos jurídicos cumplidos por el interdicho, salvo algunas excepciones, deben ser anulados en su interés, sin que sea admitido un tercero para demostrar que han sido ejecutados en un intervalo de lucidez (art. 502, C. C.).

que, recobrando el loco su razón, exigiese la administración de sus bienes (Paulo, L. 4, § 3, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3).

El pretor extendió esta curatela a las personas cuyas enfermedades reclamaban una protección, y por eso nombró curadores para administrar el patrimonio de los *menti capti*, de los sordos, de los mudos y de todos los que teniendo una enfermedad grave no podían mirar por sus intereses (5).

§ 3.—De la curatela de los pródigos.

123.—La ley de las XII tablas consideraba como *pródigos* a los que disipaban sus bienes procedentes de la *sucesión ab intestato* del padre o del *abuelo paterno: bona paterna avitaque* (Paulo, S., III, 4.ª § 7.—Ulpiano, XII, § 3). Era como un depósito que debía quedar en la familia civil, por cuya razón, y con objeto de impedir su dilapidación, los decemviros, sancionando una costumbre anterior, decidieron que el pródigo fuese declarado en estado de *interdicción*, colocándole bajo la curatela legítima de sus *agnados*, y, sin duda alguna, en su defecto, bajo la de los *gentiles* (1).

Más tarde se extendió esta medida, por creer necesario proteger al pródigo contra los arrebatos de sus pasiones, fuera de los casos ya prevenidos por la ley de las XII tablas y sea cual fuere el origen de su fortuna. La interdicción se aplicaba entonces, nombrándose los curadores por el pretor, en los casos siguientes: a) A todos los que, encontrándose en las condiciones previstas por la ley de las XII tablas, carecían de agnados y de *gentiles*, y cuyo curador legítimo se encontraba incapacitado (Gayo, L. 13, D., *de curat. fur.*, XXVII, 10); b) A los ingenuos que derrochaban los bienes paternos, recogidos por herencia testamentaria; c) A los manumitidos que, empezando a crearse una familia, no poseían bienes paternos (Ulpiano, XII, § 3); d) En fin, a todos los que disipasen sus bienes, de cualquier procedencia que fuesen. Así generalizada esta institución, tomó un nuevo carácter por su razón de ser, no sólo en interés de la familia, sino también en el del pródigo y en el de la sociedad entera (Gayo, I, § 53, *in fine*).

La curatela se abre por *decreto* del magistrado que pronuncia la *interdicción*. La prodigalidad, en efecto, no es una causa natural de incapacidad, como la locura, pues para hacer al pródigo incapacitado es necesaria una decisión, creando la incapacidad legal y fijando su extensión (2).

---

(5) I, § 4, *de curat.*, I, 23: *Mente captis et surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*—Ad. Ulpiano, L. 3, § 3. D., *de postul.*, III., I.—Paulo, L. 4, D., *eod.*

N. del T.—Esta curatela legítima no se impone, como la tutela legítima, en compensación de las esperanzas de la herencia, porque, a diferencia de los impúberos, el loco, y lo mismo puede decirse del pródigo, puede tener bajo su potestad a hijos que excluirían a todos los agnados. Así, relativamente a la curatela de los libertos, no se extendía al patrono lo que la ley de las XII tablas estableció acerca de los agnados, como se hizo respecto de la tutela.

123. (1) Ulpiano, XII, § 2 y L. 1, pr. D., *de curat. fur.*, XXVII, 10.—Estos textos hacen alusión a la disposición de la ley de las XII tablas sobre los pródigos. Pero no nos ha sido conservada, como ocurre con la de los *furiosi*.

(2) Paulo habla de la fórmula antigua de interdicción, aún en vigor en su tiempo, aunque los términos no estaban de acuerdo con el estado del Derecho.—S. III, 4.ª, § 7: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi aere (o ea re) commercioque interdico.*—Nuestro Derecho sanciona un sistema más sencillo para el pródigo; no se le interdice; se le da un consejo que le es necesario en los casos más graves (Cf. artículo 513, C. C.).

La medida de la incapacidad del pródigo se determina por las distinciones siguientes: a) Para todos los actos susceptibles de poder disminuir su patrimonio, arrastrándole a la ruina, es asemejado al loco y declarado absolutamente incapacitado (3). No puede, por tanto, hacer ninguna enajenación (Ulpiano, L. 10, pr. D., *de curat. fur.*, XXVII, 10); ni testar (V. n.º 539, II, 3). En igual caso que un *furiosus* no puede contraer ninguna obligación *válida ni civil ni naturalmente* (*L. 6, D., de verb. oblig.* XLV, 1). Pero, lo mismo que el loco, puede encontrarse obligado sin su voluntad; por ejemplo, en caso de división o por consecuencia de una gestión de negocios (Paulo, L. 46, D., *de verb. oblig.*, XLIV, 7); b) Y, por el contrario, queda capacitado para hacer los actos necesarios para mejorar su condición, como son adquirir y estipular. También puede aceptar una herencia (Ulpiano, L. 5, § 1, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2); sin duda, porque no habrá que temer su ruina voluntaria al aceptar una herencia demasiado cargada de obligaciones.

La misión del curador del pródigo es *administrar;* y siendo necesario para el incapacitado cumplir los actos prohibidos, es sólo el curador quien debe obrar (4), resultando una obligación para él rendir cuentas de su gestión a la terminación de su cargo.

La curatela del pródigo abriéndose por un decreto del magistrado, lógicamente pensando, sólo debía cesar por el levantamiento de la interdicción; pero Ulpiano declaró que cesaba de pleno derecho si el pródigo se enmendaba, y sin intervención de nuevo decreto (L. 1, pr., *in fine*, D., *de curat. fur.*, XXVII, 10). Si, como es verosímil, el texto está interpolado, sólo se consigue esta solución para el Derecho de Justiniano. No es *menos difícil* de justificación; probablemente es una consecuencia de la asimilación del pródigo al *furiosus*, cuya curatela termina cuando recobra la razón.

§ 4.—De la curatela de los menores de veinticinco años.

124.—En el antiguo Derecho Romano, cuando por razón de la edad terminaba la tutela, la joven, a causa de su sexo, caía en tutela perpetua; pero el joven púbero *sui juris* quedaba completamente capacitado. Se comprendió más tarde que las facultades intelectuales tardan más en desarrollarse que las fuerzas físicas, y el que alcanzaba la pubertad tenía aún poca experiencia; por eso se buscó el *modo de organizar una* protección para los menores de veinticinco años. Este fué el objeto de la ley *Plaetoria*, después de la *in integrum restitutio*, y, por último, de las instituciones de curadores permanentes.

125.—1. *Ley Plaetoria.*—Esta ley se votó hacia la mitad del siglo VI de Roma (1), pero no se conocen exactamente sus disposiciones. Según

(3) Esta asimilación limitada se confirma en varios textos.—Pomponio, L. 40, D., *de reg. jur.*, L. 17; *Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.*—Ulpiano, L. 1, pr., D., *de curat. fur.*, XXVII, 10, y L. 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.

(4) Varios autores están de acuerdo diciendo que estos actos pueden ser cumplidos por el pródigo con el consentimiento del curador. Pero ningún texto demuestra un ejemplo de esta manera de proceder. Los que comparan el pródigo interdicto al pupilo, se limitan a constatar que el uno o el otro pueden mejorar su condición.—Cf. Ulpiano, L. 9, § 7, D., *de reb. cred.*, XII, 1.

125. (1) *El verdadero nombre de esta ley lo sabemos* por un documento auténtico: las *tablas de Heraclea*. Son dos tablas de bronce encontradas en 1732 en Heraclea, y que contienen fragmentos de la ley *Julia municipalis* del año 709 de Roma.—En cuanto a la fecha de la ley Plaetoria, sólo se la puede fijar aproximadamente por las alusiones contenidas en las comedias de Plauto, particularmente en el *Pseudolus*, del año 563.

testimonio de Cicerón *(De natur. Deor.*, III, 30), creaba un *judicium publicum rei privatae*, es decir, una acción abierta para todos, en interés privado del menor, contra el tercero que hubiese abusado de su inexperiencia al tratar con él. Esta persecución contra el demandado terminaba con la nota de infamia, y casi siempre con una multa, aparte de que ya no podía ser más decurión *(Lex Julia munic.*, 110) (2).

Más tarde, y bajo el procedimiento formulario, le fué posible al menor que había sido engañado, pero sin haberse ejecutado aún el compromiso perjudicial para sus intereses, oponer al acreedor una excepción fundada sobre la ley *Plaetoria* (L. 7, § 1, D., *de excepl.* XLIV, 1). Pero, en todos los casos, la ley *Plaetoria* dejaba subsistir el acto perjudicial al menor, y habiendo sido damnificado, sin fraude de un tercero, entonces ya no existía ningún recurso. Por otra parte, la represión, resultado del *judicium publicum*, era exagerada, y tuvo por efecto arruinar el crédito de los menores (3). El pretor vino a socorrerlos de una manera más eficaz, concediéndoles el beneficio de la *in integrum restitutio*.

126.—2. *In integrum restitutio.*—He aquí de una manera general en qué consiste esta institución pretoriana. Cuando una persona es perjudicada por causa de un acto legal, y el Derecho civil no le concede ningún remedio, entonces interviene el pretor, siempre que encuentre un motivo suficiente; por ejemplo: si el acto está tachado de fraude o violencia, o si la persona perjudicada es un *menor*. El pretor considera el acto como no realizado, y restablece las cosas en su estado primitivo; pero este favor sólo le concede después de un examen del asunto, y es libre de rehusarlo (1).

En virtud de estos principios, y cuando un menor ha salido perjudicado por causa de su inexperiencia, puede solicitar del pretor la *in integrum restitutio* (2). Este progreso es anterior al final del siglo VII, pues ya era conocido de Ofilio, contemporáneo de Cicerón (L. 16, § 1, D., *de minor.*, IV, 4). La misma ventaja le fué concedida al pupilo (V. n.º 119 bis, 4, y nota 2).

Para que el *menor* pueda obtener la restitución se necesita: 1.º Que haya sido *perjudicado* (3). Esta condición se entiende en un sentido amplio. Hay *perjuicio* todas las veces que por un acto o por una omisión el *menor* ha sufrido un perjuicio, bien sea disminuyendo su patrimonio, o bien omitiendo hacer una buena adquisición, o realizar alguna ganancia (L. 44; L. 7, §§ 6 y sig., D., *de minor.*, IV, 4). 2.º Que el perjuicio venga por defecto de edad, de la *infirmitas aetatis*. La restitución, naturalmente, se concede contra los actos del menor solo, aunque también puede serlo contra aquellos que lo hizo con el consentimiento de

(2) Según conjeturas, la ley Plaetoria contenía otras disposiciones: *a)* De un pasaje de la ley *Julia municipalis* (líneas 112 a 115) se ha deducido que daba dos acciones: el *judicium publicum*, del cual habla Cicerón, y una acción privada en indemnización, dada al menor engañado. Esta acción estaba mencionada por Paulo (L. 24, § 3, D., *de minor.*, IV, 4) y en la fórmula Fabiana, 4 (Girard, Textos, p. 458); *b)* Varios autores admiten, según un texto de J. Capitolino (Marco-Aurelio, 10), que permitía al menor hacerse nombrar un curador para un asunto especial, *redditis causis*. Pero este texto oscuro inspira poca confianza. Lo más probable es que este uso se introdujese por la Jurisprudencia para aumentar el crédito de los menores.

(3) Plauto, *Pseudolus*, V. 290: *Periî... Lex me perdit quinavicenaria; metuunt credere omnes.*—Calidoris, quien pronuncia estas palabras, es un hijo de familia. La ley se aplicaba también a los menores bajo autoridad paterna. Lo mismo ocurrió con la *in integrum restitutio*. (Ulpiano, L. 3, § 4, D., *de minor.*, IV, 4). Capacitados para obligarse civilmente, tenían también, en efecto, necesidad de la misma protección.

126. (1) Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de minor.*, IV, 4: *Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quoque res erit animadvertam.*—L. 11, § 3, D., *eod: Sciendum est aniem non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponentur.*—Ad. Paulo, I. 24, § 1, D., *eod.*

(2) V. sobre la *in integrum restitutio* y sus diversas aplicaciones, los núms. 811 y 812.

(3) De aquí viene esta máxima de los comendadores: *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus.*

su curador, en la época en que fué organizada esta curatela, o contra los que el pupilo hizo con la *auctoritas* del tutor (L. 2, C., *si tut. vel. curat.*, II, 25). Se terminó por admitir la restitución contra los actos de gestión que emanaban del tutor o del curador solo (L. 3., C., *eod.)*. En efecto, aun en este caso se puede decir que el perjuicio es consecuencia de la falta de edad, puesto que, sin su experiencia, ni el menor ni el pupilo estarían sometidos a la protección más o menos eficaz de quien *no supo evitar su perjuicio. Pero el menor no puede nunca hacerse restituir* contra el daño que resultase de un caso fortuito o que fuese consecuencia de su dolo o de su delito (L. 9, § 2 y L. 11, § 4, D., *de minor.*, IV, 4). 3.º Que el menor no tuviese *ningún otro recurso*. Por eso, la restitución es inútil si el acto no es válido en Derecho civil (L. 16, D., pr., *eod.)*.

El menor, durante su minoría, puede pedir la *in integrum restitutio* (L. 5, § 1, C., *de in int. rest.*, II, 22), y durante un año *útil*, desde su mayoría de veinticinco años (4). Pero sólo él tenía este derecho, siendo una verdadera nulidad relativa, y establecida en su beneficio. Está cubierta, y el acto se hace invulnerable, después de la expiración del término o por la ratificación del menor al ser mayor.

La *in integrum restitutio* constituía una protección más eficaz y completa que la ley *Plaetoria;* pero ésta tenía también el inconveniente de excederse de su fin amenazando a los terceros que contrataban con un menor, y quitándoles toda seguridad. Por eso quedó nulo el crédito de los menores de veinticinco años, recurriendo para aumentarle a un tercer remedio, la *curatela*, que por de pronto no hizo desaparecer ni la ley *Plaetoria* ni la *in integrum restitutio* en beneficio de los menores.

127.—3. *Curatela.*—Primero se introdujo la costumbre de hacer nombrar al menor un curador para algún asunto determinado, *ad certam causam*. Los terceros, de esta manera, trataban con más confianza, puesto que el menor, iluminado por los consejos del curador, corría menos riesgo de ser perjudicado. Marco Aurelio hizo un cambio más radical, decidiendo que los menores podían pedir curadores permanentes, cuyas funciones durasen toda la minoría de edad (1). Esta curatela se aplica a los menores de los dos sexos, teniendo entonces su utilidad para las jóvenes púberas *sui juris*, pues la tutela perpetua había perdido toda su fuerza y tendía cada vez más a desaparecer (2).

En un principio, los menores, sólo pidiéndole, podían tener curador permanente (3). Esta regla se explica sobradamente por la marcha histórica de la institución. No se trata ni de remediar una incapacidad, puesto que el menor es capaz, ni de protegerle, puesto que encuentra en la restitución una protección exagerada. En realidad, la curatela proporciona confianza a los terceros y favorece el crédito de los menores, pudiendo muy bien, si así lo desean, pedir un curador cuando lo necesiten para aumentar su crédito; de lo contrario, nada les obliga a ello.

Sin embargo, los terceros, teniendo negocios con el menor, pueden forzarle a hacerse nombrar un curador especial en los siguientes casos: Para sostener un proceso (V. n.º 127, nota 3); para recibir las cuentas

---

(4) El año útil se calculaba contando solamente los días fastos. Tenía una duración variable. Justiniano le sustituyó por un término de cuatro años continuos; L. 7, C., *de temp. in int.*, II, 53, año 531.

127. (1) J. Capitolino, Marco Aurelio, 10: *...De curatoribus..., ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.*

(2) I, pr., *de curat.*, I, 23: *Masculi puberes et faminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.*

(3) Papiniano, L. 13, § 2, D., *de tutor, et curat.*, XXVI, 5: *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent.*—I, § 2, *de curat.*, I, 23: *...Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.*

de la tutela (L. 7, C., *qui pet. tut.*, V. 31), y para recibir un pago (L. 7, § 2, D., *de minor.*, IV, 4) (4).

128.—Desde Marco Aurelio, los menores de los dos sexos pueden a su capricho estar o no provistos de curador. Veamos su situación en los dos casos:

1. *El menor no tiene curador.*—El menor es plenamente capaz, salvo el beneficio de la *in integrum restitutio* (L. 3, § 2, C., *de in int. rest.* II, 22.—V. n.º 128, nota 3).

2. *El menor tiene un curador.*—La cuestión es más delicada y las soluciones de los textos son contradictorias, aunque pueden conciliarse al admitir que hacia la mitad del III siglo de nuestra era se hizo un cambio, autorizando la siguiente distinción: a) Después de Marco Aurelio, y en el primer estado de esta legislación, el menor queda capaz, aunque, sin duda, en un principio era el curador quien estaba encargado de la *gestión* de su patrimonio (1). Si el menor obra solo, aun para contraer una obligación, el acto es válido, ocurriendo esto mismo aun en tiempo de Modestino (2); b) Bajo Diocleciano se terminó por considerar que el menor que pretendiese un curador atestigua él mismo su incapacidad. Tiene de hecho una incapacidad legal y se le trata como a un pupilo *major infantia*, o en ciertos casos como a un pródigo interdicto (3). Desde entonces hubo una gran diferencia entre el menor sin curador y el menor en curatela. El uno es capaz, y estando perjudicado puede él solo pedir la *in integrum restitutio*. El otro, lo único que puede hacer solo son los actos para poder mejorar su condición, y para los que sean susceptibles de hacer peor su condición hace falta el consentimiento de su curador; de lo contrario, estos actos serían *nulos*, aun sin haber causado ningún perjuicio al menor.

En el último estado del Derecho, el cargo de curador de un menor se parece mucho al del tutor. Por una parte, *administra* el patrimonio, lo cual implica para él la obligación de rendir cuentas al final de la curatela con la misma responsabilidad que el tutor; y por otra parte, tiene que dar su *consentimiento* en los casos en que el tutor da su *auctoritas* (4).

129.—La institución de los curadores permanentes no hizo desaparecer la *in integrum restitutio*, y aunque llegó a ser algo rara era pedida casi siempre en caso de perjuicio, bien fuera contra los actos del menor solo o bien contra los del curador o del menor asistido del curador; suponiendo, sin embargo, que en estos dos últimos casos el menor no hubiese encontrado una garantía suficiente en otras vías de recursos (L. 3 y 5, C., *si tut., vel. curat.*, II, 25). Esto era un abuso, puesto que los terceros quedaban expuestos, aunque hubiesen cumplido todas las formalida-

(4) Algunos autores están de acuerdo en decir que todo menor hecho púbero al pasar por la tutela debe tener forzosamente un curador permanente. Pero esta distinción no está escrita en ningún texto. Según Ulpiano (L. 5, § 5, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7) el tutor es cierto que está obligado a advertir al pupilo hecho púbero de procurarse un curador para recibir las cuentas de la tutela, pero no hay nada para poder comprobar que este curador siga en funciones después de la rendición de las cuentas.

128. (1) Ulpiano, L. § 3, D., *de minor.*, IV, 4: *...Hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.*—Ad. L. 1, §§ 3 y 4, D., *de adm. tut.*, XXVI, 7.

(2) Modestino, L. 101, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *...Pubcres sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.*

(3) Diocleciano y Maximiano, L. 3, C., *de in int. rest.*, II, 22: *Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venundedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non ab imitis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.—Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint causa cognita non prohiberis.*—Año 293.

(4) Diocleciano, L. 2, C., *qui legit. pers.*, III, 6: *In rebus quae privati judicii quaestionem habeat, sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet.*—Año 294.—En cuanto a las consecuencias de la gestión, véase el número 110 *in fine* y nota 5.

des requeridas, al tratar con el incapaz. Las cosas en este estado subsistieron hasta Justiniano, que lo remedió solamente en un caso, el más importante, eso es verdad: en el de un *pago*. Cuando un deudor había pagado a un menor asistido del curador, o a un pupilo con la *auctoritas* del tutor, no estaba menos expuesto a pagar una segunda vez en caso de la *in integrum restitutio*. Justiniano, siguiendo los consejos de Triboniano, decidió que el deudor pudiese obtener sin gastos una sentencia del juez autorizándole a cobrarse, y que después de esta formalidad el pago hecho con regularidad llegase a ser invulnerable (L. 25, C., *de adm. tut.* V. 37, año 531.—I, § 2, *quib. alien.*, II, 8) (1).

130.—*De la venia aetatis.*—Durante largo tiempo esta expresión designó la *in integrum restitutio* concedida por causa de minoría (Papiniano, L. 20, pr., D., *de minor.*, IV, 4). Pero hacia el final del siglo III de nuestra era se dió este nombre a un beneficio particular concedido por los emperadores a los menores de veinticinco años. En esta época, donde se admitía la incapacidad legal de los menores en curatela, debieron de reconocer que en muchos casos era una exageración mantenerla hasta los veinticinco años, y por eso el emperador podía, después de un examen, concederles por rescripto una especie de mayoría anticipada o dispensa de edad, *venia aetatis;* esto únicamente a los veinte años para los hombres, y a los dieciocho para las mujeres.

Este favor tenía por consecuencia: a) Hacer cesar la curatela permanente. b) Y quitar al menor el derecho de pedir la restitución por *infirmitas aetatis*. Desde entonces, sólo fué restituíble en los casos en que lo sería un mayor (Cf. C., *de his qui ven.*, II, 45) (1).

§ 5.—De la curatela de los pupilos.

131.—El impúbero en tutela puede, por excepción, tener un curador en los casos siguientes: a) Si el tutor sostiene un proceso con su pupilo. Ya sabemos que no puede dar su *auctoritas* en un asunto estando él interesado. En el tiempo de las acciones de la ley era necesario un tutor especial; pero, bajo el procedimiento formulario, era suficiente nombrar un curador, cuya regla existía aún en tiempos de Justiniano (Gayo, I, § 184.—I, § 3, *de auct. tut.*, I, 21); b) Si el tutor ha hecho admitir una excusa temporal es necesario durante este intervalo nombrar un curador en su lugar; c) Y, por último, mostrándose el tutor incapaz, aun siendo fiel, se le une un curador (I, § 5, *de curat.*, I, 23).

En todos los casos, el curador sólo puede hacer actos de gestión que no suplirán a la *auctoritas* del tutor (Paulo, L. 19, D., *de auct. et cons. tut.*, XXVI, 8).

---

129. (1) Esta reacción contra la restitución de los menores se continuó en nuestro Derecho antiguo. Se ve el testimonio en el artículo 1.314 del Código civil, recibiendo su última expresión en el artículo 1.304 del Código italiano así redactado: «Los actos ejecutados de manera designada por la ley, en interés de un menor, de un interdicto o de un incapaz, tienen el poder que hubiesen tenido siendo hechos por un mayor completamente capaz».

130. (1) La emancipación de nuestro Derecho actual, que da al menor una capacidad media, tiene su analogía, no en la emancipación romana, sino en la *venia aetatis*.

N. del T.—Según una disposición de Constantino, era preciso, para la concesión de la *venia aetatis*, la edad de veinte años en el varón y la de dieciocho en la mujer. (Ulpiano, D. IV, 4, 3, pr.: Cod. Teod. II, 17, const. I; y *eod.* 45, const. II.

§ 6.—Reglas comunes a las diferentes curatelas.

132.—1. Antes de comenzar su gestión, los curadores debían cumplir las mismas formalidades que los tutores (V. n.º 109 bis). Así, pues, debían dar *satisdatio* (I., pr., *de satisd., tut.*, I, 24) los curadores legítimos y los que eran nombrados sin información, puesto que sus poderes estaban sometidos a las mismas restricciones. El senadoconsulto de Septimio Severo, que prohibía la enajenación de las *praedia rustica vel suburbana* del pupilo, se extendía a los inmuebles de esta naturaleza pertenecientes a las personas provistas de un curador: locos, pródigos, y menores de veinticinco años (L. 1, § 2, y L. II, D., *de reb. eor.*, XXVII, 9.—V. n.º 116, 2).

2. Durante los primeros siglos, es probable que administrar y rendir cuentas de su gestión sólo fueron para los curadores deberes sancionados por las costumbres. El *crimen suspecti tutoris vel curatoris*, organizado por las XII tablas, garantizaba suficientemente al incapaz contra la infidelidad del curador, aunque la acción *de rationibus distrahendis* no se aplicaba a la curatela, que era, además, de aplicación menos frecuente que la tutela.

Más tarde, la obligación jurídica de rendir cuentas fué sancionada para los curadores, lo mismo que para los tutores, pero no se creó acción especial como la acción *tutelae*. Se aplicó a la curatela la acción dada con ocasión de la gestión de los negocios de otro (V. n.º 438). El curador quedó obligado por la acción *negotiorum gestorum directa*, y tuvo para reembolsarse de sus anticipos la acción *negotiorum gestorum contraria* (1).

3. En cuanto a las garantías concedidas al loco, al pródigo y al menor contra la insolvencia de sus curadores, eran, poco más o menos, las mismas que las del pupilo. Tenían, en efecto: a) El *privilegium exigendi* (L. 25, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3), y bajo Constantino una hipoteca tácita, cuya creación sólo es verdadera para los menores (L. 20, C., *de adm. tut.*, V, 37, año 312); b) La acción *ex stipulatu* en los casos en que el curador se haya visto obligado a dar la *satisdatio* (I., pr., y § 3, *de satisd. tut. vel curat.*, I, 24); c) La acción *subsidiaria* contra los magistrados encargados de exigir fiadores solventes (I., § 2, *eod.)*; d) La *in integrum restitutio*, concedida a los menores como último recurso, y cuyas reglas ya hemos estudiado (V. n.º 126).

Apéndice I.—De la "capitis deminutio".

(I., *de capitis minutione*, I., 16.)

133.—Al estudio de las personas se une una institución muy especial en el Derecho Romano: la *capitis deminutio*.

La personalidad del ciudadano en la sociedad romana comprende tres elementos: la libertad, el derecho de ciudadanía y los derechos de familia o de agnación. Su reunión constituye el estado del ciudadano, designado con las expresiones *status* o *caput* (1). Cuando pierde uno de

---

132. (1) Paulo, L. 4, § 3: L. 13, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3.—Ulpiano, L. 5, § 6. *de adm. tut.*, XXVI, 7; L. 1, § 2, D., *de contr. tut.*, XXVII, 4.

133. (1) Paulo, L. 11, D., *de cap. minut.*, IV, 5: *...Tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.*—La palabra *caput* indica algunas veces la persona física: *servile caput*, pero se emplea más a menudo para expresar la personalidad civil, y los textos dicen en este sentido que el esclavo no tiene *caput*.—I, § 4, ht.: *Servus autem manumissus capite non minuitur quia nullum caput habuit.*

estos elementos se puede considerar que había sencillamente una modificación más o menos grande de su capacidad. Esto es en un punto de vista conforme a nuestras ideas modernas, según las cuales la personalidad humana no se rompe por los cambios de estado que pueda experimentar; pero el Derecho Romano admite otra concepción. La libertad, la ciudadanía y la familia, forman un conjunto necesario en la existencia de la persona del ciudadano. Si uno de estos elementos llega a desaparecer, la persona se extingue. El individuo puede renacer en Derecho con una nueva personalidad, pudiendo decirse que hay en él un cambio de estado, *status permutatio* (2). Pero el resultado esencial es la extinción de la personalidad primitiva; y los jurisconsultos lo expresan diciendo que hay *capitis deminutio* (3). Comparan la *capitis deminutio* a la muerte (4). Pero las consecuencias difieren en varios sentidos, pues en igual caso hay una extinción puramente civil; la supervivencia de la persona en derecho natural produce importantes efectos.

134.- Las causas que conducen a la *capitis deminutio* pueden ser más o menos graves. En efecto, el que pierde la libertad se hace esclavo y ya no tiene ninguna personalidad en Derecho civil, y el que pierde el derecho de ciudadanía no es más que un peregrino, pero queda libre. En fin; el que pierde sus derechos en la familia de la que forma parte queda libre y ciudadano. Puede adquirir, y adquiere, en efecto, una nueva personalidad civil; no hace más que cambiar de estado. Pero en todos los casos, estos resultados son independientes de la *capitis deminutio*, que es una, y cuyos efectos son siempre los mismos.

1. *Causas de la capitis deminutio.*—Para caracterizar, según su gravedad, las causas de la *capitis deminutio*, los jurisconsultos la califican de *máxima*, *media* o *minor* y *mínima* (I., pr. y §§ 1 a 3, *ht.*).

Todas las causas de reducción a esclavitud que hacen perder a la vez la libertad, la ciudadanía y la familia, llevan consigo *capitis deminutio maxima* (V. n.º 64). La *media* resulta de las condenas que hacen perder la ciudadanía y los derechos de familia sin tocar a la libertad (V. n.º 70, II). Y por último, hay *capitis deminutio minima* para toda persona que perdiendo los derechos que tenía en su familia conserva la

(2) Gayo, I, § 159: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio.*—Ad. Ulpiano, XI, § 5.

(3) *Minuere* significa no *disminuir*, sino *destruir*, *aniquilar*. *Capitis minutio* o *deminutio* significa, por tanto, extinción de la personalidad civil, pérdida del estado. La traducción *disminución de cabeza* sólo da una idea inexacta.

(4) Gayo, III, § 153: *...Civili ratione capitis deminutio morti cooequatur.*

N. del T.—La denominación de *disminución de cabeza* proviene de que siempre que se verificaba un cambio de estado se disminuía en una cabeza la ciudad o la clase de hombres libres. Se ha referido al individuo lo que debía decirse de la corporación, y a la inversa, se ha llamado *capite minutus* a aquel respecto del cual se verificaba la disminución. Por lo menos, ésta es la explicación generalmente admitida.

No obstante, Niebuhr da otra, según la cual, cada ciudadano tenía en el registro de los censores o tablas censuales un capítulo *(caput)* donde era inscrito, ya como cabeza, ya como hijo de familia. Cuando un ciudadano perdía su libertad, o aunque sólo fuera la ciudad, se borraba su nombre, era rebajado en su capítulo *(capite minutus)*. Igualmente, cuando un ciudadano pasaba de una familia a otra era borrado del capítulo dedicado a la familia que abandonaba, y había *capitis deminutio*. M. de Fresquet, traduce *capitis deminutio* por disminución de capacidad, cuya expresión parece exacta. Toda *capitis deminutio* implica, en efecto, un decaimiento o pérdida jurídica. Esto es cierto, aun respecto del emancipado, cuya capacidad parece aumentarse más bien que disminuirse, puesto que de *alieni* se hace *sui juris*. Porque no solamente, según Savigny, el emancipado, para llegar a ser *sui juris*, debía pasar por el *mancipium*, es decir, por una esclavitud ficticia *(in imaginariam servitem causam deductos* (L. 3, § 1, D. *de cap. min.)* que llevaba consigo una especie de degradación, al menos en la forma, sino que el emancipado experimentava una pérdida relativamente a la familia que dejaba, puesto que no tenía ya en esta familia los derechos de sucesión y otros afectos a la agnación. Esto explica cómo los hijos del arrogado que pasan con él bajo la potestad del arrogante experimentan una *capitis deminutio*, aunque no hayan pasado por el *mancipium*, y aunque su condición parezca la misma, ya que son siempre *alieni juris*. Han perdido los derechos de agnación en la antigua familia de su padre *(familiam mutaverint)*. (L. 3, D. *eod. ht.).*

libertad y la ciudadanía (Cf. Paulo, L. 11, D., *de cap. min.*, IV, 5). Es en los casos siguientes: a) Cuando una persona *sui juris* se hace *alieni juris;* por ejemplo, si un ciudadano se da en adrogación o si una mujer *sui juris* cae *in manu;* b) Cuando un *alieni juris* se hace *sui juris* por emancipación (1). Pero el hijo de familia, haciéndose *sui juris* por la muerte, esclavitud o la pérdida de la ciudadanía del padre, o por su propia elevación a ciertas dignidades, no sufre *capitis deminutio* (Gayo, III, § 114, *in fine);* c) Cuando un *alieni juris* pasa de una potestad a otra; por eso son *capite deminuti* los hijos del adrogado (L. 3. pr., D., *eod.),* el hijo dado en adopción, la mujer *alieni juris* que cae *in manu* y el hijo dado *in mancipio* (Gayo, I, § 162) (2).

2. *Efectos de la capitis deminutio.*—Cualquiera que sea la causa, la *capitis deminutio* consiste siempre en la extinción de la personalidad civil y produce siempre el mismo efecto, que es la pérdida de los derechos de la persona civil.

Y de esto resultan las consecuencias siguientes: a) Los lazos de agnación y de gentilidad se rompen: el *capite minutus* sale de su familia y de su *gens.* Pierde los derechos de sucesión, de tutela y de curatela, unidos a su cualidad de agnado y de *gentilis* (Gayo, I, § 163.—Cicerón, *Topic,* 6). La *capitis deminutio* del patrono o del manumitido extingue también los derechos de patronato (Gayo, III, §§ 51 y 83); b) El *capite minutus* pierde todos los bienes que componían su patrimonio. Estos bienes se adquieren: por el señor, cuando haya caído en esclavitud (L. 7, § 2, D., *de cap. min.*, IV, 5); por el Estado, a consecuencia de las condenas que hacen perder la libertad o la ciudadanía, y que llevan consigo la confiscación (L. 1, D., *de bon. damnat.*, XLVIII, 20); al adrogante o al marido, en caso de adrogación o de *conventio in manum* de una mujer *sui juris* (Gayo, III, § 83). Por excepción, los derechos de usufructo y de uso, atados a la persona del *capite minutus,* terminan con ella (3); c) En fin, sus deudas se extinguen (4) y subsisten solamente, por razón de orden público, las deudas que resultan de sus delitos (V. n.º 446, nota 1).

Pero la *capitis deminutio* no aniquila a la persona, nada más que en Derecho civil privado, pues en Derecho natural sigue subsistiendo. El *capite minutus* conserva, por tanto, los derechos de cognación agregados al parentesco natural, quedando obligado, naturalmente, con sus acreedores (5). Los derechos públicos y políticos se respetan también por la *capitis deminutio;* si los pierde en caso de *capitis deminutio maxima* o *media,* es, porque cesa al mismo tiempo de ser ciudadano (L. 5, § 2, y L. 6, D., *eod.).*

La extinción de las deudas del *capite minutus* era un resultado molesto e injusto para los acreedores, lo cual remedió el pretor. Si se trata de una *capitis deminutio mínima,* la considera como no existente, y restituye a los acreedores sus acciones contra el *capite minutus* (V. n.º 700,

---

134. (1) Con las formas antiguas de la emancipación había una *capitis deminutio* distinta para cada *mancipatio* y para cada *manumisión.*—Gayo, I, § 162.—Pero el esclavo que manumite su amo no es *capite minutus,* pues no tiene personalidad civil.—Paulo, L. 3, § 1, D., *de cap. min.*, IV, 5.—I, § 4, ht. (V. n.º 133, nota 1).

(2) Según vemos por esta enumeración, y a pesar de la opinión contraria de varios autores, no es necesario para que haya *capitis deminutio* que la capacidad del *capite minutus* se disminuya o que descienda a una condición inferior. Según ellos, el hijo que pasa de una familia a otra no sería *capite minutus,* lo que se contradice con los textos citados, sobre todo por Paulo (L. 3, pr. D., ht.) y por Gayo (I, § 162).

(3) Gayo, III, § 83.—V., sin embargo, para el Derecho de Justiniano el n.º 233, 2.

(4) Por excepción, ciertas deudas se le cargaban al adrogante (V. n.º 700, 2).

(5) Gayo, I, § 158: *Sed agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civili ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*—Ulpiano, L. 2, § 2, D., *eod: Hi qui capite minuuntur... manent obligati naturaliter...*

2 y nota 2). En caso de *capitis deminutio maxima* o *media*, los acreedores pueden ejercer sus acciones contra los que han recogido los bienes del deudor reducido a esclavitud o privado del derecho de ciudadanía (6).

Apéndice II.—De la infamia.

135.—La *infamia*, de la cual puede ser tachado un ciudadano romano, no suprime su persona civil, como la *capitis deminutio*. Es únicamente un ataque a la consideración que disfruta en la sociedad, que implica para él pérdidas más o menos graves (1). Pudo ser resultado al principio de alguna decisión de los censores o de la ley; y terminó por ser una consecuencia del edicto del pretor.

1. Fuera de las operaciones del censo y de clasificación del pueblo, los censores, en tiempo de la República, tenían el poder discrecional de excluir del senado a un senador o a un caballero de la orden ecuestre. Podían también excluir al ciudadano de las centurias, y privarle del derecho de sufragio (2). Los motivos de estas medidas tan rigurosas eran, por ejemplo: la intemperancia, el perjurio, el lujo y la negligencia en la gestión del patrimonio. Esta mancha *(nota censoria)* podía borrarse por alguna decisión de los censores siguientes.

2. Hacia el fin de la República, y bajo el Imperio, leyes penales, tales como la ley *Julia repetundarum*, la ley *Julia de vi* y otras, tachaban de infames a los condenados en materia criminal. Esta infamia tiene por consecuencia graves incapacidades, pues no pueden ser ni senadores ni decuriones; su acceso a los cargos públicos les está prohibido en absoluto, como también están incapacitados de ser jueces y testigos (3).

3. El edicto del pretor negaba a ciertas personas el derecho de pedir en justicia *(postulare)* por otras, o de constituirse en *cognitor* o en *procurator*, desempeñando ellas mismas ese papel. Entre las causas de esta pérdida de ese derecho se pueden señalar: las condenas criminales y ciertas condenas civiles que implican la mala fe del demandado; las faltas de inmoralidad, como la bigamia; el ejercicio de ciertas profesiones, como el de comediante y gladiador. Estas personas, además de la incapacidad de que estaban afectadas por el edicto, no podían ejercer acciones populares (Paulo, L. 4, D., *de pop. act.*, XLVII, 23).

Se terminó por considerar como tachadas de infamia las personas de esta manera indicadas en el edicto del pretor, aplicándolas las mismas prescripciones que a las que ya estaban declaradas infames por la ley (4).

---

(6) Ulpiano, L. 2, pr., D., *de cap. min.*, IV, 5: *...Ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum; neque possunt hi penitus conveniri; dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum.*

135. (1) La consideración pública del ciudadano se llama *existimatio*.—Callistrato, L. 5, D., *de var. et extraord.*, L. 13: *Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.*—La infamia se llama también *ignominia, turpitudo, levis nota* (L. 27, C., *de inof. test.*, III, 28), y las personas que de ella son tachadas, *personae turpes*.

(2) Los ciudadanos así excluidos de todas partes estaban inscritos fuera de los registros del censo, en unas tablas llamadas *tabulae Ceritum*, en recuerdo de los habitantes del municipio de Ceres, que tenían el derecho de ciudadanía romana *sine suffragio* (Aulo Gelio, *Nuits at.*, XVI, 13). Se les llamaba *aerarii*, porque no pagaban más que un impuesto proporcional a su fortuna, como los ciudadanos de las cinco clases, pero estaban gravados con una contribución arbitraria (Asconio, *Divin in Coecil.*, 3).

(3) Cf. Cicerón, *Pro Cluentio*, 42.—L. 1, pr., D., *ad leg. Jul. de vi*, XLVIII, 7.—L. 6, § 1, D., *ad leg. Jul. repet.*, XLVIII, 11.

(4) Es por esta razón por lo que los redactores del *Digesto* han hecho de la lista de las personas incapaces de *postulare pro alio* una lista de las personas clasificadas de infamia,

La infamia que resulta de la ley o del edicto duraba hasta la muerte. Sin embargo, los efectos podían ser borrados por una decisión del senado o del emperador (Ulpiano, L. 1, § 10, D., *de postul.*, III, 1).

Apéndice II bis. (1).

1. Extinción natural de las personas físicas.

Las personas físicas concluían o se extinguían por la muerte natural, ya que, si la capacidad jurídica va aneja a la existencia del hombre, la muerte tiene que extinguirla. Mas en este punto, y por lo que afecta a nuestro Derecho Romano, sucedía una cosa particular, y era que la muerte del individuo ordinariamente no hacía desaparecer su *personalidad jurídica*, pues pasaba a sus sucesores testamentarios o legítimos (2).

Ahora bien, esa muerte o fallecimiento de una persona que por regla general extingue la personalidad, es un hecho, y como tal era preciso probarle, necesitando ser confirmado para que produjera efectos jurídicos. De aquí que en el Derecho de Roma, una vez probada la existencia de una persona, no se presumía nunca su muerte, y, por consiguiente, tenía la obligación de justificarla aquél a quien interesaba. Sin embargo, algunos pasajes del Derecho Romano indican la edad de cien años como la más larga que puede tener un hombre.

No es siempre posible, en ocasiones determinadas, la prueba del fallecimiento de una persona, y por ello, cuando es difícil semejante demostración, el Derecho llegó a prever esta dificultad, estableciendo presunciones más o menos fundadas.

El caso más grave de presunción es el relativo a la muerte de dos personas que sucumbieron en una catástrofe y llamadas recíprocamente a sucederse, importando, por tanto, determinar quién de ellas ha muerto primero.

Cuando estas personas perecían al mismo tiempo y no podía determinarse cuál de ellas muriera antes, había que distinguir, pues si la duda existía respecto a personas extrañas entre sí, se presumía murieron al mismo tiempo; mas si la duda era entre padres e hijos, se reputaba que el impúbero había muerto antes que el padre y que el púbero muriera después, sin diferencia en el género de muerte (3).

También se estableció, aun cuando se trataba de personas que no eran, respectivamente, padres e hijos, y la adquisición del derecho de una estaba, por su naturaleza, sujeta a la condición de haber muerto la otra, no podía invocarse este derecho sin demostrar la muerte anterior de la segunda (4); pero si una persona había recibido de otra una cosa, cuya adquisición definitiva dependía de no haberse revocado el acto durante la vida, se suponía muerto antes el donante (5).

Claro es que al establecer tales presunciones se tomó por fundamento

---

que atribuyen falsamente al edicto del pretor.—L. 1, D., *de his qui notantur infamia*, III, 2: *Praetoris verba dicunt; infamia notatur qui...*—La interpolación se demuestra por un texto de las Instituciones de Gayo, IV, § 182... *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit: sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere item procuratio aut cognitorio nomine judicio intervenire ignominiosus esse dicitur.*

(1) Original del traductor.

(2) V. Winscheid. Pand, § 53.—Dernburg. Pand, § 50.—Fadda. Notas a Winscheid. título I. pág. 732.

(3) D., 34, 5, 9, § 1, 2, 4.

(4) D., 34, 5, 46, 17, 18.

(5) D., 34, 5, 8.

la mayor fuerza y resistencia de las personas sorprendidas por acontecimientos desusados, pero no cabe duda era muy aventurado el estatuirlas, porque la fuerza y resistencia *son factores insignificantes* para el hecho de sobrevivir en sucesos de esta índole, razón por la cual el Derecho moderno tiende a no establecer presunciones como lo hizo Roma.

Por lo demás, los medios de prueba para justificar las presunciones del Derecho Romano no están señalados por modo especial por sus leyes, como tampoco estableció la presunción de muerte de una persona en los casos de ausencia prolongada de la misma con ciertas condiciones.

2. Otras circunstancias que influían en los derechos de las personas.

Independientemente de la capacidad civil, las leyes romanas consideraban en los hombres ciertas cualidades y circunstancias que, sin alterar su estado, diversificaban su posición y modificaban sus derechos.

Las aludidas circunstancias o situaciones no privaban al sujeto de su capacidad para tener derechos u obligaciones, aunque sí para poder ejercitarlos, razón por la cual distinguieron los comentaristas la capacidad jurídica propiamente dicha, de la capacidad de obrar, y eran de muchas clases; algunas, de las que asimilaban al que las sufría al esclavo propiamente dicho. Así, el *iudicatus* o *addictus*, deudor insolvente entregado al acreedor; las *personae in mancipio*, que eran libres, pero vendidas dentro de Roma por el *paterfamilias;* el *statu liber* o esclavo vendido bajo condición o término no cumplidos, o el *homo liber bona fide serviens*, esclavo erróneamente de otro; los *glebae adscripti*, colonos adscriptos perpetuamente a la tierra, y el *redemtus ab hostibus*, rescatado al enemigo por precio de tercero sin resarcimiento.

Pero más especialmente, las cualidades o circunstancias a que nos venimos refiriendo son las que a continuación pasamos sucintamente a examinar.

A. *Sexo.*—Respecto a esta causa modificativa de la capacidad jurídica, el Derecho privado establecía limitaciones en la capacidad jurídica de la mujer. En el Derecho público, las mujeres estaban absolutamente excluídas de todos los derechos. Y en el privado, en los tiempos primitivos estaban siempre sometidas al poder de sus padres o maridos, y si las circunstancias hacían que fuesen libres, *matres familias*, se hallaban sujetas a tutela perpetua. Posteriormente, esta tutela perpetua se fue alterando desde los tiempos ya de la República hasta desaparecer enteramente, y los adelantos de la civilización fueron también aumentando la consideración de las mujeres. Pero siempre quedaron muchas distinciones legales, y además, aun en cuanto al Derecho privado, se distinguían los hombres en varias cosas, pues, por ejemplo, las mujeres llegaban a la pubertad antes que los hombres, y aunque, por regla general, los derechos de ambos sexos eran iguales, aquéllas *gozaban de algunos privilegios, así como también tenían algunas* incapacidades, que serán estudiadas en las Instituciones de modo especial.

B. *Edad.*—Es esta circunstancia una de las que más influyen en la capacidad de obrar de los derechos, ya que el negocio jurídico, para que exista, precisa una intención y una voluntad desarrolladas plenamente, y la ley, racional y prudentemente, exige que se exteriorice debidamente la intención de aquél que realiza un acto de Derecho para poder producir éste sus naturales efectos.

Eran los hombres, respecto a esta cualidad, según Derecho de Roma, o *impúberes*, que no habían logrado todavía la aptitud natural para procrear, o *púberes*, plenamente capaces para toda clase de negocios jurídicos, y que tenían tal condición a los catorce años los varones y a los doce las hembras.

Dentro de los primeros, *impúberes*, eran considerados como *infantes* hasta la edad de los siete años, sin distinción de sexos (6), *qui fari non potest*, siendo seres absolutamente incapaces de realizar actos jurídicos, careciendo de eficacia sus declaraciones, no pudiendo ser sujetos activos de delitos y obrando respecto a su patrimonio por ellos el tutor, si son *sui iuris*, o su *paterfamilias*, si son *alieni iuris*. Desde los siete años eran propiamente *impúberes* los varones hasta los catorce años, y las mujeres hasta los doce cumplidos (7), dividiéndose, respecto de unos y otros, los años intermedios en *próximos a la infancia*, *impúberes infantiae maiores* y *proximos a la pubertad*, *impuberes pubertati proximi*, según que se acercaban más a los siete años o a los catorce o doce, respectivamente (8); el próximo a la infancia puede realizar por sí actos que le reporten beneficios en su patrimonio, valiéndose del tutor para todos los demás, ejercitando éste su *auctoritas*, y no pudiendo realizar tal impúber, ni aun con la asistencia de su tutor, determinados actos, como el matrimonio o el testamento. El próximo a la pubertad respondía de algunos actos delictivos, debiendo hacer efectivas las responsabilidades de los mismos dimanantes.

Se decían púberes, o menores de edad, desde los catorce o doce años, respectivamente, varones y mujeres, hasta los veinticinco, en que principiaba la mayor edad sin distinción (9); pero se distinguían a su vez en dos categorías: los púberes, menores de veinticinco años, *minoris viginti quinque annis*, y los púberes, mayores de esta edad, *maiores viginti quinque annis*, que si bien en el antiguo Derecho tenían todos capacidad plena, vistos los inconvenientes de tal medida, quedó reducida su capacidad al matrimonio y al testamento, necesitando para los demás actos valerse de un *curator*, y resultando que, en definitiva, sólo los púberes mayores de veinticinco años son plenamente capaces.

Y, por fin, existía también la *vejez*, que libertaba de los cargos públicos, y principiaba en los setenta años cumplidos (10) y (11).

C. *Estado de salud o enfermedad.*— Figura la enfermedad como una de las importantes causas modificativas de la capacidad de obrar, pues el hombre debe de tener conciencia de sí mismo y ser ente de razón, y si sus facultades físicas o intelectuales sufren por cualquier motivo una limitación, ello modifica o altera la capacidad civil de la persona o sujeto.

La presunción, *iuris tantum*, que el Derecho establece, es la de conceder a todas las personas capacidad civil y considerarlas normales y perfectas, con aptitud física y psíquica bastante para tener, disfrutar y ejercitar derechos, de modo que siempre ha hecho falta una prueba en contrario de la citada presunción.

El estado de salud o enfermedad unas veces impide la realización del acto, afectando entonces a la capacidad de derecho, o también en otras ocasiones limita el ejercicio de los derechos, suspendiéndole mientras la enfermedad dura.

---

(6) C., 8, 18, 8.
(7) C., 5, 60, 3.
(8) D., 50, 17, 111 pr.
(9) C., 6, 53, 5.
(10) D., 50, 6, 3.
(11) V. Winscheid. ob. cit. t. I. págs. 54 y 71.—Girad. Man. pág. 209.— Tumedei. Distinzioni postclassiche riguardo leta. 1922.

Nuestro Derecho Romano atribuyó a la enfermedad la misma consideración de causa *modificativa* de la capacidad de obrar (12). La sanidad del cuerpo puede faltar, como decían aquellos legisladores, o por enfermedad, propiamente dicha, *morbus*, o por efecto permanente del cuerpo, *vitium*.

Atendiendo los romanos a los dos elementos que integran el organismo humano, clasificaban las perturbaciones por razón del cuerpo y del espíritu. Distinguían por el primer elemento los *impotentes, castrados, sordos, mudos, sordomudos* y *ciegos* y los que estaban afectados de una enfermedad perpetua (13), y con relación a las enfermedades mentales, comprendían a los furiosos, locos, dementes y pródigos (14).

Es de observar que en el Derecho Romano las enfermedades corporales no tienen influencia sobre los derechos de las personas sino en el caso de que constituyan enfermedades permanentes, pero sí la mental en todo caso, aunque siempre en proporción a su intensidad.

Una situación semejante a la enfermedad mental era la de los pródigos, a quienes por la dilapidación de sus bienes se les privaba de la administración de sus bienes, dándoles el derecho un *curator*, igual que a los locos.

D. *Religión.*— Era la religión que se profesaba otra causa de modificación de la capacidad civil, que en la época pagana no afectaba a la capacidad jurídica relativa al Derecho privado, y sí tan sólo en el Derecho público, en su esfera penal, por el derecho de coerción de los magistrados en la época imperial de las persecuciones contra los cristianos.

Pero proclamado el Cristianismo como religión oficial, ya se ven en el Derecho Romano bizantino numerosas limitaciones impuestas en el Derecho privado a que están afectos los paganos, herejes, apóstatas y judíos, de tal modo que la capacidad civil plena está reservada para los cristianos ortodoxos. A los que no lo son, se les prohibe tener esclavos cristianos, se les señala incapacidades para celebrar matrimonio, no pueden adquirir por testamento, y hasta incluso ser testigos en las vías de recurso o procedimientos judiciales.

E. *Condición de las personas.*—Influían también en los derechos el *orden* a que uno pertenecía, la *dignidad* de que cada uno estaba revestido, el *estado* y la *profesión* que ejercía.

Así, numerosos privilegios pertenecen a los militares, sobre todo en materia hereditaria. Por otro lado, son infames de derecho los actores, los usureros y los deudores cuyos bienes han sido vendidos públicamente (15). Están tachados con una infamia secundaria, *levis nota*, los hijos de los actores, los manumitidos y sus hijos, los que ejercían ciertas profesiones mal reputadas y las personas de condición ínfima (16), o *plebei*, en sentido restringido.

F. *Domicilio.*—La noción del domicilio se determina por la residencia legal o jurídica de cada uno, el pueblo donde se suponía que estaba siempre, y era aquel en que la persona residía de ordinario y en donde tenía sus bienes, familia o su ocupación diaria. Presenta una Constitución de Diocleciano y Maximiano una elegante descripción del domicilio (17): *«ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summan*

(12) V. Winscheid, Savigny, Dernburg, obs. cits.—Van Weter. *Derecho Romano*. Trad. Michelens.
(13) D., 50, 6, 3.—D. 50, 6, 101, § 2.
(14) D., 27, 10, 1 pr.
(15) D., 3, 2, 1 in.—C. 2, 12, 20.—C. 2, 12, 11.
(16) C., 5, 5, 7.—D., 3, 2, 4, § 2.—D., 50, 2, 12.
(17) C., 10, 39, 7.

constituit; unde non discessurus si nihil avocet; unde cum profectus est peregrinari videtur; quod si rediit peregrinari iam destitit».

Era cuestión de muy grande interés el saber cuál era el domicilio legal de cada individuo, principalmente en los tiempos en que los pueblos se diferenciaban tanto por razón de las concesiones más o menos amplias del *ius civitatis*. Posteriormente desapareció este interés en cuanto al Derecho público; pero en cuanto al privado, conservó siempre gran importancia.

Se diferenciaba el domicilio de la residencia, pues ésta, siendo habitual de una persona, es el lugar donde ella está, a menos de ser llamada a otra parte (18), resultando la residencia un simple hecho de permanencia, mientras que si se trata de saber cuál es el domicilio de una persona, es necesario preguntar dónde está el centro de sus negocios, su principal establecimiento (19).

En general, toda persona tiene un solo domicilio, a excepción de los vagabundos, que no tienen ninguno (20); pero se tienen dos domicilios si se poseen al mismo tiempo dos establecimientos en lugares diferentes, sin que se pueda decir cuál de ellos es el principal (21).

Existía un domicilio de *origen*, que es el que la persona adquiere por virtud del nacimiento, y que para los hijos legítimos es el del *pater familias*, y para los ilegítimos el de su madre (22). Y también había un domicilio *necesario*, si era forzosa la residencia en cierto punto, y otro *voluntario*, que era el que la persona adquiría a su voluntad, traspasando a alguna parte su establecimiento principal. No exige sólo este último un cambio de residencia, sino, además, la intención de fijar en la nueva residencia el centro de sus negocios, resultando, por tanto, que tal cambio es una pura cuestión de hecho quedada a la apreciación del juez.

En su consecuencia, para fijar un domicilio voluntario se requería que la persona se estableciese realmente en un lugar y tener la intención de permanecer en él hasta que razones particulares le moviesen a dejarlo (23), y de aquí que, en otro caso, el domicilio fuese necesario o legal, que algunas personas tenían en un lugar determinado, porque la ley presumía que allí tienen su establecimiento principal. Tales eran: los *desterrados*, en el lugar de su destierro, o los *deportados* y *relegados* allí donde cumplen su pena (24); los *soldados*, en el punto donde están de guarnición (25); los *funcionarios públicos*, en donde ejercían sus destinos, siendo vitalicios e inamovibles; conservando su antiguo domicilio al lado del domicilio legal (26): las *mujeres casadas*, en el de sus maridos (27); los *hijos de familia*, o impúberes bajo potestad, en el de sus padres, a no ser que se hubiesen establecido en otra parte con el consentimiento de aquéllos (28); los *impúberos sui iuris*, en el de la persona encargada de su educación (29), y, por último, los *enajenados*, en la casa de su curador (30).

Un efecto importante de la determinación del domicilio se encuentra en que el juez del domicilio de una persona es competente para conocer

(18) C., 10, 39, 7.
(19) D., 50, 1, 27, § 1.
(20) D., 50, 1, 27, § 2.
(21) D., 50, 1, 27, § 2 in.
(22) D., 43, 30, 1 pr. y 3 pr.—D., 1, 5, 19.
(23) D., 50, 1, 17, 13, 20.
(24) D., 50, 1, 22, § 3.—D. 50, 1, 27, § 3.
(25) D., 50, 1, 23, § 1.
(26) D., 50, 1, 22, § 1.—C. 10, 39, 8 y D., 1, 9, 11.
(27) D., 50, 1, 22, § 1., y D., 50, 1, 38, § 3.
(28) D., 50, 1, 3 y 4.
(29) D., 27, 2, 1 pr.
(30) D., 27, 10, 7 pr.

las acciones dirigidas contra ella, *actor sequitum forum rei*, y también que los acreedores de una sucesión pueden también perseguir al heredero en el último domicilio del causante o *decuius* (31), (32).

G. *Parentesco.*—La idea de parentesco, *cognatio*, supone un lazo o vínculo entre dos personas que descienden la una de la otra o bien de un tronco común. Con arreglo, por tanto, a esta noción, los parientes lo eran, o porque unos descendían de los otros, ya inmediatamente, ya mediando alguna persona, o porque sin descender unos de otros procedían, sin embargo, del tronco común (33).

En el primer caso antes señalado, formaban entre sí los parientes lo que se llamaba la línea *recta* o *directa* (34), la que se denominaba *ascendente* o *superior* cuando se contaban sólo las personas de quienes procedía una persona dada, y *descendente* o *inferior* si se contaban sólo las que descendían de la misma (35). En el segundo caso se formaba la línea *colateral* u *oblicua*, *línea transversa vel obliqua*, y los parientes que sin descender unos de otros procedían de un tronco común se llamaban colaterales (36).

Se hablaba también del *grado*, es decir, de la distancia que existe de un pariente al otro, determinándose éste, según el Derecho Romano, por el principio de que cada generación formaba un grado, y, por consiguiente, dos parientes distaban tantos grados entre sí cuantas generaciones era preciso contar hasta unirlos con el tronco común (37): *tot sunt gradus, quot sunt generationes*, y en la línea colateral se hacía el cálculo de generaciones sumando las dos series de generaciones que separan, respectivamente, a cada pariente del tronco común (38). Así, pues, el padre y el hijo, por ejemplo, estaban en primer grado, el abuelo; y el nieto en el segundo, unos y otros de la línea recta, y los hermanos estaban en segundo grado, el tío y el sobrino en tercero, y los primos o hijos de hermanos en cuarto, de la línea colateral (39).

Utilizaron los romanos para designar el parentesco, según el grado y la línea, diversos nombres, en relación a las personas a quienes se hacía referencia, que eran los mismos que, traducidos literalmente, usamos en el lenguaje moderno. Así, *pater*, padre; *mater*, madre; *avus*, abuelo; *proavus*, bisabuelo; *abavus*, tatarabuelo; *avia*, abuela; *proavia*, bisabuela; *abavia*, tatarabuela; *filius*, hijo; *filia*, hija; *nepos*, nieto; *pronepos*, biznieto; *abnepos*, tataranieto; *alnepos*, cuarto nieto; *frater*, hermano; *soror*, hermana; *patruus*, tío; *amita*, tía paterna, y *matertera*, tía materna.

Por otra parte, la cognación se distinguía, además, en *legítima* o *ilegítima*, según procedía de legítimo matrimonio o de concubinato u otra unión ilegítima, y también, en la línea colateral, se llamaban *germanos* los parientes que procedían de un mismo padre y de una misma madre, y *unilaterales* los que descendían de una misma persona, pero de matrimonios diferentes, en cuyo caso tomaban la denominación de *consanguíneos* si el padre común era el varón (40), y *uterinos* si lo era la mujer (41). En el antiguo Derecho Romano, los germanos y los consanguíneos tenían sobre los uterinos la ventaja de ser agnados, y por

(31) C., 3, 19, 3 in.
(32) D., 5, 1, 19 pr.
(33) D., 38, 10, 4, § 1.
(34) Paulo, IV, 11, § 7 in.
(35) I., 3, 6, pr. in.
(36) C., 5, 27, 9, § 1.—Nov., 118, 2, 3.
(37) C., 35, 5, 2.—I, 3, 6, § 7.
(38) D., 38, 10, 10, § 9.
(39) D., 38, 10, 1, §§ 3, 4, 5, 6 y 7.
(40) I., 3, 2, 1.—D. 38, 16, 2 pr.
(41) Nov., 118, 2, 3.—D., 38, 10, 10.

efecto de esta asimilación de los consanguineos a los germanos las fuentes dan con frecuencia a unos y otros el nombre de *consanguinei*.

Podía darse el caso asimismo de que dos personas estén unidas por varios vínculos de parentesco (42), y por ello, al lado del parentesco llamado *simple*, en el que los parientes lo eran de un sólo modo, existía el parentesco *doble* o *múltiple*, en el que los parientes lo eran de varios y diversos modos. Este parentesco doble se constituía cuando dos personas parientes entre sí, o al menos parientes de otra tercera que lo era de ambos, procreaban hijos, o cuando una misma persona procreaba hijos con otras dos parientes entre sí, o también, finalmente, cuando dos parientes procreaban hijos con otras dos parientes también.

El parentesco antes descripto da lugar, como se observará en el estudio de las Instituciones, a la sucesión *abintestato*, a la tutela legítima, a la prestación de alimentos, a impedimentos para el matrimonio, al beneficio de competencia y a la dispensa de declarar en juicio.

La cognación así expuesta creaba los parientes naturales, o sean los ligados por el vínculo de la sangre, a diferencia de los civiles, que eran los parientes por adopción, y tales parientes naturales, como ya antes se ha dicho, eran a su vez o *iusti vel legitimi liberi*, legítimos, o *non iusti vel legitimi liberi*, ilegítimos. Ahora bien, estos últimos comprendían los hijos *concubinarios*, llamados en las fuentes *liberi naturalis* (43), habidos en concubinato; los *adulterinos*, *adulterini* (44), provenientes del adulterio de una mujer casada, ya que en el adulterio del hombre casado es imposible hacer constar la filiación adulterina que pueda resultar, puesto que la cómplice del marido puede tener otro padre que no sea éste; los hijos *incestuosos*, *incestuosi*, que provienen de una unión prohibida por causa de parentesco (45), y, por fin, los *bastardos ordinarios*, que son los demás hijos ilegítimos. Todas estas categorías se denominan *spurii vel vulgo concepti* (46).

Todas estas categorías o figuras jurídicas de filiación tenían su importancia ante el Derecho. De igual modo que el vínculo de la sangre sobre que descansa, el parentesco natural era indestructible (47), no terminando sino por la muerte natural o por consecuencia de la pérdida de la libertad o de la ciudadanía (48), mientras que el parentesco civil concluye cuando la adopción desaparece (49). En virtud de una presunción legal, los hijos legítimos tienen a la vez padre y madre ciertos, porque se considera que tienen por padre al marido de su madre, *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* (50), y están sometidos a su potestad (51) y siguen su condición (52), mientras que los hijos ilegítimos tienen su madre cierta (53) y gozan para con ella de todas las ventajas del parentesco (54). Pero, en general, no tienen padre ante la ley, ni siquiera en virtud de un reconocimiento (55), tampoco pueden ser legitimados, nacen *sui iuris*, y siguen la condición de su madre (56). Este máximo rigor sólo disminuye con los hijos concubinarios, pues

(42) D., 38, 10, 10, 4.
(43) I., 3, 6, 13 in.
(44) D., 48, 5, 11, § 9.
(45) I., 1, 10, 1 in.
(46) D., 50, 17, 8.
(47) D., 1, 5, 23.
(48) D., 38, 10, 4, § 11.
(49) I., 2, 13, 4 in.
(50) D. 2, 4, 5.
(51) I., 1, 9 pr.
(52) D., 1, 5, 19 in.
(53) D., 2, 4, 5 in.
(54) I., 1, 10, 12.
(55) I., 1, 10, 12.
(56) Nov., 89, 15 pr.—I., 1, 10, 12.—D., 1, 5, 19.

éstos pueden ser reconocidos por su padre (57), y, en tal caso, permaneciendo *sui iuris* y sometidos a la condición de su madre, gozan para con su padre del derecho a alimentos, de un derecho de sucesión *abintestato* restringido (58) y son admitidos al beneficio de la legitimación.

Por lo demás, la cognación era diferente de la agnación y esta distinción de parientes era capital en la antigua Roma, ya que los cognados, frente a su familia civil, eran considerados como extranjeros, no llegando a la herencia *abintestato* ni a la tutela legítima. En el Derecho de Justiniano han sido asimilados bajo estos dos aspectos a los agnados, y, por lo demás, la importancia de la agnación vino decreciendo, quedando restringida a algunos casos particulares.

H. *Afinidad.*—Figura esta relación, llamada afinidad, *affinitas*, como parental en cierto modo, constituída por el vínculo existente entre cada cónyuge y los parientes del otro: *affinis sunt viri et uxoris cognati* (59). La citada relación, por tanto, se establece, por la unión de los dos sexos, entre uno de los cónyuges y los parientes de su conjunto. Por consecuencia, la afinidad requiere: de un lado, un matrimonio válido, y de otro, un vínculo de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero (60); y supuestas estas condiciones, a consecuencia de la comunidad de vida que crea el matrimonio, los parientes de cada cónyuge vienen a ser casi parientes del otro, y así, los parientes del marido vienen a ser afines de la mujer, y los de ésta del marido (61).

Como dicha afinidad, denominada también *alianza*, no se constituye por el nacimiento, propiamente hablando, no tiene grados (62); pero, sin embargo, la idea de unidad entre los cónyuges y el que sea casi un parentesco ha hecho que se considerasen como grados las distancias que median entre los afines (63), y, según esto, un cónyuge estaba en tantos grados de afinidad con un pariente del otro cuantos fuesen los de consanguinidad que separaban a los dos últimos (64).

Se designaba la afinidad con diferentes nombres, según el grado de consanguinidad a que se refería, tales como *socer*, suegro; *socrus*, suegra; *gener*, yerno; *nurus*, nuera; *vitricus*, padrastro; *noverca*, madrastra; *privignus*, hijastro; *privigna*, hijastra; cuyos nombres, lo mismo que los de la cognación, se han conservado en la actualidad.

No existe afinidad entre el marido y la mujer (65), pues la relación conyugal es una relación *sui generis* distinta del parentesco y de la afinidad, no pareciéndose ni al uno ni a la otra, resultando imposible determinar el grado de afinidad entre los cónyuges; sin embargo, debe advertirse que este extremo ha sido muy discutido, manifestando en contra su opinión autores respetabilísimos (66). Tampoco hay afinidad entre los parientes del marido y los parientes de la mujer (67), ni entre cada cónyuge y los afines del otro (68).

En cuanto a los efectos de la afinidad, da lugar en ciertos casos a una obligación alimenticia, a impedimentos para el matrimonio y a dispensa para declarar en justicia.

Por último, fundada la afinidad en un matrimonio y en un vínculo

(57) Nov., 89, 12 y 15.
(58) Nov., 89, 12, §§ 4 y 6.—C. 5, 27.
(59) D., 38, 10, 4, § 3.
(60) D., 38, 10, 4, §§ 3 y 8.
(61) D., 38, 4, 10, § 3.
(62) D., 38, 10, 4, § 5.
(63) D., 38, 10, 10 pr.
(64) C., 35, 5, 3.
(65) D., 38, 10, 4, § 3.
(66) V. Puchta. Pand. § 43.—Maynz. *Curso de Derecho Romano*. t. I, pág. 104. Traducción de Pou y Ordinas.
(67) I., 1, 10, 8.
(68) D., 38, 10, 4, § 3.

de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero, debe cesar con este matrimonio y con este parentesco (69). Siempre los impedimentos para el matrimonio no se revelan entre los afines, sino después de la disolución del matrimonio, ya que no tienen objeto mientras el matrimonio subsista, puesto que una segunda unión es imposible a causa de la prohibición de la poligamia (70).

I. *Consideración civil.* — Para terminar, y como complemento y ampliación del Apéndice II del texto, hemos de hacer algunas consideraciones respecto a esta causa modificativa de la capacidad de obrar, necesaria en Roma, además de los tres estados que constituían la ciudadanía romana.

Consistía la *consideración civil*, sin que esta noción fuera propiamente jurídica, en el juicio formado acerca de un ciudadano, al objeto de que su honor no estuviese manchado por alguna nota infamante, y la integridad de aquel honor constituía el denominado *status illaesae existimationis* (71).

Sin la existimación no podía gozarse de la plenitud de todos los derechos civiles y políticos, y podía perderse enteramente, como sucedía siempre en los casos de capitis diminución máxima o media (72), porque era consecuencia del carácter de ciudadano, que se perdía por aquéllas, y podía también disminuirse simplemente, en cuyo caso el ciudadano sólo quedaba privado de algunos derechos particulares, civiles o políticos (73).

Las alteraciones que podía sufrir la existimación eran de tres clases: *infamia de derecho, infamia de hecho o torpeza* y la *nota leve, infamia, turpitudo, levis nota.* Respecto a la primera de ellas, eran infames todas las personas expresamente designadas como tales en las leyes o en el edicto del pretor a causa de su profesión vergonzosa o de algún delito. Las personas señaladas con esta nota eran *infames* (74), pero había que distinguir dos especies de casos.

En unos se incurría en infamia inmediatamente, sin necesidad de juicio ni de condenación judicial, tan sólo por el hecho de haber cometido el delito o abrazado la profesión infamante, *infamia de derecho inmediata*, y en este caso estaban los que por precio salían al teatro o a los combates (75), los que comerciaban con la prostitución (76), las mujeres públicamente prostituídas (77), los sodomitas voluntarios (78), los mayores de edad que quebrantaban una transacción jurada y libremente consentida (79), los usureros (80), los polígamos (81), las viudas que se casaban antes de concluirse el año de luto (82), los tutores que antes de la mayor edad de sus pupilas se casaban con ellas o casaban a sus hijos, quienes quedaban también infames (83); las adúlteras cogidas *in fraganti* (84), los deudores insolventes que no hacían voluntá-

(69) D., 38, 10, 4, § 11.
(70) I., 1, 10, 6 y 7.
(71) D., 50, 13, 5, § 1.
(72) D., 50, 13, 5, §§ 2 y 3.
(73) D., 48, 7, 1 pr.
(74) D., 111, 2.—C. 11, 12.
(75) D., 111, 1, 1, § 6.
(76) D., 111, 2, 4, § 2.
(77) D., 111, 2, 24.
(78) D., 111, 1, 1, § 6.
(79) C., 11, 4, 41.
(80) C., 11, 2, 20.
(81) D., 111, 2, 13, §§ 1, 2, 3 y 4.
(82) D., 111, 2, 11, § último.
(83) D., 23, 2, 66 pr.
(84) D., 23, 2, 43, §§ 12 y 13.

riamente cesión de sus bienes (85) y los soldados privados del servicio con ignominia (86).

Otras veces la infamia era consecuencia de la condenación judicial, *infamia de derecho inmediata*, hecha en virtud de algún delito, como sucedía en todos los delitos públicos ordinarios y algunos de los extraordinarios (87), como también en algunos delitos privados, especialmente el hurto, rapiña e injuria, incurriendo también en infamia los que eran condenados por razón de algunos contratos que tienen por base la confianza, y que por tal causa se llaman *famosum*, como son el mandato, la tutela, la sociedad y el depósito (88).

La *infamia de hecho* o *torpeza, turpitudo*, tenía lugar en los casos en que, aunque ni la ley ni el pretor declarasen la infamia, lo hacían las costumbres y la opinión pública, a causa de la torpeza de la vida o de la profesión, y sus efectos eran casi los mismos que los de la infamia de derecho (89).

Por lo que afecta a la *levis nota* o *nota leve*, recaía sobre los emancipados y los hijos de los que trabajaban en el teatro, y sus efectos eran hacer nula la institución de heredero que alguno hiciese en favor de estas personas y en perjuicio de sus propios hermanos (90). Según el Derecho antiguo, las mujeres que tenían nota leve no podían casarse con los senadores ni con sus hijos, aunque después esta prohibición fué suprimida por Justiniano.

Todas estas especies de infamia se comprendían también en la calificación de torpeza, y en ciertos casos podía borrarse y restablecerse la existimación en su integridad, ya por el senado, ya por el emperador, ya por el pretor, y aun algunas veces por el transcurso del tiempo, según las circunstancias.

Apéndice III.—De las personas morales (1).

136.—Al lado de los seres humanos o *personas físicas*, cuyo estudio acabamos de hacer, el Derecho Romano reconocía también las *personas morales*, que no tienen existencia material y sólo son ficciones jurídicas, abstracciones.

La personalidad moral pertenecía, tanto a las Asociaciones o reuniones de personas que tienen intereses comunes, tales como el Estado, los ciudadanos en general, ciertas corporaciones, las Sociedades constituídas para el arriendo de los impuestos y la explotación de las salinas o de las minas de oro y plata, como a las obras, a los establecimientos de utilidad pública o de beneficencia, tales como los templos, los hospicios o asilos de diversas naturalezas, y las iglesias, bajo los emperadores cristianos.

Según parece, hubo un período bastante largo en el que las personas morales se constituyeron por ellas mismas, sin intervención de los Poderes públicos. Pero al fin de la República, habiéndose mezclado algu-

(85) C., 2, 12, 11.
(86) D., 111, 2, 2, §§ 1, 2, 3 y 4.
(87) D., 111, 2, 1.
(88) D., 111, 2, 6, § 5.
(89) D., 37, 15, 2.
(90) D., 22, 2, 44 pr., § 5.

136. (1) Para traducir la idea *de persona moral*, los textos se valen de la palabra *universitas* (L. 7, §§ 1 y 2, D., *quid cujusc.*, III, 4). Dicen también: *corpus habere* o *vice personae fungi* (L. 1, pr. y § 1, D., *eod.*—L. 22, D., *de fidejus*, XLVI, 1).

nas asociaciones en los asuntos políticos ejerciendo una influencia al parecer peligrosa, los emperadores suprimieron un gran número de ellas, y se estableció un nuevo principio: el de que una persona moral no podría existir en lo sucesivo nada más que en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una Constitución imperial (Gayo, L. 1, pr., D., *quod cujusc.*, III, 4.—V. n.º 384, nota 1). Algunas veces se concedía la autorización de antemano, y de una manera general, para ciertas categorías de asociaciones, siendo autorizadas de esta manera por un senadoconsulto las Asociaciones funerarias (2).

La persona moral tiene un patrimonio propio. Sus bienes no están indivisos entre los miembros de la asociación; son la propiedad del ser moral (3). Tiene sus créditos propios y sus deudas también propias, a las cuales queda extraño cada uno de sus miembros, y respecto de las cuales no podía ser perseguido en sus bienes personales (4). El ejercicio de los derechos pertenecientes a la persona moral se confiaba, bien a sus esclavos, o bien a una especie de curador que los textos califican de *actor*, *syndicus* o *magister* (L. 1, y L. 2, D., *eod.)*.

Como tienen una existencia independiente de los individuos que la componen (5), las personas morales no pueden apenas tener fin, nada más que por la suspensión de la autorización que le dió la vida, o, tratándose de sociedades, por el fin de la explotación que tienen por objeto.

---

(2) Un capítulo de este senadoconsulto está reproducido en la inscripción de Lanuvio, del año 133 de nuestra era. (V. Girard, *Textos*, p. 888).

(3) Marciano, L. 6, § 1, D., *de div. rer.*, I, 82: *...Nec servus communis civitatis, singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis.*

(4) Ulpiano, L. 7, § 1, D., *quod cujusc.*, III, 4: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

(5) Ulpiano, L. 7, § 2, D., *eod.*; *In decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem maneant an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed in universitas ad unum redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri; cum jus omnium in eum reciderit et stet nomen universitatis.*

N. del T.—La capacidad artificial de las personas morales no se extiende a los derechos familiares que presuponen siempre un individuo humano sujeto de los mismos, sino que se aplica solamente a los derechos patrimoniales.

En Derecho Romano se distinguían cuatro especies de personas morales:

1.ª Las *corporaciones* o *universidades*, como asociaciones de personas que se unen para un objeto determinado, y a las cuales el Estado otorga los derechos de persona. Estas corporaciones eran término genérico comprensivo de toda clase de asociaciones de personas físicas, con tal que el Derecho público y las leyes del Estado reconozcan a las mismas el carácter de personas jurídicas. Entre los romanos, por ejemplo, eran también corporaciones, además de los municipios y comunes, los *collegia* y *sodalitates*, los *corpora publicanorum*, o sea los de los *socii vectigalium publicorum, salinarum*, etc.

2.ª Las *fundaciones* o *piae causae*, institutos civiles o eclesiásticos encaminados a un objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto (iglesias, monasterios, *noxocomia* u hospitales, *gerontocomia* u hospicios de ancianos, *brephotrophia* o de recién nacidos, *orphanotrophia* o de huérfanos, *ptochotrophia* o de pobres, *xenodochia* o de viajeros. También se considera como persona moral el mismo patrimonio de las fundaciones constituído por el conjunto de los bienes y derechos que sirven de medio para obtener el objeto útil a que la fundación está encaminada.

3.ª El *Estado*, como sujeto de relaciones jurídicas patrimoniales *(fiscus* y *aerarium)*.

4.ª La *herencia yacente*, es decir, la herencia del fallecido, que no ha sido aceptada o adida por el instituído heredero, y que es un patrimonio sin dueño *(hereditas jacens)*. Sin embargo, no está completamente equiparada a las otras personas jurídicas o morales, pues, por ejemplo, ni podía ser instituída heredera ni se admitía el *furto* en perjuicio de la misma.—V. sobre esta materia Savigny, *Sistema;* Winscheid, *Pandet;* Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche;* Ihering, *Espíritu del Der. Rom.;* Ferrara, *Le persone giuridiche;* Mitteis, *Römisches Privatrecht.*

LIBRO SEGUNDO

DE LAS COSAS

137.—La palabra *res* tiene un sentido tan amplio como el que corresponde a la palabra *cosa* en nuestro lenguaje. Comprende todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad, y el jurisconsulto sólo estudia las *cosas* en su relación con las personas, desde el punto de vista de los beneficios que les pueden prestar. Estas *relaciones* se llaman *derechos*, y tienen más o menos fuerza. La persona que puede disponer de una cosa a su capricho, enajenarla y hasta destruirla, tiene el derecho más completo, que es el derecho de *propiedad*.

En realidad, el estudio de las cosas consiste en el análisis de estos derechos. Pero antes de abordar esta importante materia indicaremos las principales divisiones que los romanos hicieron de las cosas.

137 bis.— *De las cosas en el patrimonio y de las cosas fuera del patrimonio de los particulares.*—Según las Instituciones de Justiniano, todas las cosas se dividían en dos categorías: Las unas se encuentran colocadas *fuera del patrimonio de los particulares:* son las cosas que su naturaleza misma hacen insusceptibles de apropiación individual, por ejemplo, las pertenecientes a una nación o a una ciudad, o ciertas cosas que pueden ser apropiadas, pero de las cuales nadie se ha apoderado todavía. Las otras, por el contrario, forman *parte del patrimonio de los particulares* (1). Esto es, como una comprobación de hecho que se sobrepone a la materia, puesto que se aplica a todas las cosas sin excepción. Pero no es nunca una verdadera división, porque carece de aspecto jurídico (2). Nos sujetaremos con preferencia a las divisiones desarrolladas por los textos de la época clásica.

---

137 bis. (1) I, pr., *de rer. div.*, II, 1: ...*Quae (res) vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur.*—Esta distinción está tomada de Gayo, que la presentaba incidentalmente (II, § 1), y pasaba a las verdaderas divisiones de las cosas (II, §§ 2 y sig.). Las Instituciones de Justiniano han hecho de ella, injustamente, la división principal.

(2) Algunos autores sustituyen en esta clasificación de hecho una división fundada sobre el Derecho, en *res in commercio* y *res extra commercium*. Es verdad que varios textos indican que hay cosas insusceptibles de propiedad privada, *quarum commercium non est* (1, § 4, *de legat.*, II, 20).—Pomponio, L. 6, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). Pero en ninguna parte formulan los romanos expresamente esta división.

N. del T.— A todo objeto material exterior al hombre se le llama cosa en el lenguaje vulgar, pero jurídicamente se comprenden en esta idea unas veces entes inmateriales, como son los derechos. y otras se excluyen del concepto aquello que no puede ser objeto del derecho. Por esto se ha afirmado que son las cosas en el lenguaje jurídico los objetos de un derecho patrimonial, y ya Ulpiano decía (D. 50, 16, fr. 23): *Rei appellatione et causae et jura continentur.*

Por lo demás, están fuera del patrimonio las cosas que actualmente no se hallan en el patrimonio de ningún particular, porque no pueden estar en él, como las cosas comunes y las fuera del comercio, o porque actualmente no se hallen en patrimonio alguno, como las *res nullius*. A esta clase de cosas pertenecen las que nunca fueron ocupadas por persona alguna (animales salvajes en libertad, corales en el mar, piedras preciosas, *in litore maris*, etcétera), y las que después de haber tenido dueño fueron por éste abandonadas *(res derelictae)*.

§ 1.—De las cosas "divini juris" y de las cosas "humani juris".

138.—Las cosas se dividen en *res divini juris* y *res humani juris*. Las cosas de *derecho divino* están consagradas a los dioses y sometidas a la autoridad de los pontífices. Las cosas de *derecho humano* escapan a esta consagración.

Según Gayo, ésta es la división capital de las cosas (1). Es también verdaderamente la más antigua, a causa de la influencia que la religión y los pontífices ejercieron sobre el Derecho primitivo de Roma. Pero a medida que su prestigio iba disminuyendo, esta división fué perdiendo también su importancia, y si Gayo la cita aún como la principal, en cambio las Instituciones de Justiniano no hablan de ella.

139.—*Cosas divini juris.*—Las cosas *divini juris* se consideran como pertenecientes a los dioses, y se colocan bajo su protección. Se las llama también *res nullius*, porque ningún ser humano puede apropiárselas (1). Comprende las *res sacrae*, las *res religiosae* y por extensión las *res sanctae*.

1. *Res sacrae.*—Para el paganismo, las cosas sagradas son los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses superiores por una ley, un senadoconsulto o una Constitución (Gayo, II, § 5). Para el cristianismo, son las iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos, siguiendo los nuevos ritos.

Las cosas sagradas sólo pierden su carácter después de una ceremonia religiosa destinada a hacerlas profanas. Eran inalienables. Justiniano permitió únicamente vender los vasos sagrados para el rescate de los cautivos y las deudas de las iglesias (I., § 8, *de rer. div.*, II, 1. Nov. 120, c. 10).

2. *Res religiosae.*—Los romanos llamaban *res religiosae* los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas. Estas cosas difieren de las *res sacrae* en que están dedicadas a los dioses manes (2), es decir, a los muertos que los antiguos divinizaban (Cicerón, *De leg.*, II, 22).

Sólo podía haber *res religiosae* en las afueras de las ciudades, porque estaba prohibido, por superstición, más que por razón de salubridad pública, hacer inhumaciones en el interior de las ciudades (Cicerón, *eod.*, II, 58.—Paulo, S., I, 21, § 2). Por otra parte, para que se reconociese esta cualidad a un terreno eran necesarias dos condiciones: 1.ª Que en realidad haya habido inhumación. Un cenotafio no es una *res religiosa*. La inhumación de un esclavo produce el mismo efecto que la de

---

138. (1) Gayo, II, § 2: *Summa itaque rerum divisio in duos articulos deducitur; non aliae sunt divini juris, aliae humani.*—Ad. L, 1, pr., D., *de div. rer.*, I, 8.

139. 1) Gayo, II, § 9: *Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.* La expresión *res nullius* se aplica también a las cosas susceptibles de propiedad privada, y que el hombre aun no se ha apropiado, como la caza y el pescado (Cf. I, § 12, *de rer. div.* II 1).

(2) Gayo, II, § 4: *Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis manibus relictae sunt.*

N. del T.—Las cosas santas no son, pues, de derecho divino, sino que se las considera como tales porque están fuera del comercio y amparadas por una veneración legal *(quodammodo divini juris sunt)*.

Según el párrafo 10 de las Instituciones, hubiera sido santa una cosa por el solo hecho de haber sido castigada su violación con una pena; pero de ser así, hubiera habido muchas cosas *sanctae* entre los romanos; las cosas religiosas, la vida humana, serían cosas santas, porque se imponían penas a los que atentaban contra ellas. Y, sin embargo, el texto de las Instituciones sólo cita como ejemplo de cosas santas los muros y puertas de las ciudades. Si éstos se llamaban, pues, *res sanctae*, era porque los primeros romanos consideraban los muros como conteniendo los dioses de la ciudad. En efecto, según la tradición fabulosa de la fundación de Roma, la ciudad había sido fundada por Rómulo con ceremonias religiosas que tenían por efecto fijar en su circuito los dioses de la ciudad, y para conservarlos era preciso renovar cada año estas ceremonias religiosas. También se verificada cada año la fiesta de los muros de la ciudad, *amburvalia*. V. Fexto, *La ciudad antigua*.

un hombre libre; la muerte borra toda distinción (Ulpiano, L. 6, § 1 y L. 2, pr., D., *de relig.*, XI, 7), y 2.ª Que la inhumación haya sido hecha por el propietario del terreno o con su consentimiento (Marciano, L. 6, § 4, D., *de div. rer.*, I, 8). Si ha tenido lugar sin ningún derecho sobre el terreno de otro, el propietario no puede exhumar el cuerpo sin la autorización del pontífice o del príncipe; pero puede ejercer una acción *in factum* contra el autor de la inhumación para hacerse indemnizar o forzarle a levantar el cuerpo (L. 7, pr., y L. 8, pr., C., de *relig.*, XI, 7).

Las *res religiosae* estaban fuera del patrimonio de los particulares, y eran inalienables, lo mismo que las *res sacrae* (L. 2, C., *de relig.*, III, 44). Sin embargo, los miembros de una familia o de una *gens* tenían el derecho de ser enterrados en una misma sepultura, transmitiéndose también este derecho a los herederos (L. 5 y L. 5, pr., D., *eod.)*. Bajo Justiniano, ya no fué sólo cuestión de los dioses manes, pues todo este derecho subsistía todavía por razón del respeto debido a los muertos (I, § 9, *de rer., div.*, II, 1).

3. *Res sanctae.*—Estas expresiones están imperfectamente traducidas por cosas *santas*. En realidad, se trata de cosas que están protegidas contra los atentados de los hombres por una sanción penal. Por esta razón se las llama *sanctae*, y se asimilan a las *res divini juris*, aunque no están consagradas a los dioses (Ulpiano, L. 9, § 3, D., *de div. rer.*, I, 8). Tales eran los muros y las puertas de las ciudades (Gayo, II, § 8). Su violación llevaba consigo una pena capital (I., § 10, *eod.)*.

140.—II. *Cosas "humani juris".*—Todas las cosas que no sean de *derecho divino* tienen que ser de *derecho humano*, o *profanas*. Se subdividen en *res communes*, *res publicae*, *res universitatis* y *res privatae* o *singulorum* (I, pr., *de rer div.*, II, 1).

1. *Res communes.*—Se llaman *communes* las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie y su uso es común a todos los hombres (Cicerón, *De offic.*, I, 16). Su naturaleza también es excluyente de toda apropiación individual. Son el *aire*, el *agua corriente*, la *mar;* de donde resulta la libertad de la pesca y de la navegación. Los romanos añaden las orillas del mar, que son una dependencia (1). Celso pensaba, es verdad, que las riberas sobre las cuales el pueblo romano extendía su imperio le pertenecían (2); pero no prevaleció su opinión. Las orillas del mar son, pues, cosas comunes (I, §§ 1 y 5, *hit.)*. Sin embargo, se puede elvar en ellas una construcción con la autorización del pretor, quien debe examinar si el interés de la navegación podría sufrir algún daño (Pomponio, L. 50, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). La construcción pertenece

---

140. (1) Marciano, L. 2, § 1, D., *de div. rer.*, I, 8: *Naturali jure omnium communia sunt illa; aer aqua profluens et mare; et per hoc littora maris.*—Así están definidas por Celso las orillas del mar, L. 96, pr. D., *de verb. sign.*, L. 16: *Littus est quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*—Cfr., Cicerón, *Topic*, 7.—I, § 3, *de rer. div.*, II, 1.

(2) Celso, L. 3, pr., D., *ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8; ...*Littora in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.*—Hoy, la teoría de Celso, más conforme a los intereses de cada nación, está sancionada por el artículo 538, C. C., que coloca las orillas del mar entre las dependencias del dominio público del Estado, quedando también abiertas a los navegantes sin distinción de nacionalidad.

N. del T.—El *aqua profluens*, agua corriente, como tal, no puede ser objeto de derecho privado, porque es inaprensible, y bajo este aspecto la consideraron los romanos como *res communis omnium*, como el aire y el mar (I, II, I, § 1); pero un caudal de agua, el conjunto de un agua, puede perfectamente ser objeto de propiedad, ya sea del Estado ya de los particulares.

En cuanto al aire y el mar, es posible separar partes y fracciones, y que estas partes separadas cesen de ser cosa común mientras dura la separación. El pasaje de las Instituciones antes citado coloca también entre las cosas comunes las orillas del mar; pero como dispone el D. 43, 8, 3, las orillas del mar forman parte del territorio del Estado, y el uso de las mismas se regula por las leyes de cada uno de los Estados. V. en el *Filangieri* del año XIX a Manenti, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle publiche, ed alle communes omnium.*

a quien la edificó; pero, si se destruye, el terreno de la ribera es común, pues recobra su libertad por una especie de *postliminium* (Marciano, I, 6, pr., *de div. rer.*, I, 8).

2. *Res publicae.*—Las cosas *públicas* son aquellas cuyo uso es también común a todos, pero que, al contrario de las cosas comunes, se consideran como propiedad del pueblo romano, excluyendo a las otras naciones (Ulpiano, L. 15, D., *de verb. sign.*, L. 16). Éstas son las *vías pretorianas* o *consulares* (L. 2, § 22, D., *ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8), los *puertos* y las *corrientes de agua*, que nunca se consumen, *flumina perennia;* las que se secan en verano, *torrentia*, están en el dominio de los particulares (L. 1, §§ 2 y 3, D., *de flumin.*, XLIII, 12).

En cuanto al *flumen perenne*, es de notar que lo que es público es el río considerado en toda su unidad, comprendiendo el lecho, las orillas y el agua corriente. En tanto en cuanto estos elementos están unidos para formar el conjunto del río, están también sometidos a la soberanía del pueblo romano, quedando abierto su uso para todas las necesidades de la pesca y de la navegación. Pero considerados cada uno separadamente, y por su misma naturaleza, tienen un destino muy diferente: el del agua corriente es el ser de naturaleza común, y el del lecho y sus orillas es el de ser una prolongación de las propiedades ribereñas. Por eso, los dueños de las riberas son los propietarios de los árboles nacidos en la orilla, y el lecho abandonado por el río también les pertenece (3).

3. *Res universitatis.*—Las *universitatis* son las personas morales, tales como las ciudades, las corporaciones; pueden tener cosas de su pertenencia, pero que por su destino no sean objeto de propiedad individual, y se aplican al uso común. Tales son los teatros, las plazas, los baños públicos (I., § 6, *ht.)* (4).

4. *Res privatae.*—Fuera de las categorías precedentes, las cosas son *res privatae* o *singulorum;* es decir, que componen el patrimonio de los particulares, los cuales pueden adquirirlas y transmitir a otros la propiedad. Se las llama también *bona*, porque constituyen el bienestar y la riqueza de las personas (L. 49, D., *de verb. sign.*, L. 16). En fin, en la época clásica se las daba también la calificación de *pecunia.*

Pero, en el origen de Roma, la palabra *pecunia* parece que sólo tuvo un significado más reducido, pues se aplicaba a los animales que iban en rebaños, *pecus*, los cuales formaban una parte considerable de la fortuna privada (Festo, V. *Peculatus)*. Después se extendió a la moneda valorada al peso, consistente en lingotes de cobre gruesos y desiguales marcados con la efigie de un buey o de una oveja, y más tarde, a las piezas de monedas, que ya no se pesaban, pero en cambio se contaban, *pecunia numerata* (V. n.º 360, nota 5). Y, por último, terminó

---

(3) Gayo, L, 5, pr., D., *de div. rer.*, I, 8: *Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent.; qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*—Ad. L. 30, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.—V. n.º 186, nota 2.

(4) El Estado y las ciudades pueden también, a título de personas morales, tener en su patrimonio cosas susceptibles de ser enajenadas. aunque no relacionadas con el uso público, tales como los campos y los esclavos. Estas cosas eran llamadas también *públicas* (L. 17, D., *de verb., sign.*, L. 16). Sólo se diferenciaban de las *res privatae* por la cualidad del propietario.—Cf. Celso, L. 6, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.

N. del T.—Las cosas que perteneciendo al pueblo o a una corporación no pueden usarse por cada ciudadano o cada miembro de la corporación, propiamente hablando, no son públicas ni de corporación. Así, el tesoro, los créditos, los esclavos del pueblo o de una corporación, no estando al servicio y a la disposición de cada uno en particular, sino solamente de la corporación considerada colectivamente y como una persona legal, no son cosas públicas o de corporación; estas cosas están, en realidad, en el patrimonio del pueblo o de la corporación, bien que, en oposición a las propiedades privadas, se llama a veces cosas públicas a los bienes que están *in patrimonio* o *in pecunia populi vel universitatis.* Ya el D. 50, 16, 15, afirma: *Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt.*

por designar todos los elementos del patrimonio de los particulares, conservando por otra parte un sentido más estrecho que la palabra *res*, que comprende todas las cosas, incluso las no susceptibles de propiedad privada (5).

§ 2.—De las cosas "mancipi" y de las cosas "nec mancipi".

141.—Esta división se aplica sólo a las cosas susceptibles de propiedad privada, consideradas, según puedan o no, ser adquiridas por la *mancipación*. De origen antiquísimo, existió, ciertamente, en la época de la ley de las XII tablas (1), y después de haber jugado un papel importante en el Derecho clásico, poco a poco fué cayendo en desuso, hasta que Justiniano sancionó su supresión en el año 531 (L. 1, C., *de usuc. tr.*, VII, 31).

Ulpiano nos da la enumeración de las cosas *mancipi* (2). Éstas eran: a) Los fundos de tierra y las casas situadas en Italia y en las regiones investidas del *jus italicum;* b) Las servidumbres rurales sobre los mismos fundos; c) Los esclavos; d) Las bestias de carga y de tiro, es decir, los bueyes, caballos, mulas y asnos, aunque no los elefantes y los camellos, que desconocían los romanos en la época de la determinación de las cosas *mancipi*. Los otros animales, tales como los corderos, las cabras y todas las demás cosas, hasta el dinero y las joyas, son *res nec mancipi*.

Gayo parece indicar la razón de ser de esta división al llamar *res mancipi* a las cosas más preciadas (3). En efecto, para los romanos de los primeros siglos, entregados sobre todo a la agricultura, y cuyas conquistas se limitaban al terreno de Italia, los fundos de tierra de esta

(5) Paulo, L. 5, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16.—Hermogeniano, L. 222, D. *eod.*—Según ciertos autores, los romanos distinguieron al principio con expresiones diferentes las cosas necesarias a la existencia material de la familia y las que formaban el superfluo o la riqueza. Las unas se componían de animales dedicados al cultivo, de los esclavos y de la casa habitación con su jardín: esto era la *familia;* los otros comprendían los rebaños, las recolecciones, la moneda y las joyas: esto era la *pecunia*. Esta distinción, que se encuentra también en algunos pueblos antiguos, coincide, sobre poco más o menos, con la de *res mancipi* y de *res nec mancipi* (n.° 141). Pero esto sólo es una conjetura, pues generalmente las consecuencias que resultan no se confirman en los textos.

141. (1) Gayo, II, § 47.—V. también el n.° 198, nota 1.

(2) Ulpiano, XIX, § 1: *Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana qualis domus, item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, aquaeductus; item servi et quadrupedes quae dorso collove, domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.*—Ad., Gayo, 1, § 120 y II, §§ 15 a 17.

(3) Gayo, I, § 192: *...Neque ad res mancipi alienandas... auctores fieri coguntur... ut... neque alienatis pretiosioribus rebus... minus locuples ad eos hereditas perveniat.*—N.° 120, nota 2.

N. del T.—Siguiendo a los autores que se han especializado sobre la materia, Squitti, Bonfante, Brezzo *(Studio sulle res mancipi—Res mancipi e nec mancipi—Mancipatio)*, era difícil conocer con precisión el criterio que separaba las *res mancipi* de las *res nec mancipi*. Parece ser que las primeras debían ser declaradas en el censo que introdujo Servio Tulio, y que no eran registradas en el mismo más que las cosas citadas en el texto, porque era la agricultura la principal riqueza del pueblo romano. Como quiera que estas cosas *mancipi* se inscribían en los registros del censo, era propietario de ellas el que como tal aparecía en las listas, y de aquí que se exigiera la transcripción en dicho censo cada vez que se tratara de transferir a otros la propiedad de ellas, y como esta transcripción en el censo sólo adquiría verdadera eficacia con la lustración, que se verificaba cada cinco años, las cosas enajenadas durante este intervalo no llegaban a ser propiedad efectiva del adquirente hasta después de cada lustro, y para poner remedio a este inconveniente se introdujo, en sustitución de la enajenación por censo, la mancipación, es decir, la venta fingida, simbólica, hecha con el testimonio del pueblo romano, representado, a lo menos, por cinco ciudadanos varones púberes.

comarca, las servidumbres rurales que facilitaban su explotación y los instrumentos de trabajo como los esclavos y los animales de carga y de tiro, eran los elementos más importantes de la fortuna privada. Además, mientras que la traslación de propiedad de las *res nec mancipi* se realizaba por simple tradición, la de las *res mancipi*, para ser más cierta, debía revestir formas solemnes, particularmente las de la *mancipatio*, de donde viene su nombre (4). Este modo de transferir le era propio. Y así como la simple tradición de una *res mancipi* no quita la propiedad civil (V. núms. 151 a 154), del mismo modo la *mancipatio* aplicada a una *res nec mancipi* queda sin efecto (Cicerón, *Topic.*, 10).

§ 3.—De las cosas corporales y de las cosas incorporales.

(I., *de rebus incorporalibus*, II, 2.)

142.—Las cosas, consideradas tal como la Naturaleza las ha producido, tienen una existencia material, un cuerpo; y son las cosas *corporales* que caen bajo los sentidos. Pero, por una especie de abstracción, se da también el nombre de cosas a los beneficios que el hombre obtiene de las cosas corporales, es decir, *a los derechos* que pueda tener sobre ellas (1). Estas cosas se llaman *incorporales*, porque no caen bajo los sentidos y no son más que concepciones del espíritu (2).

143.—I. *Cosas corporales.—Muebles e inmuebles.*—Es imposible enumerar las cosas corporales, puesto que comprenden todo lo que materialmente existe fuera del hombre libre. Se pueden subdividir en *muebles* y en *inmuebles*, *res mobiles* y *res soli*. Esta distinción no está expresamente formulada por los jurisconsultos romanos, pero está contenida implícitamente en muchos textos (1). Se entiende por *muebles* lo mismo los seres animados, susceptibles de moverse ellos mismos, *res se moventes*, que las cosas inanimadas, que pueden ser movidas por una fuerza exterior, *res mobiles*. Los *inmuebles* son los fundos de tierra, los edificios y todos los objetos mobiliarios que estén sujetos a estancia perpetua, los árboles y las plantas, mientras están adheridas al terreno (2). El interés de esta división se manifiesta de varias maneras, principalmente desde el punto de vista de la posesión (n.º 169), de la usucapión (n.º 205), de la enajenación de los bienes dotales (n.º 434) y de los interdictos (n.º 810, III).

---

(4) Gayo, II, § 18: *Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi.*— § 19: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*—§ 22: *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur unde etiam mancipi res sunt dictae...*

142. (1) Ulpiano, L. 23, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Rei appellatione et causae et jura continentur.*

(2) Gayo, II, § 12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.*— § 13: *Corporales hae sunt quae tangi possunt...*— § 14: *Incorporales sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes.*

143. (1) Celso, L. 93, D., *de verb. sign.*, L. 16.—Ulpiano, XIX, §§ 6 y 8, y L. 15, § 2, D., *de re judic.*, XLII, 1.

(2) Cf. Florentino, L. 211, D., *de verb. sign.*, L. 16.—Ulpiano, L. 17, pr. y §§ 7 a 11, D., *de act. empt.*, XIX, 1.—Gayo, L. 44, D., *de rei vind.*, VI, 1.

N. del T.—Según la definición de las cosas incorporales, todos los derechos tendrían este carácter; pero los romanos hicieron una excepción respecto al derecho de propiedad, al que consideraban como cosa corporal, puesto que le identificaban con su objeto. La razón de ello está en que el derecho de propiedad se confunde con la cosa que constituye su objeto y la abraza por completo. De aquí proviene que frecuentemente se oponga el derecho de propiedad como cosa corporal a los otros derechos, cosas incorporales. Véase la nota (1) al § 147 del autor.

144.—II. *Cosas incorporales.—Derechos.*—Los jurisconsultos limitan las cosas incorporales a los derechos susceptibles de estimación y que representan un valor pecuniario en la fortuna de los particulares. Tales son los *derechos reales*, como la propiedad y el usufructo; los *derechos de crédito;* la *herencia*, es decir, el conjunto de derechos que componen el patrimonio de una persona muerta, considerados, abstracción hecha de las cosas corporales que son el objeto de ella (V. n.º 142, nota 2, *in fine*).

El hombre también está investido de ciertos derechos con relación a otras personas sobre las cuales puede ejercer una autoridad más o menos enérgica. Tales son los derechos de potestad, de tutela, etc., y se los llama *derechos de familia*. Estos derechos, de los cuales ya hemos hablado a propósito de las personas, no tienen valor pecuniario y quedan fuera del patrimonio; así que estudiaremos ahora los *derechos reales* y los *derechos de crédito*.

145.—*De los derechos reales y de los derechos de crédito.*—Los derechos que se cuentan en el patrimonio se dividen en dos clases: *los derechos reales* y *los derechos de crédito* u *obligaciones*. Esta distinción tiene para la ciencia del Derecho una importancia capital, y ninguna legislación los ha separado con tanta claridad como el Derecho Romano, no solamente en la observación exacta de sus *caracteres diversos*, sino también por las *maneras de constituirlos* y las *acciones* destinadas a sancionarlos.

1. El *derecho real* es la relación directa de una persona con una cosa determinada, de la cual aquélla obtiene un determinado beneficio, con exclusión de todas las demás. Como tal se puede calificar al derecho de usar un campo y percibir los frutos, es decir, el derecho de usufructo. El *derecho de crédito* es una relación de persona a persona que permite a una de ellas, llamada *acreedor*, exigir de la otra, llamada *deudor*, determinada prestación. Por eso Ticio, que había prestado mil sextercios a Mevio por dos meses, tiene derecho de exigirle en el día fijado el pago de una suma igual. De esta diversidad en su naturaleza resultan entre estos derechos las diferencias siguientes: a) El derecho real, siendo un derecho sobre una cosa, existe en beneficio de una sola persona, hacia y en contra de todas, sin imponer a nadie otra necesidad que la de respetarlo y no impedir su ejercicio; esto es, una pura *abstención*. El derecho de crédito, que es un derecho contra una persona, permite al acreedor exigir un *hecho del deudor;* pero sólo este deudor está personalmente obligado a satisfacer una prestación determinada.

b) La persona que adquiere un derecho real sobre una cosa no tiene nada que temer, aunque se hayan constituído después otros derechos iguales sobre la misma cosa en beneficio de otras personas, o bien si el propietario de la cosa llegara a hacerse insolvente, pues su derecho siempre quedaría completo (1). En cambio, sucede lo contrario con el derecho de crédito, pues el deudor que se haya obligado con un acreedor, puede hacerlo también con otros, y estos derechos de crédito, nacidos sucesivamente, tienen todos ellos la misma fuerza. Por eso, si el patrimonio del deudor no basta para pagar a todos los acreedores, el derecho de cada uno sufre y disminuye en una reducción proporcional.

c) El dominio de los derechos reales es menos amplio que el de los derechos de crédito. El derecho real, que coloca a una persona en relación directa con una cosa, sólo puede tener por objeto una cosa con existencia actual. El derecho de crédito, por el contrario, sólo es una relación entre dos personas; tiene por objeto un hecho, un acto que el deudor

145. (1) Para mejor caracterizar este beneficio se dice que el derecho real confiere un *derecho de preferencia*.

debe cumplir en un término más o menos lejano, y para esto no es indispensable que la cosa debida al acreedor exista en el preciso momento que se creó el derecho; es suficiente con que exista cuando el deudor tenga que ejecutar su obligación. En una palabra, el derecho de crédito puede tener por objeto una cosa futura.

2. El Derecho Romano ha sostenido enérgicamente la separación de los derechos reales y de los derechos de crédito, desde el punto de vista de su creación y de su transmisión. El contrato, es decir, el acuerdo de las partes sancionado por el Derecho es la fuente más fecunda de los derechos de crédito, mientras que los derechos reales sólo se establecen por modos especiales; el contrato o convenio de las partes no podría constituirlos (2). Por otra parte, los procedimientos que sirven para transferir los derechos reales son inaplicables a los derechos de crédito (V. n.º 490, nota 1).

3. Por último, la diferencia de naturaleza que separa estos derechos se manifiesta desde el punto de vista de las acciones que los sancionan. La acción *in rem*, dada al titular del derecho real, no tiene la misma extensión que la acción *in personam* concedida al acreedor. Por la acción *in rem*, todo el que está investido de un derecho real reclama la sanción judicial de este derecho y el poder de ejercerle libremente, sin que nadie ponga obstáculo. Por la acción *in personam*, el acreedor no sólo pide que sea reconocido su derecho, sino que también quiere vencer la resistencia del deudor, pues el objeto del derecho de crédito es un hecho del deudor, y si no lo ejecuta voluntariamente, es necesario que el acreedor encuentre en su acción un medio para obligarle. Por razón de esta diferencia es por lo que la acción *in rem* se da a cualquiera que ponga obstáculos para el ejercicio del derecho real: en cualquier parte donde la cosa se encuentre, tiene el titular del derecho pleno poder para perseguirla (3). Pero la acción *in personam* sólo se da contra el deudor, porque él sólo está obligado a ejecutar el hecho que es objeto del derecho de crédito.

146.—Los derechos reales y los derechos de crédito, siendo los elementos de los cuales se compone la fortuna privada, el estudio del patrimonio consiste en averiguar cuáles son estos derechos, cómo se establecen y cómo terminan, quedando después por examinar cómo un patrimonio todo entero puede pasar en masa de una persona a otra. Por eso son necesarias tres partes en el estudio de las cosas o del patrimonio: 1.ª Derechos reales; 2.ª Derechos de crédito u obligaciones, y 3.ª Modos de transmisión del patrimonio o modos de adquirir *per universitatem*.

---

(2) L. 20, C., *de pactis*, II, 3: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.*—Ad. Paulo, L. 3, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat, sed ut alium, nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.*—No había excepción más que para el derecho de hipoteca (V. n.º 222, nota 9, y n.º 249).—Esta distinción tan lógica ha desaparecido en nuestras leyes modernas. Por eso, la venta pura y simple de un objeto determinado hace inmediatamente propietario al comprador (art. 1.583, C. C.), mientras que en el Derecho Romano sólo produce obligaciones.

(3) Se dice en este sentido que el derecho real confiere un *derecho de persecución*.

PARTE GENERAL (1)

EL DERECHO EN SU ASPECTO SUBJETIVO.—NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS

Generalidades.

Es ya conocido que la palabra derecho es empleada en un sentido subjetivo, como sinónimo de atribución o facultad del sujeto para hacer o no hacer alguna cosa. Se han expuesto doctrinas varias para explicar la esencia de esta facultad o atribución en que el Derecho, en su aspecto subjetivo, consiste; mas, a nuestro objeto, conviene destacar solamente dos de ellas, estimadas como más importantes. Una pretende que el Derecho, en sentido subjetivo, es la potestad del querer, denominación alemana (2) que supone que el individuo tiene una esfera de acción dentro de la cual operan su voluntad y libertad, y, por tanto, la potencia que tiene la persona de atribuirse algo es el Derecho subjetivo. Esta doctrina, evidentemente procedente de Grecia, fué después adoptada por el filósofo panteísta alemán Hegel, y modernamente se halla representada por Puchta, Winscheid y Brinz. La segunda teoría, que patrocinan Ihering y Dernburg, llamada del interés protegido, estima que el derecho subjetivo no es más que la protección de los intereses de cada persona en la vida social. La primera de dichas doctrinas ofrece la dificultad de no poder explicar fácilmente cómo las personas que carecen de voluntad pueden, no obstante, tener derechos; por ejemplo, el caso del niño o infante que, careciendo de voluntad, pueda, en concepto de acreedor, compeler a su deudor al cumplimiento de su obligación; lo cual puede explicarse con la segunda de las doctrinas señaladas, aunque sea, como es, menos espiritualista que la primera.

Ahora bien, al ocuparse los juristas del Derecho como atribución o facultad, suscitan necesariamente el problema relativo al *nacimiento y existencia de los derechos*. Ello es obligado, porque para que el Derecho en sentido subjetivo exista, si es preciso que haya una regla en que aquél tenga su base y fundamento (Derecho objetivo), y también un sujeto o ser a quien aquella regla atribuye la facultad de que se trate (activo) y otro en quien radica la obligación (pasivo), no es menos necesaria la concurrencia de un *hecho jurídico*, que tiene consecuencias relacionadas con el Derecho. Al desarrollo y estudio de este elemento hemos de dedicar esta parte general, ya que en una exposición moderna del Derecho Romano no se puede prescindir del concepto del hecho

(1) Original del traductor. Escrito expresamente para esta edición.
(2) V. Windscheid. *Pand.* § 37, pág. 108, y Batti, *Diritto romano*, pág. 70 y siguientes.

o negocio jurídico ni de la evolución de las teorías generales acerca del mismo, ya que, en definitiva, como dice Jors-Kunkel, es posible su construcción a base de los datos casuísticos de las fuentes (3).

El concepto del hecho o negocio jurídico no fué totalmente desconocido para los romanos; pero, dadas sus imprecisiones terminológicas, fué tal concepto más bien sentido que trabajado y preparado por ellos, y nunca tuvo la significación de base y fundamento del pensamiento jurídico romano como lo es en la actualidad. Pero este fenómeno es fácilmente explicable teniendo en cuenta que, como es sabido, siempre faltó al Derecho Romano, aun en la época clásica, una teoría general de los principios del sistema del Derecho privado; para los romanos, la materia fundamental de estudio fueron, no los principios, sino los hechos y casos concretos de la vida jurídica, y aun en la época posterior a la clásica—postclásica "justinianea"—, no obstante poseer una fuerza sistemática, se remontaron con mucha dificultad por encima de esta forma de consideración del Derecho, y tuvo que llegar la ciencia pandectística de los siglos XVIII y XIX para darse el paso definitivo hacia la formación de un sistema del Derecho privado.

CAPÍTULO PRIMERO

HECHOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS

1. Hechos en general.—Hechos jurídicos

Como antes queda indicado, constituyen los hechos o acontecimientos en general el tercer elemento indispensable de los derechos, empleando por nuestra parte la locución acontecimientos para indicar que no se comprenden tan sólo en esta materia los hechos o actos que celebra el hombre con intención jurídica, sino también todo suceso que pueda ocurrir, ya sea de carácter positivo, ya de abstención u omisión, y hasta las negativas del hombre a hacer tal o cual cosa.

No puede, en realidad, ser de otra manera, porque el hecho es la causa del derecho, es su fuente originaria, y por ello cabe admitir la distinción entre el hecho y el derecho. Por tanto, el nacimiento, la transformación y el fin de los derechos son consecuencia de hechos a los que el Derecho ha atribuído tales efectos, y en tal sentido define exactamente los hechos Savigny (4) como acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Por otra parte, todos los hechos jurídicos producen en el tiempo un cambio en las relaciones de derecho, razón por la que ha podido decirse de modo acertado que todos los hechos jurídicos tienen por efecto producir una modificación en la esfera jurídica de una persona determinada, y, como consecuencia, que los derechos nacen, se modifican y transmiten por los hechos jurídicos.

Estos hechos jurídicos, a semejanza de los meros acontecimientos o hechos, pueden ser positivos o negativos, según sea indispensable la realización u omisión de actos para que el derecho comience o termine. Ambos pueden tener efectos jurídicos, y aunque lo ordinario y corriente

(3) *Derecho privado Romano*. Trad. de Prieto Castro, pág. 116.
(4) *Sistema*, pág. 104.

es que el efecto producido por el hecho jurídico sea futuro, cabe perfectamente que produzcan un efecto retroactivo, sin que en ello pueda haber contradicción, pues muchas relaciones jurídicas penden de la realización de ciertos hechos, y algún vínculo jurídico tiene su validez en suspenso hasta que se verifique determinado hecho, y entonces éste da vida a aquél desde el momento en que fué contraído.

Por otra parte, si el resultado propio de un hecho jurídico es ser el principio y el fin de las relaciones jurídicas, hay muchos hechos, y muy importantes, que no presentan exclusivamente uno u otro de tales caracteres, sino que son mixtos, cuyos resultados se hacen notar en la transformación o metamorfosis de aquellas relaciones al destruir la antigua relación y crear otra nueva.

2. Diferentes especies de hechos o acontecimientos

Los hechos o acontecimientos pueden producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, ya con participación directa o indirecta de él, ya por efecto inmediato de su voluntad. En efecto, hay hechos que son acontecimientos naturales o fenómenos naturales en que la voluntad del hombre no tiene participación, y hay otros que son acciones humanas en que la voluntad, más o menos directamente, ha intervenido en su realización. En los primeros puede hablarse de acontecimientos naturales que no produzcan efectos jurídicos, que sean indiferentes al derecho, y de acontecimientos naturales que produzcan aquellos efectos (aluvión, fuerza del río, mutación de cauce, nacimiento, enfermedades, muerte). Los mencionados en primer lugar deben llamarse simples hechos; los segundos entran de lleno en la categoría y condición de hechos jurídicos. A su vez, los hechos o acontecimientos pueden recaer sobre el hombre mismo, como su nacimiento o casamiento, o sobre las cosas, como el crecimiento o destrucción de ellas, o, en fin, sobre uno y otras, como la toma o la pérdida de la posesión de alguna cosa. Y en cuanto a los que acontecen en virtud de la voluntad del hombre, pueden ser lícitos o ilícitos.

Otros hechos jurídicos son producidos directamente por el sujeto, o, lo que es igual, la acción humana, como razón productiva del hecho jurídico en su relación con la ley, que es propiamente el acto jurídico.

Pero también las acciones humanas pueden producir los efectos jurídicos que el agente tuvo intención de producir, o pueden originar efectos jurídicos con independencia de la voluntad del agente; tales son los casos del cambio de domicilio, de los actos ilícitos, de las responsabilidades nacidas de la culpa o negligencia, que no son efectos producidos de modo directo por la voluntad de las personas.

De manera que, atendiendo a lo expuesto, resulta que los actos jurídicos podrían calificarse de intencionales o voluntarios, según que procedan o no directamente de la voluntad del agente los efectos jurídicos que las acciones humanas producen. Por otra parte, hay asimismo acciones de terceras personas que originan nacimiento y extinción de derechos y modificaciones en las relaciones jurídicas de los de los demás, y en las cuales éstos no han tenido intervención; tal sería el caso de que uno edifique en terreno mío. Y de igual modo puede producir derechos y terminar los mismos la ley, que por sí tiene fuerza creadora de efectos jurídicos, de derechos y obligaciones, y que sirve para dar eficacia jurídica al querer del hombre, ya que la voluntad humana en sus declaraciones, como los contratos o testamentos, no es causa eficiente del efecto jurídico, sino tan sólo como condición o presuposición a las

que da eficacia jurídica la ley. Es decir, que las declaraciones de la voluntad no producen efectos jurídicos por fuerza propia o propia potestad, por sí solas, mientras no se reconozca su eficacia por el Derecho positivo (5). De aquí que, aun en las declaraciones de la voluntad, la ley tiene una capital importancia, y en aquellas acciones humanas en que el efecto jurídico producido es independiente de la voluntad del agente, la ley crea y es causa eficiente de los efectos jurídicos producidos por aquellas acciones. Es posible, pues, en definitiva, comprender unos efectos jurídicos nacidos, creados u originados principalmente por la voluntad humana, en los cuales la ley no juega otro papel que reconocer su eficacia jurídica; pero hay otros nacidos, creados u originados por la misma ley: unos nacen por la voluntad del hombre y otros por la voluntad de la ley.

Fácilmente puede comprenderse, según lo expuesto, que en los indicados hechos de pura creación jurídica caben no sólo los hechosque tienen una existencia real y positiva, sino que también las leyes a veces, en virtud de su poder de abstracción, establecen o crean hechos, lo mismo que crean cosas o personas, y disponen como si estos hechos, que suponen ocurridos, existieran real y efectivamente. Estos hechos de pura creación jurídica están basados en el orden natural de los acontecimientos, y se llaman también *presunciones*, porque las leyes presumen que existieron, por deducciones lógicas sacadas de principios ciertos y generales. Guiadas por estos principios, dan a veces las presunciones tanta fuerza, que no edmiten pruebas en contrario, y otras veces permiten que las personas interesadas puedan probar la no existencia del hecho presumido. Los juriconsultos llaman a las primeras presunciones *iuris et de iure*, para distinguirlas de las segundas, que denominan *iuris tamtum* o *iuris*, simplemente.

Por último, en ocasiones se producen y crean derechos o nacen efectos jurídicos de las declaraciones judiciales u otros órganos del Estado, y de igual manera, ciertos derechos nacen del concurso de varios hechos jurídicos.

3. Influencia de los hechos o acontecimientos en los derechos.

Los hechos o acontecimientos influyen en los derechos de tal modo, que si los derechos se adquieren, se conservan, se modifican, se transfieren o se extinguen, es siempre por consecuencia de algún acontecimiento o hecho, y precisamente de la variedad de éstos procede la variedad de aquéllos, puesto que los derechos se originan, bien de simples hechos que no producen o causan por sí efectos jurídicos y son indiferentes ante el derecho, bien de hechos propiamente jurídicos que son acontecimientos naturales que producen efectos jurídicos también de actos humanos, declaraciones de voluntad, encaminadas a producir directamente un efecto jurídico, asimismo de actos o acciones humanas cuyo efecto jurídico producido es independiente de la voluntad del agente, igualmente de la ley como causa creadora de relaciones y efectos jurídicos, y, por último, de declaraciones de la voluntad judicial o de otros órganos del Estado y de hechos y actos combinados que como resultantes de ellos se producen determinados efectos jurídicos.

---

(5) Véase sobre este punto a Karlova, *El negocio jurídico;* Zitelmann, *Error y negocio jurídico;* Bülow, *Arch. per la pra. civ,* 64; y Winscheid, ob. cit.

4. Actos o hechos jurídicos.

Dentro de la gran variedad de hechos o acontecimientos que, según queda dicho, influyen en los derechos, hay algunos que, procediendo de la voluntad del hombre, tienen especialmente por objeto establecer entre las personas relaciones jurídicas, que se celebran precisamente para crear, modificar, transferir o extinguir derechos. Son éstos los actos voluntarios, que forman la clase más numerosa e importante, que son, sin duda, la fuente más copiosa del nacimiento, modificación y extinción de los derechos, y que se denominan *actos* o *hechos jurídicos* para distinguirlos de los demás, los cuales el Derecho los tiene arreglados ya anticipadamente. De ellos nos vamos a ocupar, haciéndolos objeto de este estudio, advirtiendo que muchas de las reglas y principios que examinaremos son también aplicables a los actos o hechos no jurídicos o simples.

El hecho jurídico es aquel acontecimiento previsto por la regla objetiva, por la ley, como generador de facultades, derechos y atribuciones. Dicho hecho jurídico puede ser, o efecto de un *concierto de voluntades*, como en el caso de un contrato de compraventa, en que uno quiere comprar y otro vender, o puede ser también la consecuencia de un acto en que sólo intervenga *una voluntad*, como sucede cuando una persona fallece y deja sus bienes a otra, ya que únicamente actúa la voluntad del testador, o del mismo modo puede provenir de un hecho independiente de la voluntad, como la sucesión abintestato, porque el causante pudo no tener deseo de que sus bienes fuesen a parar al heredero que la ley llama, y, sin embargo, éste los poseerá por ministerio de esa misma ley.

Ahora bien, los actos o hechos jurídicos que nacen de un modo automático, como el caso de la herencia abintestato, e igual podría ser el de la adquisición de plenitud de derechos por haber llegado a la mayor edad, casos en los cuales no interviene la voluntad para nada, reciben el nombre de *supuestos legales*, mientras que los actos o hechos jurídicos que nacen como consecuencia de un acto de voluntad se llaman *negocios jurídicos*.

5. Negocio jurídico.

Con arreglo, pues, a la idea anteriormente expuesta, y aceptando en este punto la definición del negocio jurídico que expresa un ilustre profesor y publicista (6), puede considerarse el negocio jurídico como el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos queridos por quien le realiza.

Acaso pueda parecer extraña a las fuentes legales romanas la frase de negocio jurídico. En efecto, en el Derecho Romano de la época antigua y de la clásica, el negocio jurídico, en sentido estricto o moderno, se designó con las mismas expresiones que el negocio procesal, *agere*, *actus*, *actio*, y el derecho clásico no poseía ningún término técnico preciso para aludir al negocio jurídico en su concepto actual. Era demasiado amplia la palabra *negotium*, porque ésta daba a entender algo que traspasaba la esfera de acción del derecho privado, ya que comprendía toda clase de ocupación, muy especialmente la actividad pú-

(6) J. Arias Ramos.—*Derecho Romano*. Vol. I, pág. 123.

blica de un funcionario, y, por consiguiente, no llegó nunca a conseguir la precisión técnica necesaria. Pero, en realidad, la frase negocio jurídico ha prevalecido sobre la de acto jurídico, ya que ésta tiene un alcance mayor que la de negocio, en atención a que abarca todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque no estén éstos determinados por la voluntad del que los ejecuta, mientras que la palabra negocio comprende los actos de declaración de voluntad con intención de producir un efecto jurídico.

La frase negocio jurídico es adoptada hoy por los pandectistas y civilistas más autorizados, y su significación científica y jurídica no se presta a equívocos como la de acto jurídico. El acto, dentro de la esfera del Derecho, puede expresar una operación jurídica, o designar un escrito probatorio para hacer constar alguna cosa, mientras que la frase negocio jurídico no puede expresar otra cosa que lo que significaba en latín la palabra *negotium*, es decir, una declaración de voluntad que tiene especialmente por fin crear, modificar o extinguir derechos. Se encuentra, por tanto, en la frase negocio jurídico un hecho realizado con intención de producir un efecto jurídico, éste se halla ligado íntimamente a la voluntad humana, y esta voluntad, moviéndose dentro de la ley, determina el nacimiento, modificación y extinción de los derechos. Así pudo expresar el ilustre pandectista Winscheid (7) su concepto del *negocio jurídico*, diciendo que "es una declaración de la voluntad que mira a producir un efecto jurídico". Y no es preciso que la declaración de voluntad sea privada o sea pública, porque lo esencial es que exista la declaración en una u otra forma, y que tal declaración tenga por fin producir un efecto de derecho, no un determinado efecto jurídico, pues basta que la voluntad se declare según el contenido legal de la relación jurídica, ya que muchos efectos jurídicos se producirán porque el Derecho así lo ordena, dado el supuesto del negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que la voluntad manda y el derecho se apropia su mando. Y de igual modo no hace falta tampoco que se proponga la voluntad crear un efecto jurídico inmediatamente, puesto que no es de esencia que éste se produzca en seguida.

6. Forma de los negocios jurídicos.

Es de esencia, a la vez que una voluntad declarada con intención de producir efectos de derecho, que haya también en el negocio jurídico una forma, bien entendido que, de momento, y en el presente epígrafe, aludimos en general a una forma tanto de contenido como exterior del negocio de derecho, ya que el estudio particular de cada uno de estos aspectos será tratado en párrafos posteriores.

El número y circunstancias de las personas que deben intervenir en cada uno de los negocios jurídicos, así como la capacidad que cada persona debe tener, el lugar, el tiempo en que deben celebrarse, las palabras, los actos, los escritos, etc., que deben acompañar a su celebración, constituyen la *forma* de los negocios jurídicos, y esta forma se dice *interna* o *externa*, según que aquellas circunstancias se refieren al contenido, es decir, a la parte dispositiva del negocio mismo y a las personas interesadas y cosas que intervienen en él, o se refieren sólo a las formalidades extrínsecas con que debe revestirse su celebración.

En este punto nos presenta el Derecho Romano primitivo las mismas distinciones que el carácter de aquel pueblo había establecido en todas las instituciones legales. Los negocios jurídicos previstos y arreglados

(7) Ob. cit., pág. 69.

por el derecho quiritario eran propios y exclusivos de los ciudadanos romanos. Su forma externa consistía en formalidades materiales, que con el tiempo llegaron a tenerse como ridículas, en palabras solemnes y en otras varias circunstancias, que fueron desapareciendo poco a poco. Se llamaban *actos legítimos*, no admitían condición, procurador ni día, y procedía toda su fuerza de las formalidades exteriores, sin tener casi en cuenta mucho de lo que denominamos formalidades o requisitos internos.

Pero al lado de los llamados actos legítimos fueron admitidos otros, que si bien tenían el mismo objeto, podían ser celebrados igualmente por los extranjeros, ya entre sí, ya con los ciudadanos, y estos actos que se introdujeron para las transacciones frecuentemente necesarias a la vida, y que se denominaron de *derecho de gentes*, no tenían ninguna forma externa especialmente señalada por las leyes, y su conocimiento era propio de la jurisdicción del pretor peregrino.

En un principio también, la persona del ciudadano romano no podía ser representada por otro en los actos o negocios de derecho. Cada uno debía celebrarlos por sí mismo, o por medio de sus esclavos, de sus hijos o de otras personas sometidas a su poder, que, según los principios del Derecho Romano, formaban con él una misma y sola persona. Pero con el tiempo se fué templando este rigor; se distinguió entre actos legítimos y de derecho de gentes, y en éstos se admitió que pudiesen celebrarse por medio del *procurator*, salvando con interpretaciones y procedimientos indirectos las consecuencias lógicas de los antiguos principios.

Además, aquellos actos legítimos de que estaba lleno el Derecho Romano primitivo fueron modificándose por las costumbres, por los edictos de los pretores, por las leyes *Aebutia* y *Julia*, por otras Constituciones de algunos emperadores, y, por último, Justiniano borró los últimos vestigios de aquellas formalidades y equiparó los llamados actos legítimos con los denominados del derecho de gentes, dejándolos reducidos al mayor grado de sencillez.

Desde entonces ya no hubo en Derecho Romano la distinción de los actos o negocios jurídicos en legítimos y del derecho de gentes, quedando tan sólo las dos clases de unilaterales y bilaterales en que se dividían, ya por razón de las personas que intervenían en ellos como interesadas, ya por razón de las que de ellos resultaban obligadas.

Por lo demás, las formalidades exteriores se redujeron a la escritura del acto, a la presencia de testigos, a la intervención de la autoridad y a algunas otras. El Derecho nuevo no exigía, por regla general, formalidades extrínsecas para la validez de estos actos (8); pero cuando las exigía era preciso observarlas, bajo pena de nulidad (9).

7. Forma interna del negocio jurídico.

Si, como ya se ha expresado, un negocio jurídico se constituye por una voluntad declarada con el fin de producir efectos jurídicos, y esta voluntad ha de moverse dentro de la ley, no puede dudarse que entran en su contenido determinados requisitos que integran la forma interna del negocio de derecho, y que son denominados elementos del mismo. Estos requisitos o elementos son unos *esenciales*, otros *naturales* y otros *accidentales*. Se decían esenciales aquellos que necesariamente habían

(8) D., 22, 4, 4.
(9) C., 1, 14, 5.
(10) D., 23, 4, 4 y 5, § 2.

de concurrir en el negocio para que éste subsista con su propia figura jurídica, y sin ellos el acto sería nulo o se convertiría en otro de diferente naturaleza (10), de donde provenía la división de ellos en comunes a todos los negocios jurídicos y propios de cada uno en particular. Se llamaban elementos o requisitos naturales las consecuencias que, suponiendo el negocio celebrado con arreglo a sus condiciones esenciales, producía naturalmente, y éstas, si bien se producían siempre a no pactarse lo contrario, podían variarse por la voluntad expresa y común de las partes intervinientes en el acto (11). Y, por último, se llamaban accidentales o accesorias las cláusulas que no dimanaban de la misma naturaleza del acto, pero que las partes de éste podían añadirlas al tiempo de su celebración, en cuyo caso regían, y no en otro, de manera que no se presumían nunca, y al que las alegaba incumbía la obligación de probar que fueron puestas.

8. Clases de negocios jurídicos.

Destaca como importante entre las diversas clases de negocios jurídicos la de los llamados *unilaterales* y *bilaterales*. En los primeros es necesaria para su existencia la declaración de voluntad de una persona; en los segundos se precisa la de dos o más; la ocupación y el testamento son casos y especies de negocios unilaterales; en cambio, un contrato de compraventa es bilateral. Pero es preciso advertir que en los negocio unilaterales la declaración de voluntad subsiste por sí misma, o también puede hacerse colocándose frente a persona determinada; en el caso primero se encuentra un testamento, y en el segundo una protesta, un requerimiento o una notificación. Y en cuanto a los negocios bilaterales, al lado del ejemplo típico de los contratos existen también otros actos de derecho en que se da igualmente concurrencia de voluntades o mejor de declaraciones de voluntad, como son los actos complejos o colectivos (Fundación, Asociación, Sociedad), en que las partes, en estos actos, ilimitadas en número, no están la una frente a la otra ni tienen intereses opuestos, sino que estos intereses son convergentes a un fin, existiendo en tales actos realmente una sola parte.

Otra clase de negocios jurídicos son los denominados *onerosos*, o a título oneroso, y los llamados *lucrativos o gratuitos*, o a título lucrativo o gratuito. En los primeros se concede una utilidad con una contraprestación equivalente a aquélla, mientras que en los segundos no existe esta equivalencia, y, por consiguiente, en los onerosos, como la compraventa, se exige la reciprocidad de un equivalente, pero en los lucrativos o gratuitos, como la donación, no existe tal reciprocidad.

Asimismo, y habida cuenta del tiempo en que deben producir sus efectos los negocios de derecho, se clasifican éstos en *inter vivos* y *mortis causa*. El negocio de esta última clase surte sus efectos después de la muerte de la persona que le establece; se supeditan y aplazan tales efectos al fallecimiento de la persona que los concluye, y, por el contrario, cuando esta supeditación no se da, el negocio es *inter vivos*. El caso de un legado es ejemplo de los primeros, y el de cualquier contrato el de los segundos. Conviene señalar que los negocios *mortis causa* son de ordinario unilaterales, y, además, que el negocio subsiste si no se modifica la declaración de la voluntad posteriormente a cuando fué declarada, aunque siempre, claro es, antes de la muerte de la persona que hizo la declaración, siendo, por tanto, su característica la revocabilidad; y, por el contrario, los *inter vivos* son de naturaleza irrevoca-

(11) D., 19, 1, 11, §§ 1 y 2.

ble. Existen, por otra parte, negocios jurídicos calificados de *solemnes* y no *solemnes*. Los primeros han de llevarse a cabo precisamente en la forma que de modo previo tiene señalada la ley; en ellos la declaración de voluntad tiene que hacerse en la forma y modo que la ley tiene señalado, como el testamento, y es tal forma imprescindible para la validez del negocio, por lo que los comentaristas dicen que la forma en tales actos es exigida *ad solemnitatem;* en cambio, en los segundos, la forma es adoptada libremente por los que declaran la voluntad; la ley los deja en libertad para determinar el modo de exteriorizar aquélla, por lo que dicha forma sólo tiene un valor de probar la declaración de voluntad que se emitió, es decir, la forma sólo tiene un valor *ad probationem*.

Atendiendo al contenido de los negocios jurídicos, exponen los autores varias categorías de éstos que responden a las distintas relaciones de derecho, y por lo que al derecho privado se refiere, se habla de negocios jurídicos de familia, reales, de obligaciones y de sucesiones.

Y dentro del mismo concepto, es decir, del contenido de los negocios jurídicos, algunos escritores, romanistas insignes, como Winscheid, Savigny, Unger y Wachter, afirman la existencia de negocios jurídicos que llaman de enajenación y de renuncia, o mejor de adquisición o de enajenación, según que se dirijan a aumentar o disminuir el patrimonio del agente, aunque el aumento o disminución sean compensados con una indemnización.

Por último, y por razón de sus efectos, pueden ser los negocios jurídicos de dos clases, a saber: o fundamentales, o auxiliares, o mejor negocios de derecho, que la técnica jurídica denomina *concretos* o *causales* y *abstractos*. Los negocios jurídicos concretos o causales son aquellos en los que existe lo que los tratadistas llaman *causa* del negocio, o, lo que es lo mismo, un primer y elemental motivo, común a todos los casos de un tipo de negocio, detrás del cual podrá haber toda la variedad que se quiera de motivos particulares. Y se dice primero y elemental motivo porque, aparte de los motivos distintos en cada caso, y dentro de un mismo tipo de negocio jurídico, hay uno inmediato, el más próximo que se da siempre en los negocios de igual clase. Así, todos los vendedores de cosas desean y quieren el precio de la venta, pero unos venderán por razón de apuros económicos, otros por ampliación de su negocio o medio de vida para trasladarse a otro lugar, otros para transformar su capital en valores más asequibles o de más fácil circulación, y del mismo modo todos los compradores desean y quieren la cosa comprada; pero unos compran por necesidad de su oficio o profesión, otros por afección a la cosa que se adquiere, otros por razón de lujo u ostentación, pero en todos los vendedores el motivo primero, elemental e inmediato es el precio, y en todos los compradores el motivo inmediato, primero y elemental es la adquisición de la cosa. Pues bien, dicho motivo principal e inmediato es la *causa*, y en el negocio jurídico *causal* es precisa la existencia de dicha *causa*, aparte de otros requisitos, y si la causa no concurre, contra lo que la ley exige, no existe tampoco el negocio jurídico.

Por el contrario, el negocio jurídico abstracto es aquel que, en relación al mismo, la ley no precisa otra cosa que la manifestación de la voluntad, le basta para su eficacia lo puramente externo o formal, sin que la norma objetiva requiera las intenciones de las partes, ya que bajo lo puramente formal caben contenidos diversos, importando poco que esa forma esté o no determinada por la ley.

La técnica alemana cree ser suya la creación del acto jurídico abstracto, pero en realidad no hizo otra cosa que resucitar el Derecho Romano, que llevó hasta los últimos límites el acto abstracto de derecho, ya que toda institución jurídica era abstracta en Roma hasta que la

idea de causa fué introducida en las costumbres romanas y los jueces comenzaron a referirse a ella.

No puede ni debe sostenerse que en los negocios abstractos haya obligaciones sin causa o desligados de la causa, pues aun siendo éste su carácter predominante, no se puede identificar este hecho con la abstracción, sino decir que el acto jurídico abstracto produce sus efectos jurídicos hecha abstracción de la existencia de la causa, diferenciándose del concreto o causal en que no es mencionada en aquél la causa, o la voluntad de las partes ha entendido no referirse a ella.

Se afirma igualmente que en todo acto abstracto hecho con abstracción de la causa existen dos negocios superpuestos: uno, el causal, acto fundamental; otro, el abstracto o auxiliar, sin que por ello se signifique que la nulidad del acto causal suponga la del acto abstracto.

Tiene aplicación el negocio abstracto en la creación, transmisión y extensión de los actos jurídicos; en la primera, porque las partes pueden hacer abstracción de sus relaciones anteriores, no mencionando la causa del nuevo acto formado; en la segunda, cuando un tercero beneficiario adquiere el derecho del anterior purgando los vicios de ese tercer adquirente, y en la tercera, cuando, como en la remisión de la deuda, no se hace tampoco mención de la causa que a ello obliga.

En el Derecho Romano el acto abstracto no fué otra cosa que una continuación lógica de su formalismo, pudiendo ser su fundamento la ley, porque no había dificultad en que un texto del Derecho positivo así lo estableciese, o la voluntad, siendo de más frecuente aplicación esta idea del acto abstracto en la materia de obligaciones, donde tales actos, sin perjuicio de la regla, que es lo primero, son además solemnes, formales estrictamente, como la estipulación, donde si los romanos emitían la pregunta y respuesta congruentes, el contrato existía, prescindiendo de las razones o motivos, incluso el más próximo o inmediato, causa, que para ello hubieran existido, lo cual no quería indicar que en tales negocios formales o abstractos la causa no existiera, ya que nadie promete o se obliga carente de toda clase de motivos para ello.

Los efectos del acto abstracto, por consecuencia de lo expuesto, son: en primer término, a su favor existe una presunción de las partes de que la causa existe y es lícita, sin que el sujeto activo tenga que probarla; en segundo lugar, crear a favor de terceros un derecho mejor, por no poder ser atacado, que el de los interesados de modo directo; en tercer término, que habiendo en el negocio abstracto dos actos superpuestos, si el acto causal es nulo, no lo es en cambio el acto abstracto, como antes se ha consignado, y, por último, que el acto abstracto, en caso de nulidad, da lugar al ejercicio de la acción de injusto enriquecimiento.

CAPÍTULO II

FORMA INTERNA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

9. Forma interna en general.

Estudiar la forma interna de los negocios jurídicos vale tanto como entrar en el contenido de los mismos analizando los elementos o requisitos de toda clase que los integran, esenciales unos, otros naturales, y, por último, los llamados accidentales. Tal análisis es necesario, puesto que ya hemos manifestado que el negocio de derecho es mani-

festación de voluntad declarada con fin de producir efectos jurídicos, moviéndose dentro de la ley. Realmente, este análisis no puede hacerse de modo general, porque cada uno de los negocios de derecho requiere diversos elementos esenciales y naturales, y distintos son también en cada caso los accidentales, obra exclusiva de las partes que en tales actos intervienen. Ello no obstante, puede sentarse una doctrina de carácter general respecto de los esenciales y accidentales, porque de entre los primeros hay algunos comunes a todos los negocios, y respecto a los segundos, la doctrina señala tipos o modelos usuales y corrientes, que por regla general utilizan las partes que realizan el negocio jurídico.

Los elementos esenciales se referían: 1.º A la persona o capacidad del sujeto; 2.º Al objeto o materia del negocio; 3.º Al consentimiento o voluntad interna de las partes; 4.º A la declaración de la voluntad, y 5.º A la conformidad o correspondencia entre ambas clases de voluntad, o sea la interna, y la manifestada o declarada.

10. Elementos esenciales referentes a la persona o capacidad del sujeto.

El sujeto o persona que ha de llevar a efecto el negocio jurídico necesita una aptitud para tener derechos, pero precisa también una capacidad para ejercerlos. No basta, por tanto, poder ser sujeto de relaciones jurídicas, sino que es imprescindible tener poder de realizar actos con eficacia jurídica; en una palabra: además de poseer el sujeto la capacidad jurídica o de derecho, necesita al mismo tiempo la capacidad de hecho o de obrar.

El Derecho Romano, en este punto, exigía que el sujeto o persona tuviese capacidad para alterar sus derechos; por consiguiente, no podían celebrar actos jurídicos los infantes (12), los furiosos, excepto en los intervalos lúcidos; los locos (13) y los que se encontraban en estado completo de embriaguez o de cólera, porque no gozaban de su razón y de su voluntad libre (14), ni tampoco los sordomudos. Y tenían asimismo varias restricciones los que estaban bajo la patria potestad o tutela o curaduría y las mujeres casadas, porque las leyes, a todos ellos, no les reconocía como personas perfectas e independientes. Así, por ejemplo, el pupilo, *maior infantia*, no podía obligarse sin la autorización de su tutor, pero sí podía obligar a otros en su favor con sus actos jurídicos, ya que sólo les estaba prohibido todo lo que hacía peor su condición, y, por consiguiente, eran válidos los actos que celebraban aun sin aquella autorización en cuanto ellos no resultasen obligados (15).

Por lo demás, bueno será advertir que en este punto fué distinto el Derecho civil del derecho de gentes romano, puesto que la capacidad, en el primero, se afirmaba sólo para los ciudadanos romanos, mas esta exclusiva limitación no se daba en los actos o negocios que regulaba y amparaba el *ius gentium*.

11. Elementos esenciales referentes al objeto o materia del negocio.

Con relación al objeto, no podían realizarse actos jurídicos sobre cosas que no existían, ni se esperaba que existiesen por lo menos (16),

(12) I., 3, 19, 10.
(13) C., 4, 38, 9.
(14) D., 50, 17, 48.
(15) D., 29, 2, 9.—D., 45, 1, 41, § 2.
(16) D., 20, 1, 15.

como tampoco sobre acciones imposibles, no sólo física, sino también moralmente, como son las anteriores a las leyes y buenas costumbres (17), o que perjudican a tercero (18), como asimismo era nulo el negocio cuya disposición fuese demasiado general e indeterminada, y aquel cuya ejecución dependía sólo de la voluntad del deudor (19), o cuya promesa no reportaba utilidad ninguna al adquirente (20). Por lo demás, podían ser materia del negocio jurídico, lo mismo las cosas corporales que las incorporales, y aun los hechos de los hombres, tanto los positivos como los negativos.

Más concreta y específicamente: era preciso que las cosas que hubiesen de ser materia de un negocio de Derecho estuviesen en el comercio, esto es, que no fuesen incapaces de pertenecer al dominio de los particulares, como sucedía a las de *derecho divino*, las *comunes*, las *públicas* y las *destinadas al uso público y común* de los pueblos, entre las que no se contaban las muebles que pertenecían al patrimonio de los mismos o del fisco, porque éstas se encontraban en el comercio (21). De igual modo hacía también nulo el negocio jurídico el que la cosa objeto de él no pudiese pertenecer a la propiedad del que trataba de adquirirla, como si en tiempo de Gayo un peregrino hubiese estipulado un fundo itálico (22), o si en tiempos posteriores un judío o un pagano quisiese adquirir un esclavo cristiano (23). Pero con tal que el adquirente fuese capaz de tener esta propiedad, aunque el promitente no tuviese la cosa prometida en su comercio, no quedaba por eso menos obligado por el negocio jurídico, y, por consiguiente, en este caso, tendría que resarcir los daños y perjuicios que se siguiesen al acreedor de la no ejecución del acto por parte del prominente (24).

Tampoco podían ser objeto de un acto jurídico las cosas que eran ya de aquel a quien se prometían, pero podía serlo el precio o estimación de ellas, así como también las cosas mismas si se prometían para el caso en que dejasen de pertenecerle, o si se prometía su restitución, en caso de hallarse depositadas o fuera de su poder por cualquier causa (25).

Para terminar este punto, y así como era nulo el negocio de derecho que se celebrase sobre una cosa que no podía ser objeto de él, aun cuando posteriormente adquiriese aquella capacidad, así, por el contrario, si la perdía con posterioridad, por hacerse *sagrada* o por otra causa semejante, se extinguían los efectos del negocio, desapareciendo la obligación (26), y se extinguían de tal modo, que no podían restablecerse aunque después volviese la cosa a ser susceptible de propiedad particular (27). Pero para esto era necesario que la transformación hubiese sucedido sin culpa ni participación del deudor, pues de lo contrario la obligación continuaba subsistiendo en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios (28), siendo preciso, además, observar que esta última regla no se aplicaba al caso en que la cosa debida se hiciese con posterioridad del adquirente, porque en este caso el deudor debía entregar su precio o estimación, y su obligación no se extinguía, a no ser que se reuniesen las dos circunstancias de que el negocio jurídico hubiese sido un acto

(17) D., 50, 17, 31.
(18) C., 1, 14, 5.
(19) D., 44, 7, 8.
(20) D., 2, 14, 61.
(21) D., 18, 1, 6 pr. y 72, § 1.
(22) D., 31, 1, 49, § 3.
(23) C., 1, 10, 1.
(24) D., 45, 1, 34.—D., 31, 1, 49, § 3.
(25) D., 45, 1, 82.
(26) I., 3, 19, 2.
(27) D., 46, 3, 98, § 8.
(28) D. 45, 1, 91.

de pura liberalidad y que la segunda adquisición se realizara también por título gratuito, único caso en que se aplicaba la regla *duae causae lucrativae in eamdem rem eamdemque personam cadere non possunt* (29). Preciso era también distinguir si las cosas tenían esta incapacidad por su naturaleza o sólo por algún impedimento temporal relativo a la persona del adquirente, porque en este último caso el negocio de derecho condicional no era nulo desde el principio, sino que sería nulo o válido según que, al cumplirse la condición, continuase o hubiese desaparecido aquel impedimento (30).

12. Elementos esenciales referentes al consentimiento o voluntad interna de las partes.

Hemos dicho repetidamente que todo negocio jurídico requiere que la voluntad exista, que es indispensable en él una declaración de voluntad, y, más aún, una voluntad efectiva de realizar el acto por parte del agente dotado de capacidad de hecho o de obrar. Este deseo consciente de realizar totalmente el negocio y producir sus efectos, aludido en las fuentes con los términos *animus, voluntas, consensus* o *affectus*, lleva a la necesidad de distinguir si en el acto jurídico hay ausencia total de voluntad o un simple vicio de voluntad expresada, porque puede suceder en algun caso, como el del loco que expresa una voluntad, que el acto exista, pero que la voluntad declarada no sea voluntad, haya falta absoluta de voluntad, mientras que en otros casos, como los de dolo error o violencia, la voluntad exista, pero no haya sido clara y libre; y todo porque es evidentemente necesario que la voluntad sea real y efectiva.

En el antiguo Derecho de Roma, verdaderamente no era o significaba tanto la intención, que venía considerada y protegida, cuanto la misma declaración en su objetivo significado; la ley de las XII tablas ya expresaba su precepto «*Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*» (31). La voluntad efectiva de las partes es o debe ser el fundamento de la declaración; pero si alguna vez no coincide tal voluntad efectiva o real con la declaración misma, debe prevalecer la primera, según el Derecho clásico y más todavía en el justinianeo. Verdaderamente, y como antes queda indicado, las fuentes hacen continua mención de las palabras *voluntas, animus, consensus, affectus*, y si bien la palabra *voluntas* se suele referir a la declaración externa, y *consensus* a la externa coincidencia con la declaración, no puede dudarse que la mayoría de los textos antiguos aluden a la voluntad efectiva, y el mismo hecho de que la palabra *voluntas* indica alguna vez la declaración externa, prueba que esta última se consideraba como indicio, señal o expresión de la primera. Justificación de tales afirmaciones son textos bastantes expresivos de las fuentes romanas: así, el testamento (32) es definido *voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit;* de igual modo se justifica la tradición con el precepto legal de que las cosas cuyo dominio adquirimos por la entrega, se hacen nuestras por derecho de gentes, en razón a que « ninguna cosa es tan conforme a la equidad natural como *voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*» (la voluntad constante del señor que quiere transferir a otro lo que es suyo) (33), donde

(29) I., 2, 20, 6.
(30) D., 45, 1, 31.
(31) Tabla VI. fr. 1.
(32) D., 28, 1, 1.
(33) D., 41, 1, 9, § 3.

ratum habere significa proveer de protección jurídica; y de la misma manera se enseña, al tratar de las obligaciones y acciones (34), que «*concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive venditio sive donatio sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consensit, perduci ad efectum id quod inchoatur non potest*» (es necesario que se verifique la voluntad de los contrayentes; porque no se puede contraer venta, donación, conducción ni otro contrato alguno sin que se verifique la voluntad de que se perfeccione el contrato ya empezado). Estos casos de diferentes negocios jurídicos demuestran con claridad la tendencia general del Derecho, que atiende a *perducere ad effectum*, a aquello que el consentimiento concurrente de las partes ha establecido, a *ratum habere*, la voluntad de enajenar del dueño o señor. No obstante esta tendencia, se contradice, sin embargo, en algunos casos particulares; se quebranta contra la regla de la forma, en cuanto no tiene valor la voluntad no declarada en la forma prescrita, y también en cuanto no es admisible un significado que se puede probar extrínsecamente, pero que resulta incompatible con la declaración. Pero fuera de tales supuestos, y algunos otros parecidos, el principio es el de que el acto jurídico no aparece si no se quiere la declaración.

Por tanto, si era preciso en este punto, no una consciencia y un propósito claros y detallados que alcancen a todos los efectos del negocio, ni tampoco que todas las consecuencias del mismo sean queridas por el sujeto, sino una voluntad real y efectiva que se proponga las consecuencias inmediatas del acto, dando preferente atención y eficacia a la intención de las partes, es conveniente manifestar cómo se manifestaba la voluntad.

Respecto a este extremo, el consentimiento o voluntad de las partes podía ser expreso, esto es, manifestado por medio de palabras o por escrito (35), y podía ser tácito o manifestado por medio de actos que no admitiesen otra explicación (36), resultante de hechos que aseguran una ilación cierta alrededor de la existencia de la voluntad, y constituye siempre una deducción, que a veces es como una consecuencia necesaria o supone una presunción, implicando siempre un juicio verdadero sobre un acto determinado, teniendo en cuenta las circunstancias accesorias. Pero es preciso tener en cuenta que toda declaración tácita se invalida ante una declaración expresa contraria, formulada en una protesta o en una reserva.

Esto hace que, en general, el silencio no pueda ser considerado como una manifestación o declaración de voluntad, salvo casos excepcionales, como, por ejemplo, un contrato en que se diga se entiende prorrogado si ninguna de las partes le denuncia antes de su terminación, o enfrente de un tercero, cuando el silencio significa una renuncia de derechos o un abandono, o un consentimiento, o una renovación de voluntad, en cuyos supuestos el silencio denota la prórroga del negocio. Por ello, la afirmación de que el que calla consiente, no puede ser exacta, creyendo por nuestra parte que para que el silencio absoluto pudiera ser interpretado como declaración de voluntad es menester que cualquiera fuente de Derecho, la ley, la voluntad, etc., así lo declare en determinados actos, y especialmente que el silencio haya obligación de articularle verbalmente, aunque parezca rara la afirmación para que pueda interpretarse como declaración de voluntad (37).

Desde luego que la prestación del consentimiento o voluntad de

(34) D., 44, 7, 55.
(35) D., 44, 7, 38.
(36) D., 46, 8, 5.
(37) Winscheid. Ob. cit., pág. 74.—Savigny. Ob. cit., pág. 131.

las partes podía también hacerse con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, en cuyo caso se llamaba ratificación, la cual, por regla general, producía los mismos efectos (38).

Pero siempre era de necesidad absoluta que el consentimiento o voluntad fuese formal y libre. No quiere esto significar que la voluntad tuviese que ser más o menos espontánea; ello era indiferente. Mas sí que dicha voluntad no estuviera afectada de vicios que hicieran suponer que tal voluntad era inexistente, que el acto no se había querido, por cuya causa hacía nulo el negocio todo consentimiento viciado por la la fuerza o el miedo, por el engaño o dolo y por la simulación.

A) *Fuerza y miedo.*—En general, la violencia es una coacción ejercida sobre un individuo para realizar un negocio jurídico. Pero tal coacción puede afectar dos formas: una física, fuerza absoluta, material, que ejercida sobre una persona priva a ésta por completo de la libertad y reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, y la otra moral, amenazas dirigidas a una persona, haciendo nacer en ésta la creencia de que ha de sobrevenirle un mal grave. La primera es propiamente la fuerza, absoluta, cumplida *(vis absoluta)* o la coacción llevada, metida dentro del cuerpo mismo, inferida al cuerpo *(illata corpori)*; la segunda es el miedo, instigación, consejo, estímulo, que empuja, incita o induce a hacer *(vis impulsiva)* e inferida al ánimo *(illata animo)*.

Tanto una como otra, y en tesis general, no viciaban el consentimiento sino cuando eran injustas (39) y capaces de hacer impresión en una persona razonable o, como técnicamente suele decirse, cuando caían en varón constante (40). Pero más concreta y específicamente, la fuerza anulaba por completo el acto jurídico porque anulaba también enteramente la voluntad; en el acto realizado por fuerza hay una apariencia de consentimiento, puesto que éste realmente no existe, y siempre tuvo el Derecho Romano en cuenta esta forma de coacción. Y además, si la fuerza provenía de aquel a cuyo favor uno se había obligado, anulaba en todo caso el negocio; pero si procedía de un tercero, ocasionaba de igual modo la anulación siempre que el otro agente del acto era sabedor de ella, teniendo que distinguir, caso negativo, si el negocio se había ejecutado o no, porque en el primer supuesto subsistía el acto en todo su vigor, y al que sufriera la coacción le quedaba expedito su derecho para reclamar contra el que se la causara, y en el segundo podía librarse del cumplimiento por la excepción *quod metus causa*.

Respecto del miedo o violencia moral, tiene naturaleza distinta, aunque sus efectos puedan ser idénticos, por lo que no sucedió siempre lo mismo que con la fuerza. En efecto, una declaración de voluntad prestada por amenazas o por presión sobre el espíritu debe anular el negocio jurídico que nació de esta manera; pero el fundamento de tal nulidad no es la inexistencia de voluntad, sino el que la voluntad que existe ha sido alterada o viciada; no se destruye con el miedo la libertad de querer, y la libertad existe, siendo por tanto cierto que el que quiere, aunque haya sido cohibido, quiere efectivamente; pero esa libertad, influída por el miedo, se encuentra alterada y la persona no tiene la independencia debida y necesaria en sus determinaciones. Por ello el antiguo Derecho civil romano consideró válidos tales negocios, pero el Derecho pretoriano u honorario modificó ese rigor, y, a tal efecto, al demandado que había operado en el acto de derecho influenciado por el miedo o amenazas el pretor le *exceptio quod metus causa*,

(38) D., 46, 3, 12, § 4.
(39) D., 4, 2, 3, § 1.
(40) D., 4, 2, 5.

rechazando por tal medio, basta paralizarla, la acción del demandante, y de la misma manera podía este sujeto obligado accionar, utilizando o la acción penal *quod metus causa* contra el autor del miedo o de las amenazas, o esa misma acción como *actio in rem scripta* contra todo tercero que se hubiere aprovechado de la coacción causada, obteniendo y logrando o la devolución de lo entregado y debido o el cuádruplo de su valor, sin perjuicio de poder ejercitar, claro es, la *restitutio in integrum*.

Sin embargo, y como puede deducirse de lo ya dicho, no basta la existencia del miedo o amenazas para que se produzca la nulidad del acto, sino que se precisa la concurrencia de condiciones o requisitos determinados. Tales son: que el mal con que se amenace haga impresión en una persona razonable, varón constante decíamos anteriormente, y, por tanto, el mal debía de ser grave y considerable, teniendo relación con la persona o bienes del que le sufre o de un tercero, como su cónyuge, ascendiente o descendiente; precisa también ser inminente, es decir, recaer sobre un hecho próximo, y ha de ser igualmente injusto, o, lo que es igual, que el autor de la amenaza o miedo no ejercite un derecho, sino que proceda de una manera injusta e ilegítima. E igualmente será nulo e ineficaz el acto si un tercero causa el miedo y produce la violencia moral, porque la razón de nulidad del acto está en la alteración psíquica que causa en la víctima la violencia ejercida, siendo indiferente que uno intimide para aprovecharse por sí mismo del miedo como para que se aproveche otro.

B) *Dolo.*— Es el dolo otro vicio o defecto de la voluntad en el negocio jurídico, que esencialmente consiste en el engaño, puesto que origina voluntariamente un error mediante artificios o maquinaciones dirigidas a inducir una declaración de voluntad constitutiva de un acto de derecho. El error causado por el dolo se origina por deliberación reflexiva e intencional, utilizando una especie de artificio para engañar a otro, y, en su consecuencia, la voluntad declarada lo ha sido merced a las aludidas maquinaciones fraudulentas, sin que haya voluntad real, y este resultado vicioso no puede menos de producir sus efectos en el negocio jurídico que se produzca por tal declaración viciosa.

El Derecho Romano distinguía el dolo malo del dolo bueno (41). Labeón definía el dolo malo como toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o coger a otro, distinguiéndole del dolo bueno, al que consideraba como los artificios, especialmente la astucia; y más concretamente, si se maquinase contra el enemigo o el ladrón, más o menos hábiles, de que uno se puede servir para llegar a un resultado lícito.

El dolo malo, único que nos interesa, consistía, por tanto, en cualquiera alteración de la verdad hecha de intento para que otro ejecutase una acción que le era perjudicial, y que de otro modo no hubiera ejecutado. Y parece natural que, dado este concepto, el acto jurídico donde ha habido dolo sea nulo por falta de libertad en la voluntad, ya que una declaración de voluntad no puede ser válida si no ha sido libre. Pero como al fin y al cabo la causa que podría determinar la nulidad del acto donde existe dolo es una causa psicológica, el negocio así concluído, al igual que en el miedo, era válido conforme al puro Derecho civil, pero también, de la misma manera que en el miedo, la reforma pretoriana concedió en el caso de dolo primeramente una acción, *actio doli*, subsidiaria y de carácter penal, que no podía utilizarse contra terceros, sino sólo contra el causante del engaño, ni podía tampoco la condena

(41) D., 4, 3, 1, §§ 2 y 3.

elevarse al cuádruplo, pero que era infamante, y en segundo lugar otorgó la *exceptio doli*, y en tercero la *restitutio in integrum*, en la misma forma y efectos que en el caso del miedo.

De todos modos entendemos que lo más interesante en este punto del dolo y en la esfera de la doctrina que parece deducirse de los textos positivos es que el dolo implicaba siempre intención; la declaración de voluntad era preciso se originase intencionalmente, con la conciencia de hacer cosa lesiva para el derecho, estando, por tanto, la razón de la transformación pretoriana al otorgar la nulidad del acto en el vicio de la voluntad más que en el daño producido en los intereses y patrimonio de quien sufre el engaño.

Es preciso asimismo hacer constar que en el Derecho Romano, si las dos partes del negocio jurídico eran causantes del dolo, se compensaba el de la una con el de la otra, y en tal caso ninguna podía reclamar el cumplimiento del acto ni tampoco la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios (42); pero si sólo una de las partes fuera dolosa, había que distinguir el dolo principal, *dolus causa dans*, sin el que la persona que se obligara no se hubiera obligado, del dolo incidente, *dolus incidens*, que tenía lugar cuando el que obligara se hubiera obligado, aunque no fuese engañado, pero se obligaría bajo otras condiciones, pues el primero constituía la razón o motivo determinante del acto, y el engaño podía llevar a concluir un negocio jurídico que, de no mediar aquél, no se hubiera celebrado; mientras que el segundo interviene accidentalmente en el negocio de manera que el acto se realizaría sin él, y llevaba a realizar éste, ya decidido, en determinadas circunstancias, que sin el dolo se hubieran evitado. En el caso primero, el engañado podía pedir la nulidad del negocio realizado (43); en el segundo sólo se ocasionaba un derecho para intentar una acción de daños y perjuicios (44), aunque generalmente se estima que la distinción señalada en las fuentes, a que acabamos de aludir, no se admitía en el Derecho clásico (45).

Si, como podía suceder, el dolo provenía sólo de un tercero, el engañado tenía la acción de dolo contra el engañador (46) y podía también pedir el resarcimiento de daños y perjuicios contra la otra parte, en cuanto ésta se enriqueciera por efecto del dolo (47).

Por lo demás, si bien es cierto que el dolo produce el resultado de inducir al error cometido por la persona a quien se dirige, sus efectos no pueden confundirse con los que el error en sí produce, según más tarde veremos. El error sin dolo no es una causa de nulidad más que cuando recae sobre la substancia de una cosa o sobre la persona, si ésta es la consideración principal del acto, mientras que el error originado por el dolo es siempre una causa de nulidad, por su influencia determinante sobre la voluntad.

Finalmente, el dolo nunca se presumía; tenía que ser probado, llevando la justificación de haberse incurrido en él por acción o por omisión, siendo exigible en toda clase de obligaciones, pero no pudiendo invocarse como causa de nulidad en los actos bilaterales si ambas partes procedieron dolosamente, pues en tal caso se produce el efecto compensatorio a que anteriormente aludimos.

---

(42) D., 4, 3, 1, § 2.
(43) D., 4, 3, 7, pr.
(44) D., 19, 1, 13, § 4.
(45) V. Dernburg. *Pandekten*, 6.ª, pág. 104, 11; y Girad. *Manuel elementaire du Droit romain*, 7.ª, págs. 448, 455.
(46) D., 4, 3, 1, § 8.
(47) D., 4, 3, 18, § 3.

13. Elementos esenciales referentes a la declaración de voluntad

Hemos manifestado con anterioridad, y repetidamente, que la voluntad es la razón directa del negocio jurídico siempre que se determine según el Derecho, puesto que es necesario que la voluntad exista real y efectivamente si aquél ha de producir los efectos conforme a su naturaleza. Mas esa voluntad puede hallarse solamente en el propósito, pensamiento o intención del que hace la declaración, y que nadie más que él conoce como acto interno, o puede encontrarse revelada, exteriorizada por actos, palabras, solemnidades, que dan eficacia jurídica a la declaración. Ahora bien, carece de dicha eficacia el negocio jurídico en que la voluntad no se muestra al exterior. y de aquí que sea preciso en el mismo la emisión de la voluntad.

Esta emisión o exteriorización de la voluntad afecta formas muy variadas, que el Derecho, a la vista del medio empleado para hacerla, admitía pudiera ser efectuada por aptitudes del sujeto, gestos o actos del mismo, o utilizando para el mismo fin la palabra hablada o escrita. En el primer caso se encuentra el *nutus*, seña, movimiento de cabeza, gesto *(ad nutum praesto esse:* estar presto a la menor señal); el caso de *digito ostendere*, extender o mostrar el dedo *(loqui digitis nutuque:* hablar por señas), y hasta el mismo *silentium*, silencio *(silentio praeterire:* pasar por alto), cuando la propia ley le señala y atribuye tal valor, y en el segundo se hallan la *stipulatio*, estipulación, interrogación y respuesta afirmativa *(verborum conceptio:* cierta fórmula de palabras) y los actos *litteris*, menciones escritas *(chirographa* y *syngraphae)*. En atención a distinto concepto, como es la manifestación imperativa de la ley, la declaración de voluntad había de hacerse en la forma establecida previamente por la ley, surgiendo de este modo la declaración de la voluntad *formal* o el negocio de derecho *solemne*, sin cuya forma preestablecida o solemnidad determinada el acto era nulo, a cuya idea se ajustó casi siempre el Derecho Romano antiguo, valiéndose al efecto de manifestaciones inflexibles orales, *verba certa et solemnia*, o de actitudes o gestos simbólicos, *aprehenssio*, *impossuit vindicta*, *festuca*, o, por fin, debido a la influencia griega, por actos escriturarios. Pero también la declaración de voluntad podía quedar al arbitrio de las partes que realizaban el negocio jurídico, constituyendo así declaraciones *no formales*, amparadas, por regla general, por el *ius gentium* en los actos regulados por éste.

Todas las manifestaciones de voluntad *formales* y *solemnes* deben ser *expresas*, es decir, hechas de modo que no admita duda ni equivocación posibles y en forma directa, y de tal suerte que vaya dirigida de modo claro y cierto al fin del negocio de que se trate. Por el contrario, las declaraciones de voluntad *no formales* pueden o no ser expresas, puesto que cuando en ellas no aparece como finalidad inmediata la de hacer pública, clara y terminantemente la voluntad en relación al negocio de derecho, son *no expresas*, llamadas también impropiamente *tácitas;* constituyen estas manifestaciones de voluntad aquellos actos en que la declaración no se formula de modo directo, pero que se induce de manera indirecta un hecho que sólo así se explica naturalmente, haciendo suponer en él una voluntad relacionada con determinado negocio jurídico; tal sucedía, por ejemplo, en la *gestio pro herede*, en la que se ejecutaban actos de heredero, como administrar las cosas here-

ditarias, dar en arriendo los fundos, pagar deudas o cobrar créditos del causante, que indican la voluntad de ser heredero (48).

Mas en orden a esta materia de la declaración de voluntad, la realidad demostraba que tales manifestaciones de voluntad podían hacerse, por el mismo interesado en el negocio de derecho o por medio de otra persona. Surge de aquí la doctrina o teoría de la *representación*. En esta figura la realización plena del negocio jurídico se lleva a cabo por una persona llamada representante, que opera por otra denominada representado; el primero interviene en el acto, es parte en el negocio jurídico, hace él la declaración de voluntad, aunque en realidad no es su propia voluntad, sino la de su representado, y sobre éste recaen todos los efectos jurídicos del negocio. Supone, por tanto, esta concepción una ficción que prolonga o extiende la personalidad jurídica del hombre, y que le permite finalizar actos por el intermedio de terceras personas, obteniendo y logrando iguales efectos que si los realizara él personalmente.

En puridad de doctrina, no puede admitirse la representación, pues si la voluntad es la causa eficiente de los actos de derecho, la voluntad, en el momento de ser expresada, debe manifestarse por el mismo interesado. Pero para justificar la doctrina representativa se ha acudido a distintos razonamientos, y así se ha invocado en primer término la necesidad legal respecto de aquellas personas físicas o individuales que carecen de capacidad de obrar, como los infantes o los locos, a fin de que pueda ser administrado su patrimonio y desenvuelta su posible actividad jurídica, y también en orden a las personas sociales o jurídicas; en tales casos la representación toma la forma de necesaria o impuesta por la ley. En otras ocasiones se alega como fundamento de la representación la vida de relación, la actividad económica o las necesidades sociales que imponen como indispensable esta institución, a fin de no paralizar esa vida de relación y evitar el perjuicio de intereses dignos de toda clase de respetos. Y, por último, se ha hablado de circunstancias de mera conveniencia o simple comodidad, que en casos como el de imposibilidad de hallarse presente en distintos lugares al mismo tiempo una persona, o una enfermedad, o la comodidad del actuante en el negocio de derecho, aconsejan se dé el caso de sustitución personal para máximos perjuicios; en todos estos casos y otros parecidos se dice que la representación es puramente voluntaria.

Ahora bien, si la teoría de la representación es admitida hoy por todas las legislaciones modernas, no sucedía lo mismo con el Derecho Romano. En efecto, en realidad el Derecho Romano no conoció esta teoría, puesto que el tercero adquiría en su propio nombre y sobre él recaían las consecuencias del acto, y debía en seguida transmitir a los verdaderos interesados sus derechos, es decir, que en un principio la persona del ciudadano romano no podía ser representada por otro en los actos jurídicos, y cada uno debía celebrarlos por sí mismo o, dada la especial concepción de la familia romana, por medio de sus esclavos, de sus hijos o de otras personas sometidas a su poder, que, según los principios de dicho Derecho, formaban con él una misma y sola persona. No era, por tanto, admisible la forma directa y completa de la representación, aquella en que lo hecho por el representante, los efectos del acto realizado por el mismo, se producen para el representado; pero, en cambio, se admitía la forma indirecta e incompleta de representación, en la que los efectos del negocio se dan por modo exclusivo a favor y en contra del representante, siendo necesarios nuevos hechos para que puedan ir a parar los efectos del negocio al representado; fué el resul-

(48) C., 6, 30, 2.

tado de aplicar a todo negocio jurídico la regla ya formulada por Gayo y Paulo (49), pero procedente de la época de la República, *nihil per extraneam personam adquiri posse*. Para sostener tal principio se alegaba como fundamento bien la concepción romana de que la voluntad era irreemplazable y que la actividad de una persona favoreciese a otra, bien el concepto estrecho de la *obligatio* como lazo exclusivo entre los contratantes; por otros se aludía, para explicar el criterio, al formalismo impuesto por el primitivo Derecho respecto a los modos de constituir la obligación, y no ha faltado quien ha visto la razón del principio en las circunstancias sociales, económicas y mercantiles primitivas y harto sencillas la utilización del mensajero, *nuntius*, como transmitente de la voluntad hecha por otro, o, por último, la organización de la familia romana, como antes decíamos.

Pero con el tiempo se fué templando este rigor, y se distinguió entre los actos legítimos y los del derecho de gentes, y en éstos se admitió que pudiesen celebrarse por medio de *procurator*, salvando con interpretaciones y procedimientos indirectos las consecuencias lógicas de los antiguos principios, y así se utilizaron medios para obviar la dificultad y hacer que los efectos del negocio fueran del representante al representado, y por otra parte se admitió en algunos casos la representación directa, como en la *bonorum possesio*, en la adquisición del derecho de prenda y en los actos realizados por el *procurator omnium rerum*.

Por lo demás, y ya en este último estado del Derecho, declarada la voluntad por el representante y hecha en nombre de otro, el efecto jurídico del negocio recae sobre el representado, sin producir efecto alguno para el representante con tal que éste no sólo haga la declaración en nombre de otro, sino que obre dentro del límite de sus facultades, bien conforme al mandato dado, o por razón de su oficio, o por la constitución de una persona colectiva o social, ya que por estos distintos motivos se puede tener el derecho de concluir un negocio jurídico determinado.

14. Elementos esenciales referentes a la conformidad o correspondencia entre la voluntad interna y la manifestada o declarada.

En orden a la declaración de voluntad, lo más importante no es tratar del caso en que la voluntad interna coincida con la exteriorización de la misma, sino examinar y determinar aquel otro posible y frecuente, en que hay oposición o contradicción entre la voluntad real, interna, y la externa o declarada, porque, si no son coincidentes, se hace preciso fijar cuál de ellas debe de prevalecer.

Se ha sostenido que debe predominar la voluntad interna o real, porque es la causa eficiente del negocio jurídico, mientras que la declarada no es otra cosa que la expresión de ella. Se afirma por otros juristas que no hay más remedio que atenerse a la voluntad exteriorizada, ya que no habría seguridad en las relaciones de Derecho si la voluntad expresada no fuera verdaderamente eficaz.

Parece ser, en principio, que en tal caso de oposición entre ambas voluntades no puede decirse que la declaración y expresión sea voluntad, porque nada expresa ni declara ésta si lo exteriorizado o manifestado no fué lo querido por el autor de la declaración, ya que ello sería tanto como dar eficacia a una apariencia o simulación, a una voluntad que no lo es, sancionando actos que tienen por origen un

(49) Gayo, 2, 95, y Paulo. *Sent.*, 5, 2, 2.

vicio de nulidad. En atención a ello se sostiene que la voluntad verdadera es la intención, el propósito, la voluntad interior, ya que la externa no es más que expresión o manifestación de aquélla. debiendo por tanto prevalecer la voluntad real.

Sin embargo, en el terreno positivo, es lo cierto que el Derecho no presumía esas divergencias entre estos dos momentos de voluntad, y si se afirmaban debían probarse, puesto que, en defecto de justificación, se entendía como una sola y misma la voluntad real y la declarada. Mas si se probaba la divergencia, resultaba preferente la voluntad real sobre la declarada, pues el efecto jurídico que se produciría de no existir tal oposición, no se produce. Tales son los dos puntos de vista, teoría de la voluntad y teoría de la declaración, que la doctrina moderna plantea sobre este punto. Para el primero, el querer efectivo interno es lo que la norma o precepto del Derecho protege, porque la exteriorización de la voluntad sólo tiene valor de mera probanza; en *cambio, para el segundo no puede comprobarse de modo seguro* la voluntad verdadera, y como la sociedad sólo conoce la declaración, a ésta hay que atenerse, porque de ella nacen los derechos y deberes que, como formando parte de los intereses generales, con arreglo a ellos deben ser interpretados y regulados aquéllos.

El Derecho Romano no pudo hacer declaraciones concretas sobre este punto, dado que sus juristas nunca hicieron una teoría general sobre el negocio jurídico; pero, desde luego, parece ser lo más seguro se inclinaron a la voluntad interna, porque en la mayoría de sus instituciones buscaron siempre el *animus*, *affectus*, o *consensus*, es decir, la verdadera *voluntas*. Pero claro es que esta afirmación sólo puede hacerse respecto a la época del Derecho clásico y del justinianeo, porque antes, en el Derecho primitivo antiguo, imperaba exclusivamente la forma, la declaración o manifestación de la voluntad, según, como al comienzo del número 12 dijimos, se desprendía del contenido de la tabla VI, fr. 1.° de la ley de las XII tablas, aunque, no obstante esto, no careció el Derecho de tal época de soluciones concretas para garantizar y respetar la voluntad interna individual, a fin de hacer seguras las relaciones jurídicas y evitar la lesión de los intereses privados y públicos, predominando el criterio de la voluntad interna para los negocios de adquisición, familiares y de última voluntad, y en cambio el de la voluntad declarada para los onerosos y mercantiles (50). Se distinguía evidentemente en los casos de divergencia entre la voluntad interior y la manifestada, si la oposición era querida por el sujeto. de carácter intencional, como las hechas en chanza o broma, *iocandi gratia*, o como prueba o ejemplo, *demostrandi causa*, que no daban lugar al negocio de derecho, pero que, sin embargo, concedían al tercero, que creía en la declaración un derecho a ser indemnizado, las restricciones o reservas mentales, en las que dominaba el propósito de no querer dar efectos a la manifestación de la voluntad, y que, careciendo de importancia en la esfera jurídica, prevalecía en ellas la voluntad declarada y, por último, la simulación.

Esta divergencia intencional, llamada simulación, consiste en aparentar una cosa que no es, dar semejanza o apariencia a la no verdad, produciendo creencia de un estado no real.

En la simulación de todo negocio de derecho tienen que concurrir en primer término una declaración de voluntad deliberadamente no conforme con la intención; en segundo lugar, que tal declaración sea convenida entre las partes de mutuo acuerdo, ya que el solo propósito de una sola es insuficiente, pues en tal caso resultaría no una simulación,

(50) Así, al menos, lo sostiene Pachioni en su *Manuale di Diritto romano*, pág. 16.

sino una reserva mental o un caso de dolo, y es preciso, en último término, un manifiesto engaño a tercero para que el acto no sea puramente irónico o didáctico, sino de verdadera simulación.

Como en definitiva en toda simulación hay un negocio aparente, porque aunque se celebre de modo perfecto existe sólo en apariencia, sin ánimo de que produzca efecto, suele distinguirse el caso de que la simulación ataque a la misma existencia del negocio de aquellos otros en que se refiere a la naturaleza del acto o a la persona que lo realiza. En el primer supuesto, en que hay un acto inexistente, ficticio, en el que no se quiere en realidad concluir negocio alguno, se dice que la simulación es absoluta; en el segundo, que tiene lugar realizando las partes un negocio real, pero diferente del que externamente aparece, ocultando el verdadero negocio, se afirma que la simulación es relativa, y finalmente, si por las partes se lleva a efecto un acto de carácter también real, pero solamente se simula la persona del verdadero interviniente, figurando un sujeto distinto del acto, un fingido titular, se produce la llamada interposición.

En todos los casos, tanto de simulación absoluta como relativa, el Derecho Romano declaraba nulo el negocio simulado. Esto sucedía, desde luego, en el primer caso, de absoluta simulación, y ningún traspaso ni cambio jurídico se producía, llevando incluso el sello de tal nulidad todas las garantías, prendas, fianzas e hipotecas que las partes hubieran convenido a fin de asegurar el negocio.

Con respecto a la simulación relativa, era válido, en cambio, el negocio que realmente se ha querido, si, además de su licitud, reunía los requisitos esenciales para existir. Este criterio influyó con posterioridad para considerar en la doctrina moderna que si bien es nulo el acto aparente, sin embargo, como en la simulación relativa se da el medio para ocultar el acto jurídico verdadero, la ineficacia de la forma externa no puede ser obstáculo para la validez del verdadero, si éste reúne las condiciones legales para su existencia y contiene cosas lícitas. Por estas consideraciones también Roma declaró la nulidad de los actos celebrados en fraude de la ley, que tenían lugar cuando se dirigían contra el espíritu consignado en la ley o norma los actos realmente queridos, sin embargo de no oponerse abiertamente a la letra de la ley.

Por último, en el importante punto de los efectos que, con relación a terceros de buena fe, podía producir el negocio simulado, fué deficiente el Derecho Romano, limitándose a admitir para la seguridad de las relaciones jurídicas la tutela del Derecho sobre la buena fe del tercero.

Por lo demás, la simulación, cuando la cometía una sola de las partes con ánimo de perjudicar a la otra, se convertía en dolo (51); cuando las dos habían aparentado que realizaban el negocio, sin ser esto cierto, no había acto jurídico (52), y si ocultaban un negocio bajo las apariencias de otro, este último era el válido, no siendo contrario a las leyes (53).

Al lado de la divergencia intencional entre la voluntad interna y la declarada del negocio jurídico, existe también la divergencia no intencional, no deliberada e involuntaria, que constituye el error.

Error.—El error, como vicio de la voluntad o de la declaración de ésta en los negocios de derecho, supone ausencia de una idea verdadera, hace creer verdadero lo que es falso, y, al contrario, envolviendo siempre un defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas. En el concepto jurídico comprende también la ignorancia, aunque deba dis-

(51) D., 19, 1, 49 pr.
(52) D., 18, 1, 55.
(53) D., 24, 1, 5.

tinguirse de ésta y no pueda confundirse con la misma, si bien sus efectos jurídicos suelan ser idénticos, porque la ignorancia es carencia absoluta de conocimiento, falta de toda noción sobre una cosa.

No puede menos de influir el error en las declaraciones de voluntad, puesto que cuando ésta se manifiesta en virtud de error, no hay voluntad verdadera, no se quiere con el discernimiento previo necesario para que se produzcan todos los efectos jurídicos que son consecuencia del acto, ya que ha existido un conocimiento equivocado acerca de los hechos particulares que han determinado un acto de voluntad.

No cabe duda que el error supone una divergencia, una desarmonía entre la voluntad real, verdadera e interna y la voluntad declarada; pero esta discordancia producirá ante el Derecho efectos o consecuencias distintas, según que ese defecto de concordancia entre las dos voluntades se equipare a la ausencia de voluntad o se estime que existe voluntad declarada que debe ser por lo menos respetada; en el primer caso, la consecuencia jurídica es la de que el acto será nulo; en el segundo, será únicamente anulable, porque lleva en sí un vicio por el que puede pedirse la nulidad. Además, se afirma en la doctrina, con alguna generalidad, que el error que impide u obsta a los efectos normales del acto es productor de inexistencia del mismo, al paso que el que recae solamente sobre los motivos, y en especiales circunstancias, causará únicamente la anulabilidad del negocio.

No es fácil determinarse en absoluto por una u otra de las tendencias indicadas, y mucho menos ante el Derecho Romano, quien, por obra de sus jurisconsultos, no se ajustaron en esta materia a criterios doctrinales de ninguna especie, ya que discurrían a base de los elementos del negocio sobre los que recaían la ignorancia o el error, y hasta trataban de distinguir entre el error que ocasiona divergencia entre la voluntad y la declaración, o entre la voluntad que se tiene y la que se hubiera tenido.

Por lo que respecta a los negocios del puro Derecho civil, dado su carácter de solemnidad y formalidad, no tomaban en cuenta el error, ni siquiera el impediente o que obstaba al negocio jurídico. Pero más tarde, merced a la reforma pretoriana, y en la época del Derecho nuevo, se afirma el imperio de la voluntad interna y el criterio de que una voluntad viciada por el error no tiene valor alguno.

Mas, a pesar de tales afirmaciones, no todos los errores llegaban a producir dichos efectos, y era preciso distinguir distintas categorías en el error, pues éste podía referirse o a la expresión misma de la declaración o al contenido de ella. En el primer caso, el error es exclusivo de la voluntad, hay falta de voluntad, y el acto producido debe ser nulo; en el segundo, no hay ausencia de voluntad, puede no haber ni siquiera divergencia entre ambas voluntades, y el acto no debe ser nulo en absoluto, aunque pueda ser anulable.

De aquí la necesidad de diferenciar el error denominado *esencial* del *accidental*, y sin que pueda afirmarse la existencia de principios constantes o fórmulas generales para que dentro de ellas se encuadrasen tales categorías de errores, se consideraban dentro del llamado error *esencial* distintos casos referentes al error que recaía sobre la naturaleza del acto, sobre el objeto principal de la declaración o algunas de sus cualidades esenciales, o sobre las cualidades de la persona, o también sobre la cantidad, la cualidad o los motivos, y, en cambio, dentro del llamado error *accidental* todo el que recaía sobre las cualidades secundarias del objeto o sobre los motivos del acto, cuando éstos no son causas determinantes de la declaración. Atentos a estas ideas, los romanos consideraban esencial el error en los casos siguientes:

1.º Cuando el error versaba sobre la naturaleza del negocio, *error in negotio*, el cual afectaba a la misma esencia jurídica de éste, como

si se entregaba una cosa en depósito y se creía por el otro recibirla en préstamo, en cuyo caso no había ninguno de los dos contratos, porque no hay acuerdo ni para uno ni para otro, siendo el error esencial (54).

2.º El error sobre el objeto del acto, *error in corpore*, pues falta la inteligencia y acuerdo entre las personas que han querido realizar el negocio, y así, si uno creía comprar el esclavo Pánfilo, mientras que el vendedor cree vender a Stico, no podía existir el negocio, y era nulo por faltar la identidad real de la cosa, la individualidad concreta del objeto (55).

3.º Error sobre la sustancia de la cosa, *error in substantia*, que afecta a las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza propia de una cosa y la distinguen de las cosas de especies diferentes. Es un error sobre una cualidad principal de la cosa, y, por tanto, se supone que las partes no hubieran hecho la declaración si no hubiera existido error sobre ella. De esta manera, quien toma un lingote de cobre por uno de oro, o vinagre por vino, pero no si el oro se creía puro y tiene una aleación, o si el vino es de calidad inferior (56), este error es causa de la nulidad del acto, porque aunque no impide que las partes estén de acuerdo y al parecer pudiera ser el acto válido, es exclusivo del consentimiento, y la operación sería nula (57).

4.º Error sobre la persona, *error in persona*, recayente sobre la identidad de aquel a cuyo favor se realiza el negocio. Por lo general, y por ello este error no era siempre esencial, no es causa de nulidad del acto jurídico, a no ser que la consideración de la persona sea la causa principal de la declaración de la voluntad, pues en este supuesto el acto jurídico producido tiene el vicio de nulidad, sin que sea indispensable recaiga sobre la persona física, ya que basta afecte a una cualidad, que es motivo determinante del acto jurídico.

Por último, es preciso, en materia de error sobre la persona, tener en cuenta las circunstancias y la naturaleza del acto. En negocios puramente gratuitos, la consideración de la persona es, generalmente, principal y determinante (donación, mandato, depósito); pero en los onerosos es indiferente al acto regularmente, aunque algunos motiva la declaración (crédito, talento, reputación), en los que el error no puede ser indiferente.

5.º Error en la cantidad, *error in quantitate*, que dice relación a todo lo que es susceptible de medida o de aumento y disminución, origina las mismas reglas que el *error in substantia;* el negocio será nulo si uno cree vender por mil y el comprador está en la idea de que el precio es quinientos; pero, en cambio, será válido si el vendedor cree que el precio es quinientos y el comprador acepta en la inteligencia de que es mil, validez que se estimará hasta la menor cantidad.

6.º Error sobre los motivos del acto, llamados por algunos *falsa causa* o *falsa demostratio*, se estima por regla general que no daña, y en su consecuencia no anula el negocio de derecho. Se aduce para ello como razón que el motivo no es ordinariamente conocido por la otra parte y puede variar hasta lo infinito; quien compra un caballo creyendo equivocadamente que ha muerto el suyo, no es un error que pueda anular el contrato.

La regla formulada tenía una esfera de aplicación general respecto de los actos a título gratuito: mas si en ellos el motivo venía a constituir una condición esencial para el favorecido con el negocio, entonces

(54) D., 12, 1, 18, § 1.
(55) D., 18, 1, 18, § 1.
(56) D., 18, 1, 9, § 2.
(57) La misma cita anterior, y D., 18, 1, 11, § 1.

la falsedad del motivo afectaba a la validez del acto; tal sucedía en los actos de donación o de testamento, por ejemplo, si el donante o testador había hecho del motivo una condición de la liberalidad, o si resultara claramente de los términos de la declaración que el autor de la misma subordinaba la eficacia del negocio a la existencia del motivo, en cuyo caso el error sería causa de la nulidad del negocio. Por tal causa, quien nombrase heredero a una persona por creerla su nieto, resultando que no lo es, habrá un error, que ha sido la causa determinante de la voluntad.

7.º Error de hecho y de derecho. El Derecho Romano distinguió también entre estas dos clases de errores, dando mayor gravedad al primero que al segundo.

Denominaba error de hecho al que recaía sobre algún hecho o acontecimiento, y error de derecho al que se refería a lo que disponían las leyes o los principios legales. Y aunque tales clases de error eran de diferente naturaleza, se seguían acerca de ellos unas mismas regias. Había casos en los que nada influía el error, y entonces era como si no existiera para la validez de los negocios jurídicos (58), lo mismo que cuando era de tal naturaleza que podía deshacerse (59); mas en todos los demás había que distinguir entre el error de hecho y el de derecho.

El error de hecho no perjudicaba nunca, a no ser que proviniese de un descuido grosero e imperdonable (60), y aun entonces el error sobre hecho propio debía ir acompañado de circunstancias que le agravasen (61). Además había que distinguir si el error era esencial, recayente sobre alguna de las circunstancias esenciales, como sobre la cosa o sus principales cualidades; la persona, si se había tenido en consideración para celebrar el acto; el precio, si el que debía pagarlo ofreciera menos de lo que la otra parte pensaba, etc., en cuyos casos anulaba el negocio, o si era accidental, o, lo que es lo mismo, recaía sobre las circunstancias accidentales, ya que entonces no anulaba el acto; pero el que lo había sufrido podía pedir la indemnización de daños y perjuicios.

Por su parte, el error de derecho no perjudicaba nunca a los menores, ni a los militares, ni a los rústicos (62), y a las mujeres sólo cuando les resultaba algún beneficio o cuando pagaban (63). En cuanto a las demás personas, las perjudicaba siempre cuando era vencible, es decir, cuando pudiera evitarse consultando a un jurisconsulto (64), y en el caso de ser invencible perjudicaba también al que lo padecía cuando le impedía disfrutar de un beneficio (64); mas cuando le exponía a sufrir alguna pérdida, si bien no podía repetir lo que había pagado ya, no estaba tampoco obligado a pagar lo que había prometido (65).

Para terminar, y por lo que afecta al error llamado accidental, es decir, aquel error que no ha tenido una influencia determinante en la voluntad, puede afirmarse que, de ordinario, no ataca a la validez del negocio por recaer sobre cualidades no sustanciales del objeto, o sea sobre aquellas que no han sido tomadas en consideración como principales para la declaración de la voluntad.

---

(58) C., 6, 23, 12.
(59) D., 29, 2, 22.
(60) D., 22, 6, 2 y 6.
(61) D., 12, 6, 22.
(62) C., 1, 18, 1 y 11.
(63) D., 22, 6, 8.
(64) D., 22, 6, 7.
(65) C., 1, 18, 10, y D., 22, 6, 8.

CAPÍTULO III

FORMA EXTERNA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

15. Forma de los negocios de derecho.

En apartados anteriores se ha expuesto la forma de declararse la voluntad en el negocio de derecho, ya que indicamos que tal declaración podía llevarse a efecto expresa o tácitamente. Pero dando por reproducidas aquellas consideraciones, pretendemos en este lugar tratar de la manera de revestir jurídicamente, de exteriorizar, las declaraciones de voluntad; y a tanto equivale este estudio, como a determinar las solemnidades que deben observarse a fin de que la voluntad declarada sea eficaz y produzca el acto los efectos más conformes a su propia naturaleza.

Es de trascendencia el problema de la forma de los negocios de derecho dentro de las instituciones privadas, y siquiera dichas formas hayan disfrutado de distinto valor jurídico, siempre han existido, sobreviviendo incluso a la libertad que tuvo el pueblo romano, correspondiendo al mayor desarrollo de esa libertad un mayor imperio del formalismo en los actos; y, por el contrario, cuando la libertad decae totalmente, desaparece también el formalismo y las fórmulas del Derecho antiguo (66).

Mantener la soberanía de la forma en el Derecho equivale a pronunciarse contra la arbitrariedad y en favor de la libertad, puesto que merced a ella se mantienen la disciplina y el orden, se constituye una positiva defensa contra los exteriores ataques, y, por el valor que la forma entraña, se constituye ésta en un elemento avanzado que vela por la libertad jurídica. En definitiva, pues, la forma en el negocio jurídico es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados, y debe acompañar siempre al derecho. No quiere significar lo anterior el sustentar un criterio absoluto en la materia que preconice la necesidad de un ritualismo exagerado o de un excesivo formalismo; este criterio impediría muchas veces, o al menos dificultaría o retardaría, actuando de verdadera traba, el desarrollo de múltiples negocios de derecho. Pero sí se trata de hacer resaltar la idea de que las formas son indispensables en la mayor parte de los negocios jurídicos, ya que de otro modo los intereses sociales y particulares, que en todo momento deben ser protegidos jurídicamente, quedarían abandonados a la suerte, al azar o a la mala fe de las personas.

El derecho privado, y su expresión la ley positiva, no puede abstenerse en materia de forma externa de los actos, sin renunciar a su función social. Sin embargo, ese mismo derecho ha sufrido una evolución en la materia, sustituyendo al formalismo y simbolismo romanos, y a su excesivo ritualismo, una mayor libertad o amplitud en la materia, sin olvidar que, si es verdad que en una declaración de voluntad lo importante y esencial es que se declare, en alguna de tales declaraciones de carácter trascendental, la ley debe exigir una determinada forma a que las mismas deben ajustarse.

(66) V. Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, t. III, págs. 179 y 180.

El Derecho puede imponer una forma de carácter negativo, como la prohibición de la expresión de voluntad tácita, o de carácter positivo, determinando la forma del acto. Crea el acto *formal* en este último caso; en el primero establece una limitación en la forma; pero cuando el acto no requiere una forma determinada para que produzca efectos, aparece el acto no formal o consensual, exento de toda clase de solemnidades.

Desde luego, si la ley somete a un acto a formas determinadas, la nulidad del negocio se produce si las formas exigidas no existen. La forma es esencial al acto jurídico si el legislador la impone, y como es el único modo o medio de expresar la voluntad, si ésta se manifiesta de distinta manera no puede tener el negocio eficacia jurídica ni valor ante la ley. A base de la regla *forma dat esse rei*, desde el Derecho Romano hasta el actual, y cuando la ley prescribe el empleo de formas, domina el principio antes expresado, es decir, es esencial en dicho caso el cumplimiento de las formas a la existencia del acto; y si no se observan, la nulidad se produce. La única dificultad estará en determinar si la forma se exige por vía de solemnidad o por vía de justificación, *ad solemnitatem* o *ad probationem tantum*; o de otro modo: si la forma es sustancial o meramente testificativa, porque en el caso primero se producirá la nulidad de no observarse, pero no en el segundo. Y bueno será advertir cómo interesa a estos efectos que se distinga entre la forma del acto y la forma de la obligación, puesto que la ley algunas veces exige en un documento ciertas solemnidades, y si faltan puede perder éste su eficacia; pero en cambio no la pierde el acto contenido en dicho instrumento documental.

De la misma manera, si la obligación es nula por defecto formal del documento de la que sea resultante, no puede confirmarse ni ratificarse tal obligación, ya que, atendiendo la ley no sólo al interés de las partes, sino también al de terceros o al interés social al imponer como esencial la forma, la falta de ésta hace inexistente el acto, ocasionando la absoluta nulidad del mismo.

El Derecho Romano, en este punto de la forma de los negocios jurídicos, hizo predominar la necesidad de la forma en los actos de derecho, especialmente la forma oral. No es obstáculo esto para que exigiese también, en algunos casos, que a las formalidades orales se añadieran ciertos actos, derivados a veces del contenido del negocio, formas reales, o que tenían con el mismo una simbólica relación, forma simbólica, aunque prefirió las primeras. Pero en los primitivos tiempos la forma en nuestro Derecho no es creación artificiosa del legislador, sino expresión necesaria del negocio mismo; no era posible la realización de actos de derecho más que mediante formas, y sólo éstas, bien fuera la palabra solemne o el acto ceremonial establecido, producían efectos jurídicos. Fué, por tanto, el Derecho del pueblo romano de un absoluto rigor formalista en sus primeras etapas, cuyo rigor duró largo tiempo por su carácter conservador, lo cual explica que ya en la época clásica figuren al lado de negocios libres de forma, otros de tipo formalista antiguo, teniendo como justficación la existencia en la época dicha de negocios formales. la tendencia de los mismos a representar un valor abstracto; porque fundando su eficacia en la forma, no en el contenido, amparaban de tal manera el hecho de admitir al amparo de la forma actos de un contenido variadísimo e infinito, de lo que es un vivo ejemplo la *stipulatio*, y en otras ocasiones ampliaban su eficacia originaria para ser empleados con fines diversos de aquellos para los que fueron establecidos, como los negocios *per aes et libram* y la *in iure cessio* (67).

(67) V. Mitteis, *Röm. Privatr.*, I., páginas 256 y siguientes, y Jörs-Kunkel, ob. cit., páginas 128 y siguientes.

De todas suertes, los negocios jurídicos formales del Derecho Romano, que tienen una importancia general por su amplia esfera de aplicación, eran los *per aes et libram*, y dentro de éstos, el de más interés la *mancipatio;* al lado de ésta, la *in iure cessio*, que se encuentra ya en las XII tablas, y la *stipulatio*, todos ellos tratados en el texto, en los respectivos lugares de las particulares instituciones a que se aplicaban.

Una manifestación de la forma externa de los negocios jurídicos en Roma, ya apuntada en el apartado anterior (n.º 6.º), era la escrita y documental. La primera de ellas, y durante todas las épocas, como forma obligatoria de los actos, tuvo una importancia accesoria. Aparece en primer término en el período de la República aplicada al contrato literal y también a las donaciones de gran valor, y en el divorcio, libelo de repudio, en el Derecho postclásico. No dejaron de seguir los romanos su habitual costumbre de emplear las formas orales o no exigir forma alguna en el acto, y todo lo más, como sucedía en los testamentos a partir del Derecho clásico, y en la estipulación de la última época se autorizaba a usar electivamente o la forma oral o la escrita; pero también es cierto que ya desde la época republicana se extendió la costumbre de redactar escritos, como en la estipulación, mancipación, préstamos y pagos, aunque se contrajesen sin formalidad alguna. Mas todo esto, es decir, tal práctica escrituraria, los documentos resultantes de ella no tenían carácter fundamental de disposición, de base precisa para la existencia del negocio, tomando sólo el aspecto de un mero documento de probanza; el negocio jurídico era, por tanto, extraño al documento; dicho negocio podía ser oral, formal o exento de forma, pero reducido a escritura para acreditarle. Sólo en la última época admite Roma el documento dispositivo, sustituyendo a la forma oral.

Copiado dicho hábito del pueblo griego, a la costumbre de éste se adaptó la romana respecto a la estructura del documento. Se utilizaron las tablas de madera cubiertas de cera *(tabulae)*, se ataban varias de éstas en número de tres *(triptychon)*, se escribía en las caras internas y se ligaban y sellaban todas, formando en algunos casos una escritura doble, reproducida en el exterior para más fácil manejo. Más tarde, en la época del Imperio, se usó, adquiriendo luego carácter general, el papiro *(charta)*. El documento primero y solemne describía objetivamente el negocio jurídico de que se tratase por la llamada *testatio*, intervenían los testigos poniendo su sello, y al lado de éste el nombre. Después, en época del Imperio, se utiliza el documento que, sin testigos, lleva en la misma escritura del que lo extendía la garantía de autenticidad, documento manuscrito *(chirographum)* hecho en forma subjetiva.

Tal era la técnica, pero aplicable solamente al documento que pudiéramos llamar privado, pues no eran entonces conocidos los públicos, ya que los actos y resoluciones de autoridades no se notificaban en forma documental, sino por exposición pública en lugares públicos, siendo de cuenta del interesado adquirir por sí copia del acto de carácter privado. Sólo más tarde, y en el siglo III de la Era cristiana, se empieza a utilizar en forma de declaraciones *apud acta* el sistema de documentos públicos; se avanza después, en la última época del Imperio, creando funcionarios especiales que autorizan escrituras de particulares, imponiendo su obligatoriedad en algunos negocios por medio de la *insinuatio;* mas, esto no obstante, sigue el documento privado siendo la norma general de la forma escrita, que en la época aludida se hace generalmente interviniendo testigos, pero extendiéndose por un escribano profesional, que es el *tabularius*.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS O CLÁUSULAS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

16. Modalidades del negocio jurídico.

Aunque en un negocio de derecho parece que la voluntad de las partes, una vez declarada, debiera ser firme y sin restricción, la realidad, no obstante, demuestra que tal voluntad se manifiesta y declara con limitaciones que hacen depender de la realización de ciertos actos la eficacia de dicha voluntad. Estas limitaciones, verdaderas modalidades o modificaciones, a virtud de las cuales los efectos jurídicos del negocio dependen del hecho o acontecimiento en que consiste tal modificación, y que reciben también el nombre de cláusulas accidentales o accesorias, son la *condición*, el *término*, el *modo*, la *causa*, el *juramento*, la *cláusula penal* y las *arras*. De todas ellas haremos un breve análisis, remitiéndonos, para su más amplio conocimiento, a la doctrina sobre ellas expuesta en el texto al tratar de las obligaciones en particular (68).

A *Condición.*—En esta modalidad o limitación, la voluntad declarada sólo puede tener efecto presuponiendo un acontecimiento futuro e incierto, y este sentido técnico y peculiar es base del sentido objetivo de tal modificación, entendiéndole los romanos como el acontecimiento mismo futuro e incierto del que depende la adquisición o pérdida de un derecho (69). Desde luego no depende de la condición la existencia de la voluntad, pero sí sus efectos, ya que la declaración condicionada de la voluntad no tiene fuerza como tal, sino tan sólo con el concurso de determinadas circunstancias.

Tal como se conceptuaba esta limitación, difería de otras afines llamadas condiciones impropias o aparentes; tales eran: los requisitos impuestos por el derecho objetivo para la validez del negocio, *conditiones iuris* tácitas o legales, las que consistían en hechos no futuros, aunque sean inciertos para las partes; *in praeteritum vel in praesens collatae* las que eran sucesos futuros no inciertos; *quae omni modo extiturae sunt*, los acontecimientos imposibles física o jurídicamente, y, por último, las condiciones que implicaban una actividad inmoral o delictiva, *conditio turpis*. Solamente las imposibles e ilícitas producían la nulidad del negocio, a excepción del caso de que se unieran a instituciones de heredero, legados, fideicomisos y manumisiones testamentarias, en que, según el parecer de los sabinianos, tomado no por razones teóricas, sino por oportunistas decisiones de la jurisprudencia, la condición se tenía por no puesta y el negocio se reputaba válido.

Ahora bien, como las declaraciones de la voluntad condicionada son de un contenido muy variado, puesto que la limitación de la voluntad

---

(68) V. Savigny, ob. cit. §§ 116 y 124.—Winscheid, ob. cit. §§ 86 y 95.—Dernburg, *Pand.*, §§ 105 y 112.—Borgna, *Contributo alla dottrina delle determinazione accesorie.*—Manenti, *Della ponibilità, delle condizioni ai negozi giuridici.*

(69) D. 45, 1, 7, y D. 12, 1, 27.

puede presentarse de maneras distintas, ello da lugar a diferentes clases de condiciones, productoras de distintos efectos en el Derecho.

En primer lugar, y por razón del modo de influir en las relaciones de derecho a que afectan, son *suspensivas* y *resolutorias*, según que de ellas pendiera que principiasen o concluyesen los efectos del acto jurídico (70), puesto que la declaración condicional de la voluntad podía tender a constituir o modificar un negocio jurídico o a revocarle, y en tales supuestos los efectos del negocio de derecho no empiezan en las condiciones suspensivas hasta que la condición se verifica, y, en cambio, en las resolutorias, si se cumplen, determinan la extinción del derecho. Estas construcciones fueron debidas, no a los jurisconsultos, sino a los intérpretes, ya que los primeros veían en el caso de dichas clases de condiciones, por una parte, un acto de Derecho puro, y por otra un acto accesorio de contrarios efectos, además de que la resolutoria se hallaba en contradicción con el Derecho antiguo, que no admitía la transmisión de la propiedad *ad tempus*, ni la posibilidad de establecer servidumbres o también obligaciones de tal forma; únicamente cuando el pretor concedió eficacia a tales cláusulas, cuando se armonizaron el Derecho civil y el honorario, y cuando se pudo transmitir la propiedad a tiempo determinado, pudo tener cabida la distinción entre ambas clases de condiciones.

En segundo lugar, y por referirse a una acción o a una omisión, eran *afirmativas* o *positivas* y *negativas*, según que el acontecimiento en que consistían sucediese o no. Consistían las primeras en hacer alguna cosa; las segundas, en omitir o no hacer. En las positivas o afirmativas, su cumplimiento se realiza cuando se hace o ejecuta el hecho en que la condición consiste; en las negativas, si se trata de afectar a relaciones por causa de muerte, se admitía el cumplimiento legal o fingido, mientras que en las relaciones entre vivos se exige el cumplimiento real de la negación u omisión.

En tercer término, por razón de la causa de que depende su cumplimiento, eran las condiciones *potestativas*, *casuales* y *mixtas*, según que el acontecimiento dependía de la voluntad de aquel a quien se imponía, de la casualidad o causas independientes de la voluntad humana o de ambas cosas a la vez (71). Las potestativas consisten en un acto de una de las partes; pero si tal acto es de un tercero, puede convertirse en casual o mixta, y ésta, como la misma palabra lo indica, su naturaleza es una mezcla de potestativa y casual.

Realmente no puede hablarse de condiciones potestativas, puesto que no hay ninguna condición que dependa exclusivamente de la voluntad humana, por la razón de que a ésta la influyen circunstancias exteriores que, si limitan, no anulan la voluntad, y por ello se consideran cumplidas de hecho cuando positivamente se cumple la condición, o legalmente, por ficción, cuando la ley la supone cumplida, habiendo hecho la persona todo cuanto le fué posible, todos los actos que de su voluntad dependían para que se realizara la condición. En cambio, tratándose de condiciones casuales, no cabe más que el cumplimiento real, verdadero y efectivo, y en las mixtas se precisa distinguir si el cumplimiento depende de la voluntad de la persona a quien se impuso y de la de un tercero, o de la voluntad del interesado y de la suerte o acaso, ya que en el primer caso puede darse el cumplimiento real, y en el segundo el fingido o legal, por no ser necesario el cumplimiento efectivo.

En cuarto lugar, por la naturaleza del acto o hecho que las consti-

(70) D., 18, 1, 3.
(71) C., 6, 51, 1.

tuya, son las condiciones *divisibles* e *indivisibles*, según que consistan en hechos cuyo cumplimiento puede hacerse por partes o porciones, o, por el contrario, no son susceptibles de ser cumplidas más que en un solo momento, en una sola prestación, una sola vez.

Y, como ya quedó afirmado antes, para fijar la naturaleza divisible e indivisible de una condición es preciso atender a la naturaleza del objeto en que aquélla consiste o a la voluntad que la estableció, a fin de que, en definitiva, los efectos se traduzcan en que la divisible se cumpla por partes y la indivisible en su totalidad.

En quinto término, y atendida la razón de ser o no ser factible realmente la condición, podía ser ésta *posible* e *imposible*, aunque en verdad no son éstas propiamente condiciones. Las posibles recaen sobre un hecho o acto que puede realizarse o verificarse; las imposibles afectan a hechos o actos que no pueden verificarse, por impedirlo el orden físico, las leyes o las buenas costumbres, de donde se deduce que la posibilidad o imposibilidad podía serlo física o moralmente, y, de modo más especial, que la imposibilidad podía derivar de la naturaleza (imposibilidad física), dimanar del derecho o de las buenas costumbres (imposibilidad de derecho o moral), y hasta podía arrancar la imposibilidad de la duda o ambigüedad por no poderse comprender su verdadera significación, a causa de consistir la condición en un hecho inconciliable con la subsistencia del efecto jurídico querido; desde luego que estas últimas condiciones no son imposibles, y por dicha razón se les llama *perplejas*.

Es preciso reconocer que los efectos jurídicos de las condiciones imposibles físicamente deben ser el considerar las declaraciones de la voluntad a que afectan como puramente hechas, sin limitaciones de ningún género, y tenerlas, por tanto, como no puestas, porque en realidad no son acontecimientos futuros e inciertos, y, por tanto, tampoco verdaderas condiciones. Y si la condición imposible fuera parcial, se debe atender a la voluntad del declarante e intentar vencer la dificultad.

Tratándose de condiciones jurídicamente imposibles, comprendiendo dentro de ellas tanto a las contrarias al derecho como las ilícitas, inmorales u opuestas a las buenas costumbres, dentro del Derecho Romano existió la controversia respecto a sus efectos, según se refiriesen a testamentos o contratos, y Justiniano aceptó la distinción, declarando que las condiciones jurídicamente imposibles anulaban los contratos y debían ser consideradas como no puestas en los testamentos.

También, y en sexto lugar, por la necesidad de que se cumplan varias o una sola de las condiciones establecidas, eran *conjuntas* y *alternativas*. Son las primeras las que afectando a una sola relación van unidas de tal modo que es preciso que se cumplan todas ellas para adquirir el derecho, y las segundas las que refiriéndose a una misma relación, basta cumplir alguna de ellas.

Por último, en séptimo término, por constar explícita o implícitamente, se habla de condiciones *expresas* y *tácitas*. Son las expresas las establecidas con palabras claras y terminantes por parte de quien hace la declaración, mientras que las tácitas no se han establecido clara y terminantemente, se suponen puestas por deducirse su existencia, de una manera lógica y racional, de la naturaleza del acto, de las cláusulas en donde se manifestó la declaración o de la misma ley. Tanto unas como otras hay necesidad de cumplirlas para que se produzca la perfección del negocio jurídico, lo que en realidad más afecta a la forma de la condición que a su esencia. También se distinguía la condición *intrínseca*, que se desprendía de la naturaleza del acto y no necesitaba expresarse.

Veamos ahora los efectos de las condiciones, según el Derecho de

Roma, estudiando los momentos en que pueden considerarse, y después las reglas que debían tenerse presentes respecto de las más principales.

Primeramente existía un período de tiempo, *pendente conditione*, en que el hecho de condición no se ha realizado todavía, pero puede realizarse. Otro momento tenía lugar, *existente conditione*, es decir, cuando se ha cumplido o realizado la condición. Y, por último, un tercer instante, *deficiente conditione*, en el que falta la condición, puesto que es seguro que no se realizará.

Los efectos de estos tres períodos son claros. En el primero, o sea pendiente la condición, había sólo una esperanza o probabilidad de adquirir el derecho, puesto que al no realizarse aquélla no se adquiría el derecho y no se perfeccionaba el acto jurídico. Tal esperanza era transmisible a los herederos y sucesores en actos entre vivos, pero no en los por causa de muerte. Y, especialmente, este período en Roma, referido a la condición resolutoria, en la que los romanos vieron, como antes se ha dicho, un segundo negocio de fin opuesto a otro anterior, obraba la condición como suspensiva, y el primer negocio se consideraba como si fuere puro.

El momento o período segundo determina la perfección del negocio jurídico, puesto que supone el cumplimiento de la condición; se convierte el acto en puro o celebrado puramente, retrotrayéndose al tiempo de la celebración de aquél en las condiciones suspensivas. Esta retroactividad la basamos, como después indicaremos, en expresiones de las fuentes; sin embargo, algunos las estiman dudosas, creyendo que no produce efectos retroactivos la condición suspendida, a menos que así lo hayan expresamente convenido las partes. También se ha discutido si la revocación de los efectos de la condición resolutoria cesaban absoluta y automáticamente, *ope legis*, o precisaban el ejercicio de tal facultad de revocación; la primera revocación de forma real parece denegada en la época clásica y admitida para algunos casos en el Derecho justinianeo.

Cuando falta la condición, tercer período o momento, o es imposible el cumplimiento de ella, el acto se retrotrae al momento de su celebración, y se tiene como no celebrado en lo que se halla afectado por la condición, ya que tal acto no pudo llegar a ser perfecto.

En cuanto a las reglas que debían tenerse presentes en las principales condiciones, Roma sentó, primero, que cuando a la celebración del acto no se había añadido ninguna condición, la obligación resultante del acto existía y era exigible desde el momento en que aquél se había celebrado, o sea, técnicamente, *cedía* y *venía* el día inmediatamente (72); la acción podía intentarse, desde luego, pero esto había de entenderse civilmente, es decir, el juez debía conceder siempre al deudor el tiempo materialmente necesario para que pudiese ejecutar lo que había prometido, o el que la misma naturaleza de la obligación pareciese exigir (73).

En segundo término, la condición afirmativa, física o moralmente imposible, hacía nulos los actos jurídicos (74), excepto el matrimonio y las disposiciones testamentarias en que se tenía por no puesta, y sólo hacía nulo el matrimonio cuando era contraria a su naturaleza. La condición negativa físicamente imposible, se tenía por no puesta en todos los casos (75), y la imposible moralmente anulaba el negocio cuando alguno estipulaba una cosa por no hacer una acción reprobada (76), pero producía sus efectos cuando estipulaba una cosa para el

(72) D., 50, 16, 213 pr., y D., 45, 1, 1.
(73) D., 45, 1, 73 pr., y 137, § 2.
(74) D., 44, 7, 1, § 11.
(75) D., 45, 1, 7.
(76) D., 2, 14, 7, § 3.

caso en que por sus gestiones otro tercero se abstuviese de ejecutar una acción ilícita (77).

Como tercera regla figuraba la de que en la condición negativa en materia de contratos suspendía ordinariamente la obligación hasta la muerte, como si prometían a uno cien escudos con tal que renegase de la religión que profesaba, en cuyo caso el promitente no tendría obligación de entregarlos hasta que muriese el estipulante, porque hasta entonces no podía saberse si renegaría o no (78). En las disposiciones testamentarias sucedía lo contrario, en virtud de la *caución Muciana*, por la que el adquirente garantizaba que devolvería lo que se le entregase si faltaba a la condición, pero que se había establecido tan sólo para esta clase de disposiciones.

En cuarto lugar, y en materia de contratos, los actos jurídicos celebrados bajo condición producían, desde luego, algunos efectos, y la obligación nacida de ellos existía desde luego, aunque con el carácter de condicional y eventualmente (79), y de ello resultaba que con el mismo carácter la transmitía a sus herederos (80), lo que sucedía al contrario en las disposiciones testamentarias.

Por último, y en quinto término, de lo expuesto anteriormente procedía también la regla de que, en materia de contratos, los efectos de la condición se retrotraían al principio (81), según expusimos anteriormente, y en su consecuencia, si al celebrarse el contrato condicional el adquirente era esclavo o hijo de familia, adquiría para su señor o para su padre, aun cuando al tiempo de cumplirse la condición el primero hubiese sido ya manumitido o el segundo hubiese salido de la patria potestad por cualquier causa.

B) *Término.*—Esta modalidad del término, *dies*, puede también referirse a relaciones jurídicas, a las que afecta de modo que por su existencia se produzcan distintos efectos jurídicos.

El término, sinónimo de plazo señalado en los actos jurídicos, se manifiesta como un acontecimiento futuro, pero cierto e inevitable, a partir del cual deben empezar o cesar los efectos del negocio de derecho. Tiene de común con la condición el ser acontecimientos futuros, pero se diferencian en que el acontecimiento futuro en la condición es incierto, y en el término es cierto e inevitable, y además se distinguen en que los efectos nacidos de una condición pueden obrar retroactivamente, y en cambio en el término se producen sin retroactividad.

Indudablemente el término en un negocio jurídico supone una restricción de la voluntad, causa la restricción temporal de los efectos de un acto y es un límite consistente en el tiempo impuesto a la eficacia de la relación de derecho (82).

Como se desprende del concepto antes expuesto del término, éste puede retardar la eficacia del acto de derecho, o extinguir el derecho por ella creado; puede referirse al principio o al fin de la relación jurídica. En este sentido se habla de un término *in diem* o *ex die* en el primer caso, llamado en las fuentes *dies a quo*, y en el segundo *ad diem*, denominado en las fuentes *dies ad quem*, o también, con otra terminología, se ha llamado al primero término primordial, o inicial, o suspensivo, y al segundo, término final o resolutorio (83). Por otra parte, y además de los puntos comunes y diferencias entre la condición y el

(77) D., 2, 14, 50.
(78) I., 3, 16, 4.
(79) D., 44, 7, 42 pr.
(80) D., 45, 1, 57.
(81) D., 20, 4, 11, § 1.
(82) V. Savigny, Winscheid, Dernburg, obs. cits., y Serafini, *Inst.*, t. I. pág. 28.
(83) D., 44, 7, 44, § 11.

término señalados, es preciso hacer constar que, ordinariamente, los negocios jurídicos que no toleran una condición, no toleran tampoco un término, a excepción de aquellos casos en que la prestación sea de tal naturaleza que no pueda cumplirse en en momento determinado.

Si bien el término inicial o suspensivo suspende el ejercicio, no suspende la adquisición del derecho que se debe considerar existente en nuestro patrimonio, y por tal razón, en dicho caso, se pueden ejercitar los actos de seguridad tendentes a afianzar el derecho, mientras que si es final o resolutorio, causa la caducidad de la relación que se creó, extinguiéndose todos los derechos que integran su contenido. Es decir, que el plazo inicial suspende los efectos jurídicos, pero no la existencia del derecho, y expirado el término, el acto debe realizarse sin tener aquél efecto retroactivo; mas cuando el término es resolutivo, si ha expirado o concluído, concluyen también o se extinguen sus efectos.

La característica señalada al término, consistente en su certeza o inevitabilidad, ofrece jurídicamente diversos tipos o variedades que determinan otras clases de términos. Así, doctrinalmente, se habla del término *cierto* o determinado y del *incierto* o indeterminado, según que se haya establecido para un determinado mes, día o año, o bien fijado un lapso de tiempo, o cuando se fija en relación a un suceso futuro necesario. Más propiamente se decía *día cierto*, si se sabía que el plazo había de llegar, y cuándo, y *día incierto* si se ignoraba alguno de estos extremos; y combinando después estas dos ideas, se formaron los grupos denominados día cierto del sí y cierto del cuándo, *dies certus an certus quando*, en el que se sabe llegará el día o momento y cuándo tendrá lugar esto; día cierto del sí, pero incierto del cuándo, *dies certus an incertus quando*, en que sabiendo que el día llegará, no se sabe cuándo, día incierto del sí, pero cierto del cuándo, *dies incertus an certus quando*, en que se sabe la fecha precisamente, ignorando si llegará o no, y día incierto del sí y del cuándo, *dies incertus an et quando*, en que se desconoce si llegará el día y cuándo pueda tener lugar.

A pesar de utilizar las fuentes la expresión *dies*, era, sin embargo, más exacto reconocer que en los dos últimos grupos mencionados se trataba de casos de condición, significando la frase *die incertus*, por regla general, condición. Así, el término incierto se tenía por condición si se ignoraba el primero (84), y lo mismo sucedía cuando se desconocía el segundo respecto de las disposiciones testamentarias, pero no en materia de obligaciones, en las que era un verdadero término (85).

En cuanto al *dies a quo*, se decía que *cedía el día* cuando se adquiría un derecho, pero no se podía aún reclamar, y que *venía el día* cuando se podía reclamar el derecho adquirido (86).

Ampliando más estas nociones, y como especiales efectos del término, puede decirse que en materia de obligaciones el término cierto no suspendía la existencia del derecho. sino su exigibilidad; la duda existía, desde luego, pero sólo podía exigirse su cumplimiento cuando el término se había cumplido (87), y por ello, y mientras tanto, se decía que *cedía el día*, pero que *no venía* aún (88), resultando que lo que se hubiese pagado por error antes de cumplirse el término no podía reclamarse como indebido (89); pero si el acreedor intentase su acción, incurría en las penas de la *plus petitio* (90).

(84) D., 35, 1, 75.
(85) D., 12, 6, 16 y 17.
(86) D., 50, 16, 213 pr.
(87) D., 45, 1, 46.
(88) D., 50, 16, 213 pr.
(89) D., 12, 6, 10.
(90) D., 12, 6, 4 y 6, § 33.

Cuando se había puesto un término *ad quem*, su efecto consistía en que por derecho estricto la obligación era perpetua, porque todo vínculo de derecho subsistía por su naturaleza hasta que interviniese algún acto o acontecimiento jurídicamente reconocido que lo hiciese cesar (91). Pero como esta consecuencia del derecho riguroso sería inicua, los pretores concedían en este caso una excepción para rechazar la acción del acreedor (92), aparte, además, de que este principio de rigor fué muy modificado por el Derecho nuevo, según podrá observarse en materia de procedimiento y acciones al tratar de las acciones temporales.

Por lo demás, hay negocios que no toleran condición, pero tampoco término; según las fuentes, *actus legitimi non recipium diem vel conditionem* (93), como son la *mancipatio*, la *aceptilatio*, la *aditio hereditatis* y la *datio cognitoris*.

Un factor interesante en la materia del término, como modalidad jurídica, es el tiempo. Y lo es, no sólo en cuanto por él se adquieren derechos *usucapio* y se extinguen las acciones que conceden las leyes por su falta de ejercicio en los plazos señalados, prescripción de acciones, sino también porque el tiempo es preciso determinarle señalando los períodos del mismo.

Para contar los mencionados períodos de tiempo, y con relación a la conclusión de los mismos, hablaba el Derecho Romano de una computación natural, *computatio naturalis*, en la que, apreciando el momento de iniciación y el último o final con exacta precisión, se computaba el tiempo de momento a momento, *a momento ad momentum* (94), y otra computación civil, *computatio civilis*, en la que se contaba por días, por ser el día la unidad indivisible e ínfima, *ad dies numerare* (95), y a veces, según las fuentes, el tiempo civil se tenía por completo desde el momento en que había principiado el último día del plazo, *dies coeptus pro iam completo habetur*, y que por tal causa se denominaba en nuestro Derecho día *novisimus*, *postremus* o *supremus* (96). Así se contaron y computaban la edad para el testamento, para las manumisiones de la ley *Aelia Sentia* y los plazos para adquirir por *usucapio*.

Asimismo el tiempo, en cuanto se refería a la época en que principiaban a correr los plazos o términos señalados con una finalidad jurídica, podía ser *continuo* y *útil*, y dar lugar a una *computación continua* o *útil*, *tempus continuum*, *tempus utile*.

En el tiempo continuo se contaba desde el momento en que sucediera un acontecimiento, aunque la persona interesada no tuviese conocimiento de él; en el útil no se principiaba a contar hasta que aquélla tuviese este conocimiento (97), y en cuanto a la duración, se decía tiempo continuo, el que, una vez principiado, corría sin interrupción, entraban todos los días, sin distinguir los faustos o nefastos, y tiempo útil era aquel en que sólo se contaban los días aptos para las actuaciones judiciales, y, por tanto, no figuraban en el mismo los días prohibidos para realizar el acto a que el plazo se refiere, llamados días inhábiles (98).

De ordinario juega papel principal en las relaciones de derecho el tiempo continuo y sólo en plazos cortos, no menores de un año, tiene aplicación el tiempo útil.

---

(91) D., 44, 7, 44, § 1.
(92) D., 44, 7, 44.
(93) D., 50, 17, 77.
(94) D., 23, 2, 4.
(95) D., 2, 12, 8.
(96) D., 2, 12, 8.
(97) D., 3, 2, 8.
(98) D., 44, 3, 1., y D., 38, 15, 2.

También se tuvo en cuenta la imposibilidad de determinarse el tiempo de duración de una situación jurídica determinada, y en orden a los efectos de la misma se admitía el proteger tales situaciones como si de manera legítima hubiesen surgido. En estos precedentes está apoyada la llamada hoy prescripción inmemorial del Derecho moderno.

C) *Modo.*—Es también esta figura una determinación accesoria del negocio jurídico, pero modalidad o carga accesoria unida a la adquisición de un derecho.

Va unida, por tanto, a la disposición o declaración de voluntad, y por ella se fija el destino o uso que ha de darse a la cosa, o bien establece una prestación cuyo cumplimiento es impuesto a la persona beficiada, no ya en su interés, sino en el del declarante o de un tercero. Las fuentes de nuestro Derecho indican que el modo es la expresión que los autores del negocio hacían del fin para que se concedía algún derecho, o cualquiera disposición onerosa con que el concedente gravaba al concesionario (99).

Presupone el modo una limitación de la voluntad, como la condición, pero, no obstante, se diferencia de ésta. En primer lugar, el modo no impide la adquisición del derecho, no obra suspensivamente, sino tan sólo de una manera coactiva, y no ataca al *dies cedit*, no exponiéndose así al peligro de una pérdida total; en cambio, la condición es suspensiva y nunca activa. En segundo término, el modo, aparte de ser mucho más ventajoso para el que debe obrar, puede producir la obtención del goce del derecho, dando caución y sin ejecutar el acto, y por último, si el acto se hace imposible, no entraña esta imposibilidad ningún perjucio.

Es de alta conveniencia tener presente si el fin impuesto quieren las partes concurrentes en el negocio que sea cumplido para que se perfeccione el acto de derecho, porque en tal caso no existe el modo, sino una condición, puesto que el primero no influye ni afecta para nada a la perfección del acto, siendo muy útil, tanto en este caso como en todos los dudosos sobre si se trata de modo o de condición, se interprete debidamente la voluntad de los otorgantes en cada caso, y si se encuentran dificultades para ello, presumir se trata de modo y no de condición, porque aquél deroga menos los efectos ordinarios del acto que ésta (100).

Se ha insinuado por algunos tratadistas que esta carga del modo se da sólo en los negocios jurídicos que implican una liberalidad, como las donaciones entre vivos o las disposiciones de última voluntad; pero entendemos, atentos a las fuentes, que en el Derecho Romano podía tener lugar el modo no sólo en los actos gratuitos, sino también en los que no lo eran (101); pero había una diferenciá, y es que en los primeros, si el concesionario no cumplía el modo, tenía el concedente derecho para pedir que lo cumpliese, o que se rescindiese el acto, y en los segundos sólo podía exigir que se cumpliese el modo (102). Cuando sólo el que lo había de ejecutar tenía interés en hacerlo, nada le obligaba a su cumplimiento (103), y, en fin, el modo físicamente imposible se tenía por no puesto (104).

Para dar efectividad a las cláusulas modales adoptó el Derecho Romano distintos medios, tales como las cauciones, el apremio extraordinario administrativo por autoridades de este orden en beneficio de los intereses públicos, la negativa pretoriana para él, para utilizar acciones en caso de no cumplirse el modo o el ejercicio de una *actio praescriptis*

(99) D., 35, 1, 17.
(100) V., Savigny. Obra y texto cit., pág. 128.
(101) D., 18, 1, 14 pr.
(102) C., 4, 38, 3.
(103) D., 18, 1, 41.
(104) C., 4, 6, 8.

verbis otorgada a los terceros. Todas las anteriores medidas o garantías no tenían aplicación al llamado *modus simplex* o ruego de eficacia puramente moral.

D) *Causa.*—Hemos expuesto anteriormente, al tratar de las clases de negocios jurídicos, el alcance de los llamados negocios causales, llamando *causa* de los mismos al motivo primero y elemental común a todos los casos de una clase de negocios determinada.

Ampliando ahora aquellas manifestaciones, diremos que una de las acepciones en que los jurisconsultos romanos tomaron la palabra *causa* era la de motivo jurídico que expresaba la voluntad del concurrente en el acto de derecho (105). De manera que en todo acto jurídico podían las partes expresar la causa o motivo que les impelía para celebrarlo (106), y si bien, por regla general, no perjudicaba a la validez del acto la falsedad de la causa, sucedía lo contrario si diera lugar a ella un error (107) o si se había expresado por vía de condición (108).

La causa, en el sentido antes expresado, afectaba a los negocios jurídicos de tal modo que si ella faltaba, el acto sería nulo, especialmente para aquellos negocios que llevan su causa en sí mismos, como son los bilaterales perfectos, los contratos reales, el mandato o los contratos innominados; pero no sucede lo propio tratándose de negocios en que la causa reside en relaciones anteriores o posteriores, porque entonces la validez del acto se impone, aunque exista la voluntad sin causa (109).

E) *Juramento.* — Es la invocación que se hace a la divinidad como testigo de la verdad y vengadora de la mentira y de la mala fe para dar más fuerza a una promesa o para corroborar algún hecho alegado. En el primer caso se decía juramento *promisorio;* en el segundo, *asertorio,* y en el Derecho Romano el *promisorio* no producía por sí solo una obligación particular, de modo que sólo servía para fortalecer más la obligación contraída, si era válida, porque, si era nula, lo era también el juramento (110). Aparte del juramento denominado necesario, existía también el voluntario, que es al que en este lugar nos referimos, manifestación de partes de un negocio, a fin de remitirse a la afirmación solemne de una de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho. Tal convención juratoria podía intervenir en toda clase de derechos, tanto de obligaciones como reales, pudiendo tener por objeto incluso las cuestiones de Estado (111).

El pretor obligaba a respetar la convención, si era prestado por una de las partes, o la otra le hace dejación, concediendo o denegando la acción *in factum,* según se afirme o niegue la existencia del derecho, y en caso de duda sobre el juramento, otorgando al deudor una excepción.

F) *Cláusula penal.*—La cláusula penal, *stipulatio poenae,* consiste en cualquiera prestación que se imponían las partes del negocio para el caso de que no cumpliesen en todo o en parte lo que se había convenido en el plazo señalado (112).

Es preciso para su eficacia la existencia previa de una obligación principal, y puede adoptar la forma de una estipulación, de un simple pacto o intervenir también en la obligación del heredero de pagar el legado *per damnationem.*

La cláusula penal puede desempeñar una función acumulativa si va

(105) D., 12, 7.
(106) D., 39, 5, 3.
(107) D., 28, 5, 9 pr.
(108) D., 18, 1, 17. § 2.
(109) Gayo., 4, § 116, y D., 12, 5, 8.
(110) C., 1, 14, 5, § 1.
(111) D., 12, 2, 3, §§ 1 y 2.
(112) D., 45, 1, 33, § 16.

/unida a la obligación principal, pudiendo el acreedor utilizar la acción de la obligación principal que no se ha cumplido, y de la que resulta de la cláusula penal; no se excluyen la una a la otra y pueden pedirse las dos cosas a la vez si así se había estipulado expresamente (113); pero en otros casos cumple una finalidad electiva, porque sustituye la cláusula penal a la obligación principal dejada de cumplir, en cuyo caso el acreedor tenía la elección entre pedir la ejecución de lo que se pactara o la pena impuesta (114), y ya en la época justinianea se autorizaba al acreedor que hubiera utilizado uno de los dos medios, poder ejercitar el otro para obtener la diferencia de lo que obtuvo por un medio y lo que pudiera haber obtenido de emplear el otro.

G) *Arras.*—Los romanos llamaban *arras* a una cierta cantidad, y aun a veces a cualquier otro objeto, que una de las partes daba a la otra en señal de quedar concluída una convención (115). Esta dación, que se hacía más frecuentemente en el contrato de compraventa, podía tener distintos objetos, ya que unas veces desempeñaba una función probatoria, a fin de justificar con más evidencia la conclusión de un contrato (116), otras daba al acreedor una compensación cuando la otra parte no cumplía lo convenido, prefiriendo perder las arras, y en otras ocasiones aumentaba las consecuencias gravosas para el deudor que no cumplía, ya que perdía las arras y era además posible exigirle la prestación.

También las arras eran como pago de parte de la deuda contraída, de modo que el deudor sólo tenía que pagar lo restante (117); mas aparte de que los interesados se conviniesen en darlas otro carácter(118), desempeñaban tan sólo la función probatoria a que antes hemos aludido.

Los textos de las fuentes romanas sobre la materia de arras no son lo suficientemente explícitos para determinar si, además del valor de las arras como prueba, era posible la pérdida de las mismas y la subsistencia de la exigibilidad de la prestación. A nuestro juicio, como se ha expuesto anteriormente, era compatible el ejercicio de ambas funciones de las arras; pero, no obstante, no se encuentra un texto terminante en el Derecho antijustinianeo que lo demuestre. Pero posteriormente Justiniano modificó el Derecho anterior, y desde entonces había que distinguir si se daban las arras antes o después de perfeccionado el acto; en el primer caso, esto es, cuando se daban para el caso en que alguna de las partes quisiese retractarse, o se dieran sin pactar nada, podían arrepentirse los contratantes, y el que diera las arras las perdía en beneficio del otro, y si quien se retractaba era el que las recibiera, tenía que devolverlas dobladas (119). En otro caso, es decir, cuando se daban después de perfeccionado el acto, no había lugar al arrepentimiento si se daban como parte del precio convenido y como señal de estar concluído y perfecto el acto (120); pero sí cabía la posibilidad del arrepentimiento si se daban para el caso de retractación, observándose entonces lo que dejamos consignado (121).

(113) C., 2, 4, 17.
(114) C., 2, 3, 14.
(115) D., 19, 1, 11, § 6.
(116) D., 18, 1, 35 pr.
(117) D., 18, 3, 8.
(118) C., 4, 54, 1.
(119) C., 4, 21, 17.
(120) C., 4, 44, 3.
(121) C., 4, 44, 6.

CAPÍTULO V

17. Interpretación del negocio jurídico.

Cuando en la declaración de la voluntad en un negocio de derecho el sentido de las palabras empleadas estaba oscuro, era preciso recurrir a la interpretación. La voluntad hay que entenderla como viene declarada en el negocio jurídico, y debe entenderse también en relación al fin jurídico del acto, y para ello, caso de oscuridad, como antes se decía, o caso de insuficiencia en las reglas normativas, se da la *interpretatio*, que no debe sustituir a la voluntad, sino tan sólo determinar el verdadero sentido del negocio.

Todo lo que la doctrina en general consigna acerca de la interpretación del derecho objetivo, debe tenerse en cuenta en la materia de interpretación de un negocio jurídico; los principios generales de aquélla son aplicables a éste, al igual que los elementos de interpretación, ya que en el punto de este capítulo se trata de averiguar el sentido, extensión y alcance de una voluntad, que en el presente caso es la privada, declarado en un negocio de derecho, y en aquél es la pública de un legislador. Ya en nuestro Derecho Romano, y por voz de Celso, se consignaba (122) que el saber las leyes, diríamos aquí los negocios jurídicos, no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas.

Cabía distinguir asimismo entre los tipos o clases de interpretación. Unos por razón de las personas encargadas de hacerla, bajo cuyo concepto se comprendían las interpretaciones auténtica, usual o judicial y la doctrinal, según que se hiciera por los autores mismos del acto con arreglo a las decisiones tomadas ya por los tribunales en casos análogos o por la actividad libre de los jurisconsultos, conforme a las reglas de la hermenéutica. Tenían las dos primeras una naturaleza obligatoria en sus resultados, mientras que la última es meramente inductiva en cuanto mueve u obliga a creer con razones y con la autoridad de quien la hace.

Otra especie de interpretación, en atención a los medios utilizados para llevarla a cabo, es la *gramatical*, valor de las palabras y expresiones en su acepción técnica; la *lógica*, que atiende a la trabazón y enlace de las diversas cláusulas del acto, y la *histórica*, que mira a los orígenes y antecedentes anteriores de actos semejantes en pasados tiempos.

Igualmente la doctrina sobre la interpretación general alude a la *propiamente dicha*, que establece con precisión el contenido de la norma, fijando, con función aclaratoria, la extensión y eficacia que el legislador quiere darla, distinguiendo esta clase de interpretación de la denominada *analógica*, que mira a completar los vacíos legislativos, buscando la aplicación del precepto a casos no previstos, pero similares a los tenidos en cuenta por el legislador. En la interpretación propiamente dicha caben asimismo una forma extensiva y otra restrictiva; en la primera se comprenden casos no contenidos en realidad en el lenguaje deficiente de la norma, mientras que en la segunda, deficiente también la norma en sus expresiones, se fija por la labor del intérprete un alcance menor del que, al parecer, se derivaba de las palabras.

(122) D., 1, 3, 17.

No debe olvidarse que en general, y tratándose de actos que las declaraciones de la voluntad crean, la ley nada tiene que hacer. Esta tiene que orientar a la voluntad y dar dirección jurídica en el sentido más conforme a las necesidades y usos sociales y a la equidad, y proclamar que si se trata de negocios comprendidos en leyes imperativas nada puede la voluntad contra ellas, al paso que si las normas son supletivas de dicha voluntad, la ley se aplicará en la regla que fije cuando ella la imponga en caso de duda, y lo mismo cuando prevea que no se haya pactado nada en contrario.

En materia de interpretación de los negocios jurídicos, viene dominando la idea de que, más bien que dirigirse el intérprete a descubrir la voluntad del legislador, debe encaminarse a aplicarla conforme a las necesidades y ambientes sociales. Para entender la voluntad declarada hay que tener en cuenta todas las circunstancias, al amparo de la buena fe mejor que al del estricto derecho, ya que la voluntad declarada en el negocio jurídico hace la misma función entre las partes que la que tiene la ley en los intereses generales, lo cual explica que tengan en esta materia especial importancia la equidad, los usos locales, las reglas de utilidad social; en una palabra: todo el medio y circunstancias sociales en que la voluntad vive y se desarrolla.

Bastan estas consideraciones para orientarse en materia de interpretación de los negocios de derecho y comprender mediante ellas el alcance y contenido de las declaraciones de voluntad. Ello no obstante, pueden exponerse algunas reglas tradicionales en este punto, con relación, claro es, al Derecho Romano.

Carecen las fuentes romanas de doctrina expresa sobre la interpretación, y únicamente se recogieron las máximas y reglas de los jurisconsultos y comentaristas, con las que posteriormente se elaboraron los conceptos antes expresados. Así figuran en el *Digesto*, libro 50, título 17, la exposición hasta de 211 reglas de Derecho, que más tarde sirvieron para formular los conceptos y clasificaciones que los tratadistas consignan.

Destaca, por una parte, en esta materia, la gran importancia de la interpretación de los prudentes, *interpretatio prudentium*, debida, en las primeras épocas del Derecho de Roma, a los Pontífices y primeros jurisconsultos, y por otra, que, al menos en el período clásico, no se separan la interpretación debida a la actividad libre de los juristas y la del legislador, puesto que la facultad concedida del *públice ius respondendi*, a los más eminentes jurisconsultos, hace que la interpretación de éstos cree la norma, como igualmente lo hace el *ius honorarium* en los edictos pretorianos. Surge únicamente la distinción entre la interpretación auténtica y la doctrinal en el Derecho bizantino, por recabar para sí el emperador la interpretación de carácter obligatorio, limitándose a la meramente doctrinal los jurisconsultos.

Pueden, no obstante, recogerse de las fuentes algunos principios relacionados con la interpretación de los negocios jurídicos.

Así, y cuando la interpretación se hacía por los mismos autores del negocio, *auténtica*, se decía que habían de entenderse las palabras dudosas en el sentido que quisieran darle todos sus autores (123); de modo que si éstos habían sido dos o más, la declaración de unos no podía perjudicar los derechos de los demás. De análoga manera, y cuando la interpretación era *usual*, era preciso ver si en los Tribunales se había presentado ya, y se había resuelto la duda a que daban margen las palabras oscuras del acto jurídico (124). Y respecto al caso de una in-

(123) D., 50, 17, 96.
(124) D., 28, 2, 13 pr.

terpretación puramente *doctrinal*, se debían observar las reglas siguientes: Primera. Para interpretar cualquiera expresión oscura o dudosa se debía buscar la verdadera intención del autor por medio de otras palabras del mismo acto, del tono, del lenguaje, de las circunstancias y de las relaciones mutuas de los interesados (125). Segunda. Cuando la verdadera intención no podía alcanzarse por este medio, se debían explicar las frases oscuras, de modo que se apartasen lo menos posible de la naturaleza del acto (126). Tercera. En caso de duda, se resolvía siempre en favor del deudor (127); y Cuarta. Si las palabras eran de tal modo dudosas u oscuras que había imposibilidad absoluta de saber la intención de sus autores, la disposición era nula (128), pero debía dejársela subsistente mientras admitiese alguna interpretación (129).

CAPÍTULO VI

INVALIDEZ, CONVERSIÓN Y CONVALIDACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

18. Invalidez del negocio jurídico.

Comprende este estudio la invalidez del negocio jurídico considerada en sí misma y en sus generales aplicaciones al Derecho. Un negocio de derecho en tanto es válido, en cuanto el mismo reúne todas las condiciones, todos los elementos esenciales, sin los cuales no puede producir efectos ante el Derecho. La invalidez, por tanto, del negocio jurídico significa que éste no tiene todos los requisitos y condiciones precisas, y que no reúne los elementos necesarios para que se produzcan todos los efectos jurídicos (130).

La aludida *invalidez* del negocio de Derecho puede referirse al negocio todo o a una parte de él; se habla en tales supuestos de invalidez *total* o *parcial*. Puede también existir la causa o razón que motiva la invalidez en el momento de constitución del negocio o nacer dicha razón o causa después que el negocio se constituyó, lo que da lugar a una invalidez *originaria* o *consecutiva*, según los respectivos casos. Y por fin, atendiendo a que pueda o no restaurarse la validez del negocio jurídico, se afirma la existencia de una invalidez *sanable* o *subsanable* o *insubsanable*.

Estas dos últimas clases de invalidez del negocio jurídico determinan los modos o maneras de manifestarse la invalidez, puesto que ésta o es absoluta e insubsanable, y no es posible restaurar su validez considerándose como si el negocio no hubiera existido, o, por el contrario, la declaración de la voluntad existe, y también existe el negocio jurídico; pero en la voluntad hay un vicio formativo por el que puede ser anulado el acto. Tiene lugar, en el primer supuesto, la *inexistencia del negocio* o *nulidad* llamada *absoluta*, que puede proceder, o del defecto absoluto y na-

(125) D., 50, 16, 219.
(126) D., 12, 1, 3.
(127) D., 50, 17, 9 y 34.
(128) D., 50, 17, 188.
(129) D., 45, 1, 80.
(130) V. Savigny y Winscheid, obs. cits., t. IV, págs. 202 y 203 el primero, y página 82 el segundo. Unger, *System*, t. II, págs. 91 y 92.

tural del querer, o del objeto y de la causa de los actos, o de la naturaleza especial de los motivos cuando son contrarios al orden público y buenas costumbres, o de la inobservancia de la forma que impone la ley para la existencia misma de la voluntad, y en el supuesto segundo existe la *anulabilidad* o *impugnabilidad* o *nulidad relativa*, que arranca de los vicios de la voluntad propiamente dichos, de la falta de capacidad en las personas para constituir el acto, o de la falta para poder disponer de la cosa objeto del negocio por una condición o causa de índole patrimonial.

Toda la anterior doctrina es el punto capital de discusión entre los tratadistas, ya que unos admiten nulidades que se producen *ipso iure*, de pleno derecho y sin juicio alguno, y otros, en cambio, exigen siempre una sentencia judicial para que el acto, una vez hecho, quede sin eficacia jurídica; para los primeros, si la nulidad opera de pleno derecho, el acto es inexistente; pero, en cambio, para los segundos, la nulidad no entraña nunca la inexistencia inicial del acto; el acto no puede ser nunca anulado cuando no ha existido, y por ello requiere siempre el ejercicio de una acción. En realidad, cabe sostener que no existe acto en el inexistente, y sí sólo una apariencia de tal, por cuya causa legalmente no tiene vida, y en tales condiciones no puede producir efecto jurídico alguno. En cambio, en el llamado anulable tiene el acto los diversos elementos para su existencia, pero lleva en sí un vicio que otorga a determinadas personas el derecho de pedir su anulación a base de principios de justicia, de equidad o de razones que implican protección de intereses privados lesionados.

Esto sentado, un acto inexistente no tiene valor ante la ley: es un mero hecho; no produce ningún efecto; su nulidad tiene efectos retroactivos, puesto que abarca no sólo el momento de la declaración judicial de inexistencia, sino desde que el acto se formó; afecta al orden público; no puede servir de justo título para adquirir derechos a base de prescripción; no puede sujetarse a ésta, y tampoco es susceptible de confirmación. Por el contrario, el acto anulable es provisionalmente válido, aunque puede ser anulado; produce sus efectos normales desde que constituye hasta que se declara judicialmente la nulidad; esta declaración de nulidad hace desaparecer el acto desde que se formó; la anulabilidad debe ser declarada a instancia de parte; el acto anulable puede servir de justo título para la prescripción; la acción de nulidad pierde su eficacia por la prescripción pasando el tiempo para ejercitar aquélla, y los actos anulables pueden ser objeto de confirmación.

Si hoy puede estimarse complicada y oscura en el Derecho la teoría de la nulidad de los actos, en cambio debe reputarse relativamente sencilla en el Derecho Romano. En efecto; el principio general era que el acto nulo no producía efectos; las fuentes terminantemente establecen que todo acto jurídico en que no se habían observado las formalidades esenciales, ya en cuanto a la forma interna, ya en cuanto a la externa, era *ipso iure* nulo (131), y, como antes se dijo, no producía ninguno de sus efectos, de modo que el deudor no debía ni la cosa prometida ni su precio o estimación, ni aun lo que se hubiera prometido por cláusula penal (132). Y para conocer la nulidad o validez de los actos jurídicos, se había de atender al momento de su celebración (133), de tal manera que el acto que había sido nulo al principio, no se hacía válido ya por regla general, aunque desapareciesen las causas que habían producido la nulidad (134), así como tampoco lo anulaban las circunstancias que sobreviniesen después, con tal que fuese válido al tiempo de su cele-

(131) C., 1, 14, 5 pr.
(132) D., 45, 1, 69.
(133) D., 17, 1, 8.
(134) D., 50, 17, 29.

bración. Por último, la nulidad parcial de un acto no perjudicaba en nada a la parte válida del mismo, que podía existir independientemente de aquélla (135).

A esta primera facilidad en la materia sustituyó una mayor complicación en la época imperial, pues aparte de la falta de una teoría general sobre el negocio jurídico, de que no todas las leyes prohibitivas de ciertos negocios de derecho declaraban al mismo tiempo la nulidad de los celebrados con tal prohibición, como las leyes *imperfectas* o *leges minus quam perfectae* o *imperfectae*, y la poco precisa terminología de las frases para indicar la materia, *inutilis*, *irritus*, *vitiosus*, *inanis*, *nullius momenti*, *nihil agit*, *nihil agitur*, etc.; aparte de todo esto, decimos: si el pretor no podía anular un acto que el Derecho civil declaraba válido, podía acordar, por medio de la *restitutio in integrum* o por la *exceptio doli*, una especie de reparación, y ello fué un medio de que el magistrado se valió en su lucha contra el Derecho civil. Se originó desde entonces la *nulidad civil*, producida de pleno derecho, y la *nulidad pretoriana*, que precisaba el ejercicio de la acción, y no tenía lugar sino por virtud de una sentencia. Resultado de esto era que la invalidez del Derecho civil equivalía a la nulidad absoluta, y la de nulidad pretoriana a la anulabilidad, salvo algunas excepciones, como la querella de inoficioso testamento, que siendo caso de invalidez civil, lo es más propiamente de impugnación, o la invalidez de la ley Cicereia respecto a la falta de declaración por el acreedor del número de fiadores que garantizaban la deuda, o la del senadoconsulto Veleyano, que regulando la intercesión de las mujeres, aparecía como nulidad pretoriana, siendo realmente de nulidad absoluta.

Algunas veces un negocio jurídico no estaba afectado desde su origen de nulidad, puesto que ésta surgía después por falta de circunstancias extrínsecas, como sucedía en el testamento romano, cuyo otorgante, después de su factura, perdía el carácter de ciudadano romano.

Por último, y al lado de la acción de nulidad para pedir la declaración judicial de nulidad de los actos constituídos con vicio de la voluntad o hechos con falta de capacidad, hay una anulabilidad especial, cual es la rescisión. Los actos válidos en riguroso derecho podían, no obstante, rescindirse en algunos casos particulares, como sucedía en virtud de las *exceptionis doli* y *quod metus causa*, y en la *restitutio in integrum*. Era, a nuestro juicio, una anulabilidad por causa de lesión, del perjuicio que se causa a una persona por la celebración de ciertos actos jurídicos. Estos actos pueden ser enajenaciones, renuncias de derechos, donaciones y liberalidades, y todos aquellos que puedan utilizarse por un deudor con el propósito antes indicado.

En tales casos la lesión es considerada como un vicio de la voluntad, y rescindido el acto, sus efectos desaparecen, ya que, como imperfecto que era, no tenía más que una existencia provisional, y la rescisión o nulidad produce efectos retroactivos. Los romanos comprendieron, dentro de la rescisión, la enajenación en fraude de acreedores, acto en el que notoriamente existe una evidente mala fe, puesto que existe el ánimo deliberado de perjudicar a otro, y si la buena fe desaparece, es necesario que intervenga el derecho con un remedio para asegurar el pago a los acreedores; ese derecho fué la *actio Pauliana*, revocatoria o rescisoria del negocio, que disminuía, con mala fe, el patrimonio del deudor en perjuicio de otro.

---

(135) D., 45, 1, § 5.

19. Conversión del negocio jurídico.

Se produce esta figura jurídica por la transformación de un acto nulo que rectifica la calificación del negocio.

Doctrinalmente (136), tiene lugar la conversión cuando la ley impone una forma al acto de derecho con el carácter de necesaria, y si tal forma falta, el acto es nulo; pero si tal negocio o acto admite la posibilidad de varias formas, y una de éstas se cumple, aunque no se cumpliera la que las partes se propusieron adoptar, tolera la misma ley la sustitución de un negocio nulo por otro válido, constituyendo esto la transformación o conversión del acto mismo. Pudiera decirse también que por medio de la conversión, y puesto que el negocio querido por las partes no era válido, se conseguían, sin embargo, efectos equivalentes, atribuyéndoselos a otro tipo de negocio, en que la falta del primero carecía de importancia.

Si la ley encuentra en el acto el mínimum de su forma, le da validez, ya que el Derecho, siempre que sea posible, aspira a negar la nulidad y a no decretar la ineficacia de los actos. Quiere respetar las declaraciones de voluntad, convencido de que, si la forma es elemento importante, lo es más el fondo, ya que al fin y al cabo lo sustancial del acto es la declaración, permitiendo, por tanto, y mediante la conversión, que el acto sea válido y produzca efectos. Con razón, pues, se ha dicho que la conversión no afecta a la sustancia del negocio jurídico; el acto, aunque convertido, es el mismo, ya que la voluntad es también la misma; únicamente cambia la forma, y esta transformación no produce la invalidez, sino una mayor o menor eficacia jurídica. La conversión, sin embargo, no podrá tener lugar si la ley impone necesariamente una forma determinada, bajo pena de nulidad, o si las partes prohiben la transformación o conversión, ya que en tales casos la forma sería tan esencial como el fondo mismo del acto. Si, por tanto, la legislación es respetuosa con la forma de los actos, no deberá tolerar la conversión más que en casos especiales, cuando, cumplida una forma establecida por ella, no haya inconveniente en respetar la declaración de voluntad, y nunca presumiendo la autorización de la conversión, sino permitirla sólo en los casos en que la misma ley determine.

Esta figura jurídica se conoció en el Derecho Domano (137), teniendo lugar cuando, habiéndose cumplido las solemnidades comunes a todos los actos jurídicos, faltaba sólo alguna de las peculiares del acto que quisiera celebrarse, y así, si una solemne *aceptilatio* para extinguir una deuda era nula por defecto de forma, podía conseguirse la misma extinción por un simple convenio de no pedir *pactum no petendo*. el que de cualquier forma podía celebrarse.

20. Convalidación del negocio jurídico.

Es una forma especial de conversión del negocio jurídico, que tenía lugar por una declaración hecha expresamente por el autor del acto. Producía un efecto confirmatorio del negocio, haciendo desaparecer el vicio anulable; y decimos anulable, porque sólo este fenómeno cabe tratándose de actos de esta clase, pero no respecto a los negocios nulos

(136) V. Brinz. *Pand.*, t. IV, pág. 588.—Dernburg. *Pand.*, t. I, pág. 124.—Unger, obra cit., t. II, pág. 91.—Fadda, *Notas*, pág. 930.
(137) D., 18, 1, 36 y 38, y C., 6, 36, 8, § 1.

absolutos o inexistentes. A virtud de la convalidación confirmatoria, el acto queda tan perfecto, que es considerado como si no hubiera tenido nunca imperfección o defecto.

La convalidación y confirmación podía hacerse expresa o tácitamente, admitiéndose esta última, si por medio de hechos o actos se indujese la voluntad de purificar el acto del vicio que lleva en su constitución. De todas suertes, tanto en una como en otra, para que produzca efectos es preciso cese el motivo de la invalidez del acto y que se haga con exacto conocimiento del vicio que el negocio tenía, prohibiéndose solamente la convalidación en el caso de que ésta perjudique a terceros.

Las fuentes romanas señalan algunos casos de convalidación. Tal es, por ejemplo, la de la cláusula codicilar (138), a virtud de la que un testamento nulo por vicios de forma valía como codicilo si el testador había manifestado su voluntad expresamente. Otro caso es el de la donación entre cónyuges, senadoconsulto de Septimio Severo y Antonino Caracalla, Oratio Antonini, que decide que si el donante había perseverado hasta su muerte en la voluntad de mantener la donación, y si moría durando el matrimonio, se haría válida de pleno derecho en el momento del fallecimiento (139). Y lo expresado con anterioridad en orden a la distinción del Derecho civil y el de gentes respecto a la invalidez de los actos, sirve también de aplicación a esta materia. Por último, el Derecho de la época justinianea acusa también la tendencia a facilitar las convalidaciones y confirmaciones de los actos nulos, haciéndolos figurar como incompletos y pendientes de una condición tácita que, al cumplirse, origina la validez.

CAPÍTULO VII

EJERCICIO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS NACIDOS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

21. Principios generales.

Cuando ha nacido un derecho, parece lo natural pensar en la manera de ejercitarlo y protegerlo. Es indudable que si el derecho sirve para algo es para gozar o disfrutar de las ventajas que la tenencia del mismo puede proporcionar a su titular; es para ejercitarlo, y tal ejercicio, que en definitiva es un hecho, nos da las ventajas o utilidades que los derechos contienen, haciendo valer las prerrogativas de éstos y el poder de uso que contienen, y que contra las demás personas nos da su posesión. Nadie piensa sobre esto cuando los derechos se ejercitan normalmente; por el contrario, si surge algún obstáculo para hacerlos efectivos, se piensa en protegerlos y ejercitarlos (140).

Algunos tratadistas pretenden que la doctrina del derecho nace de la coacción; es decir, para que exista el derecho es necesario que se obligue a su cumplimiento; este criterio no puede reputarse exacto, ya que hay muchas ocasiones en que las relaciones jurídicas se llevan a efecto

(138) D., 28, 1, 29, § 1.
(139) D., 24, 1, 32 pr., y D., 24, 1, 32, § 2.
(140) V. Winscheid, ob. cit., pág. 121.—Dernburg, *ob. cit., pág. 41.—Unger, ob. citada*, t. I, pág. 68.—Fadda, ob. cit., pág. 296.

de un modo normal y espontáneo, y no por eso deja de existir el derecho. Éste nace, como lógica consecuencia, de la vida social, *ubi societas ibi ius*, y es una regla dirigida a la voluntad; pero como deja un margen a dicha humana voluntad, puede cumplirse voluntariamente o no cumplirse. Ahora bien, cuando no se cumple de un modo espontáneo, aparece el procedimiento, la serie de reglas encaminadas a proteger al que ostenta un derecho, cuando el que tiene la obligación correlativa no la cumple voluntariamente.

El ejercicio de un derecho puede manifestarse en un único acto o en varios sucesivos, realizados por la persona o representante de ella a quien corresponde, o por varias personas, cuando todas ellas tienen concurso o concurrencia sobre el mismo derecho en cuestión, y puede manifestarse tal ejercicio, o como consecuencia de un derecho existente, o de que, sin que el derecho efectivamente exista, se da el caso del simple hecho del ejercicio.

Todos y cada uno pueden ejercitar sus derechos como les parezca, y haciendo el uso que más les convenga, dentro del ámbito que les corresponde; el orden jurídico debe garantizar y proteger tal ejercicio en dichas condiciones. Roma ya consignó en sus fuentes este principio general, afirmando *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*, y también *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quo facere ius non habet* (141). Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque la ley impone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos, por causas de interés general u orden público, o por los derechos de los demás, y también en otras ocasiones por la concurrencia de derechos de varios titulares sobre la misma cosa, de tal modo que los derechos de unos al ser ejercitados contrastan con los deberes de otros, produciendo una verdadera colisión.

Ahora bien, los derechos de que puede hacer ostentación el titular de los mismos, en algunas ocasiones son contradichos, negados o violados, y es lógico en tales supuestos que exija que las consecuencias de dichas violaciones sean anuladas y destruídas, y que para ello, puesto que es necesario que su facultad sea protegida, se le den y faciliten medios para garantía y defensa de sus derechos. Tales medios pueden conducir a prevenirse contra posibles perturbaciones futuras en el ejercicio de los derechos, evitando los obstáculos en el uso de las facultades jurídicas, como es la *caución*, que, bien real o personal, asegura, independientemente de su violación, el ejercicio de los derechos; van dirigidos a reaccionar contra las ofensas de derechos, defendiendo a éstos en las ilícitas contradicciones, como es la *defensa*, que concede la seguridad de los derechos contra un injusto ataque a los mismos.

Tal defensa corresponde al Estado, puesto que representa a la sociedad, y es órgano que tiene por misión realizar el derecho y hacerlo cumplir, sin que la persona pueda hacerse la justicia por sí misma, a menos de realizar un acto ilícito, lo cual no es obstáculo para que, cuando la defensa pública sea ineficaz, se encuentre el titular del derecho habilitado para proteger aquél, ya que de igual manera que tiene facultad para gozar del derecho, la tiene para defenderlo contra terceros, de la manera y bajo los límites que permita la autoridad del Estado; tal criterio fué reconocido por los romanos, y Gayo afirmaba (142) *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*, y por su parte Ulpiano consignaba también (143), *vim vi repellere licere... idque ius natura comparatur...*, admitiendo, por tanto, la defensa privada

(141) D., 50, 17 y 55, y D., 50, 17, 151.
(142) D., 9, 2, 4.
(143) D., 43, 16, 1, § 27.

lícita, siempre que el acto sea contrario al derecho, y además actual e injusto, y que no haya facilidad de prevenir la agresión y de invocar de la autoridad pública el oportuno socorro.

Se ve, pues, que la modalidad más antigua en la defensa de los derechos es la propia fuerza material de los particulares, y que a la misma no fué ajeno el primitivo Derecho civil romano, pero que más tarde se prohibió semejante sistema, imponiendo incluso sanciones a los infractores de tal prohibición, sustituyéndole por la protección ejercida por el Estado. Así, en los comienzos del Imperio, y en la época de Augusto, la ley *Julia de vi* organizó contra el culpable de ocupación violenta de un inmueble perteneciente a otro, un *iudicium publicum*, y después se quiso impedir que una persona, aun de buena fe, no pudiera hacerse justicia a sí misma apoderándose por violencia de una cosa que creía pertenecerle; y asimismo Marco Aurelio, en la época clásica, había decidido que el acreedor que se apoderaba violentamente de los bienes del deudor, en lugar de dirigirse al magistrado, había decaído de su crédito y quedaba bajo la aplicación de la ley *Julia* (144), y posteriormente Valentiniano, Teodosio y Arcadio se inspiraron en esta disposición, ordenando que el que se cree propietario de una cosa y la ocupa por violencia, pierde su derecho, si es realmente propietario, y si no lo es, debe devolver la cosa y además pagar su valor al que ha sido víctima de la violencia (145). No obstante tales disposiciones, también el Derecho de Roma de las últimas épocas propugna la defensa individual en las condiciones antes señaladas, y hasta llegó, cuando un deudor apelaba a la fuga, y aunque no realizara acto alguno contra su acreedor, a que éste acudiera a la defensa privada con utilización de la fuerza.

22. Acción.

Aparte de los casos antes expresados, el titular de los derechos, si quiere defenderlos, precisa acudir a la protección del Estado y utilizar los medios jurídicos indispensables para obtener la reparación. Necesita emplear las acciones, o sea los modos por los cuales el derecho perturbado se restaura.

Es la acción el poder constitutivo del derecho, la fuerza determinante de éste y, desde luego, una facultad que reemplaza a la de emplear la fuerza individual.

En estos aspectos señalados la acción aparece como algo puramente formal, como un remedio de derecho; pero al propio tiempo puede también destacarse como una fuerza con que el derecho se afirma contra la violación o desconocimiento del derecho de otro.

En el sentido primero, sobradamente amplio, resulta la acción como facultad pública para exigir del Estado amparo y protección jurídica; mas en el segundo aparece como facultad privada contra otro particular, y dentro de ella como acto procesal de demandar ante el magistrado, o como derecho a reclamar algo, obteniendo del adverso una activa prestación o una omisión.

En realidad, no es la acción una cualidad inherente al derecho, o un accesorio del mismo, sino una facultad para hacer valer dicho derecho *en juicio*; es el mismo derecho ejercitándose, y, por consecuencia, derecho y acción son términos inseparables; no es esta última una noción distinta del derecho, sino un nuevo aspecto o nueva fase del primero. Mas esta idea, propia del Derecho Romano, en que aparece la acción

(144) D., 48, 7, 7.
(145) C., 8, 4, 7.

como algo abstracto y unido al derecho subjetivo, no era estricta concepción romana. En Roma, cada interés o derecho subjetivo tiene el amparo del Estado, en tanto se le haya dado y señalado una acción; no basta decir tengo un medio general de hacer valer mis facultades o pretensiones judicialmente; es preciso que exista una acción concedida respecto del derecho subjetivo que se trate de ejercitar, y por ello la acción tiene un carácter individual, concreto, autónomo, y el jurista tiene que investigar ante un negocio jurídico que se quiera ejercitar, no si se tiene o no derecho para ello, sino si la pretensión del sujeto tiene señalada una acción para ser utilizada, y fijar cuál o de qué clase sea dicha acción. Por ello, los medios de ejercicio de los derechos por virtud de las acciones eran fijados por la ley, o por los antiguos usos o demás fuentes, y sobre todo por los magistrados con jurisdicción para ello. De todas suertes, no creemos exista inconveniente para afirmar que existía en Roma una acepción extensa y vulgar de la acción, a la par que etimológica, *actio* de *agere*, obrar, y que designaba la manera de poner en acción al derecho, es decir, un acto o serie de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para hacer que se preste fuerza y autoridad al derecho, ya defendiéndose, ya procediendo contra otro. Y asimismo, en un sentido figurado, significaba el mismo derecho de ejercer este recurso ante la autoridad, y aunque, en un tercer sentido, puede tomarse como el medio o forma prescriptos para ejercitarlo. Sin embargo, en una acepción especial y técnica en el Derecho Romano, no puede darse a la acción un solo sentido, puesto que el concepto de la acción ha variado en cada uno de los sistemas de procedimiento judicial que históricamente se sucedieron en Roma.

Así, en el primitivo sistema de las *legis actiones*, acción es una expresión genérica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, en la serie de los actos y palabras que deben constituirlas; estas formas tienen una aplicación más o menos general y no se hallan especialmente determinadas para cada derecho distinto.

Bajo el segundo de los sistemas procesales romanos, o sea el *procedimiento formulario*, la acción significa el derecho conferido por el magistrado de reclamar ante un juez lo que se nos debe; tal era la definición de Celso (146), *nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi:* o también se designaba con la palabra acción la fórmula que se expedía, y por la que era conferido este derecho, y, por último, otras veces se aplicaba a la acción el nombre de *iudicium*, o sea de la instancia judicial que ella organizaba.

En el tercero de los sistemas procesales, procedimiento extraordinario o *extraordinaria cognitio*, la acción no es otra cosa que el derecho, que resulta de la legislación misma, de dirigirse directamente a la autoridad judicial competente en reclamación de lo que se nos debe, o de lo que es nuestro, o bien el acto mismo de esta reclamación.

Por lo demás, en Roma, las acciones reciben diferentes nombres, que unas veces proceden del negocio jurídico del cual se derivan, como de *emptio venditio*, compraventa, se derivan la *actio empti* y la *actio venditi;* otras veces el nombre de la acción obedece al contenido de lo que se pide, como la *actio redhibitoria*, encaminada a pedir la rescisión de la compraventa, y la *quantiminoris* la rebaja del precio, y en diversos casos el nombre de la acción es recuerdo del pretor que la crea, como las *actio Publiciana* y la *Serviana*, no faltando también acciones cuya denominación se deriva de la ley que las produce, como la *actio leges Aquiliae*, procedente en caso de daños.

Para concluir, debe ser manifestado que el Derecho de Roma también

(146) D., 44, 7, 51.

concedió a las personas medios que servían para neutralizar la acción ejercitada, en el modo y forma correspondientes a la ley. Era una manera de defender los derechos, puesto que si indebidamente se utilizaba una acción, se perturbaba y lesionaba el derecho de otro, y era lógico se pudiera negar, contradecir y oponerse a la acción. Este efecto se conseguía con la *exceptio*, excepción, que quitaba, en todo o en parte, eficacia a la acción, o mejor, al pretendido derecho de la misma, y que en su ejercicio podía dirigirse a suspender el desarrollo de la acción, *dilatoria*, o a destruir o neutralizar la misma, *perentoria*.

23. Conservación de los derechos.

Siendo el negocio jurídico una declaración de voluntad que mira a producir un efecto jurídico, aparte de su finalidad de adquirir, de ejercitar o de extinguir derechos, puede su objeto dirigirse a conservarlos. Esta conservación se obtenía por la *protesta*, la *reserva* y el *reconocimiento*, implícitamente contenidos en la práctica jurídica, aunque no explícitamente referidos en las fuentes.

La *protesta* era una manifestación o declaración de voluntad hecha en forma legal, tendente a conseguir la evitación de perjuicios que nos pueda causar la realización de un acto de otro.

La *reserva* tenía por fin evitar el que pueda suponerse renunciado o perdido un derecho, de no hacer aquélla.

El *reconocimiento* de derecho, que se obtiene a virtud de la interpelación o requerimiento judicial o extrajudicial.

Pero al mismo tiempo existían otros medios de conservar los derechos adquiridos, a los que ya las fuentes de manera clara aluden.

Figuraba entre ellos la *retención*, que tenía lugar cuando poseyendo una cosa ajena que nos ha entregado su dueño en garantía de un crédito, satisfaciéndonos éste, la retenemos, sin embargo, en nuestro poder para garantizar otro crédito del mismo deudor. En el *Digesto*, 6, 1, 23, § 4, se vislumbra este modo conservatorio.

Igualmente era otro el *arresto* o *embargo*, que es la restricción puesta por el juez a la persona o a los bienes del deudor, cuando de otro modo se haría ilusorio el crédito.

También se conservaba el derecho por la *caución* o garantía que se nos da para seguridad de un derecho, y que puede consistir en una promesa jurada o simple, como la de la *Instituta*, 4, 11, § 2, o en una prenda o hipoteca, o en un fiador, como se señala en el *Digesto*, 37, 6, 1, § 9, y en el *Código*, 6, 38, 3.

Y, por fin, se obtiene igual conservación de los derechos por la *posesión judicial* de todos o parte de los bienes que decretaba el pretor para asegurar ciertos derechos, como consta en el *Digesto*, 36, 4, que ha de ser objeto de estudio posterior especial.

Roma admitió, como se observa en el estudio particular de sus instituciones de Derecho privado, distintos modos de conservación de los derechos, que al propio tiempo servían para su aseguramiento; todas las instituciones de garantía son ejemplo palmario de esto, y, por tanto, las fianzas personal y real; dentro de ésta, la prenda y la hipoteca; y también el juramento y las arras, anteriormente estos últimos estudiados.

24. Prueba del negocio jurídico

La materia relativa al negocio jurídico se completa determinando los principios que sirven para la justificación de los hechos que originan

los derechos, ya que no basta la existencia de los primeros para que el derecho se produzca; y aun más: si surge el caso de disputa o negación por las partes interesadas, es preciso se haga la prueba, es decir, establecer la exactitud de un hecho del cual dependa la existencia de un derecho.

Consecuencia inexcusable de estos principios es la de que, en rigor, la prueba sólo puede afectar a los hechos, no al derecho, salvo el caso de la costumbre jurídica, la que es preciso justificar, o salvo el caso de derecho extranjero, que también es necesario justificarlo. Y lo es de igual manera que el capítulo de la prueba es de absoluta necesidad cuando se reclama la intervención judicial para que el juzgador, que no puede creernos solamente bajo nuestra palabra, adquiera la convicción de la existencia de los hechos alegados, cuya prueba precisa ser admisible o no prohibida por la ley pertinente, o sea relacionada con los hechos alegados, concluyente para que el juzgador resuelva con acierto, e incumbir al que alega el hecho del cual se origina el derecho, especialmente al demandante en todos los casos, cualquiera que sea la naturaleza de los hechos, positivos o negativos; al demandado, cuando pretende hacer valer un medio de defensa encaminado a paralizar la acción, pero estando exento de probar su negativa si sólo se limita a negar los hechos que el actor aduce.

Los expuestos principios quedaron reconocidos por la jurisprudencia romana. Paulo ya consignaba (147) *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, actori incumbit probatio*, y aunque los glosadores pretendieron imponer la máxima de que el que invoca un hecho negativo no está obligado a probarle, el sentido del *Digesto*, citado en defensa de su opinión, no debe interpretarse de ese modo, sino en el sentido de que el demandado o defensor de un derecho, que niega el derecho invocado contra él, no está obligado a probar, sentido distinto al que querían darle los glosadores. Ahora bien, el Derecho Romano, y aparte de las declaraciones de testigos, *testes*, conoció diversos medios probatorios. Figuran como tales los *monumenta*, de *monere*, advertir, los *escritos*, las *marcas*, *señales* o *vestigios*, las *confesiones*, *confessio*, el *iusiurandum* o *juramento*, etc., eran otros tantos medios de justificación más o menos concluyentes, que el Derecho Romano designaba con la expresión general de *instrumenta*, *instrumentos*, y que se dividían en *públicos*, *instrumenta publica*, o *privados*, *instrumenta privata*, o *domésticos*, *domestica*, según su respectiva naturaleza (148).

En un sentido más limitado, la palabra instrumento designaba tan sólo a los escritos, y éstos tomaban diversos nombres, según su objeto y según su forma, y también según la materia sobre que estaban redactados; tales eran los de *scripta*, *scriptura*, sacados de la misma escritura; *tabullae*, *codex*, *codicillus cerae*, tablas de cera, y *membranae*, pergamino; *chartae*, papel; *chirographum*, de mano y escribir, para el escrito dimanado de la persona comprometida (149); *syngraphae*, de con y escribir, para los escritos firmados por ambas partes y hecho constar en ejemplares diferentes para cada una de ellas; *apocha*, de recibir, carta de pago; *antapocha*, de en cambio y recibir, declaración de que se ha recibido la carta de pago (150), y algunas veces *cautio*, nombre general de *cavere*, tomar o dar seguridad, porque el escrito que da una prueba es una seguridad (151).

Todos los anteriores escritos solían intervenir en los actos jurídicos,

(147) D., 22, 3, 2.
(148) D., 22, 4, 1.
(149) D., 2, 14, 47, § 1, y D., 22, 1, 41, § 2.
(150) C., 4, 21, 19.
(151) D., 2, 14, 2, § 1, y D., 22, 3, 25.

y como ya se dijo en el momento oportuno, unas veces por vía de solemnidad y otras tan sólo como medios de prueba, y esto era preciso distinguirlo con cuidado, porque en el primer caso pertenecían a la validez del negocio, de modo que éste era nulo si faltaba aquél, y en el segundo en nada influía su falta, salvo la dificultad pe probar la existencia del acto jurídico. Todos ellos, a excepción del *chirographum* y del *syngraphae*, eran simplemente medios de prueba, salvo los casos en que se exigían expresamente por vía de solemnidad (152), y los dos primeros tuvieron en su tiempo por objeto principal constituir el contrato literal.

Desde luego conviene señalar que las reglas expuestas hasta aquí respecto a la prueba no pueden aplicarse al caso en que la parte que alega un hecho puede invocar en su favor una *presunción legal*.

Ya expusimos en su lugar oportuno la razón de las llamadas presunciones. Si la prueba es operación de razonamiento e integra una lógica deducción de ciertos hechos conocidos para deducir otros desconocidos, esta operación, razonamiento y deducción la hace por sí mismo el Derecho, es decir, la misma ley, la jurisprudencia o la ciencia jurídica. Toman, deducen antes, *prae sumere*, y de ahí *praesumptio*, presunción, de hechos generales, según lo que siempre o más comúnmente se verifica para hacer una generalización.

Unas veces la generalización se lleva a efecto sin permitir se la opongan pormenores particulares de cada hecho, tales son los casos de la máxima *res iudicata pro veritate accipitur*, lo que se determinó por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se tiene por verdad (153) la disposición por la cual se arroja de la familia, como no correspondiente al marido, al hijo nacido diez meses después de la muerte de éste, *pro decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem* (154), y otros varios casos, como los de la excepción *non numeratae pecuniae* (155). Estas presunciones son las llamadas por los comentaristas *iuris et de iure*, mas en otras ocasiones se admite en la generalización que las partes puedan oponerse a la deducción realizada por detalles propios de cada hecho particular, permitiendo la prueba en contrario, denominándose *iuris tantum* las presunciones de esta clase. Toda la materia de probanza o justificación de los hechos se trató esmeradamente por los jurisconsultos romanos, y además del *Digesto*, libro 22, títulos 3, 4 y 5, del libro 42, título 2, del libro 12, título 2, y de los correspondientes del *Código Justinianeo*, se ocuparon especialmente de las últimas, de las presunciones *iuris tantum*, fijando, por ejemplo, la relativa a la filiación, *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, pero el padre es aquel que las nupcias demuestran (156), *et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*, y por eso se ha de creer que aquel que a los siete meses nace de legítimo matrimonio es hijo legítimo (157), *qui centesimo octogesimo secundo die natus est... iusto tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumisa:* el que nació después de los ciento ochenta y dos días... parece nació en tiempo legítimo, y que no fué concebido en servidumbre, si a su madre se le dió la libertad antes de los ciento ochenta y dos días (158), y para el caso de ausencia del marido, *sed si fingamus abfuise maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua... hunc non*

(152) D., 22, 4, 4.
(153) D., 50, 17, 207.
(154) D., 38, 17, 3, § 11.
(155) C., 4, 30, 14.
(156) D., 2, 4, 5.
(157) D., 1, 5, 12.
(158) D., 38, 17, 3, § 12.

esse mariti filium: supongamos que el marido estuvo ausente, *verbi gratia*, por diez años, y después que volvió encontró en su casa un niño de un año..., éste no es hijo del marido, que estuvo ausente (159); también es presunción de esta clase la establecida para perdonar una deuda, *si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem; profuturamque ei conventionis exceptionem placuit:* si a un deudor mío le devolviese la caución, parece que nos hemos convenido en que no le tengo que pedir, y agrada que le aproveche la excepción del pacto (160); igualmento lo es la del título cancelado, *si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitur liberatus esse videtur:* si estuviese cancelado el recibo, se presume que está libre el deudor... (161); y de la misma manera, por último, y para no citar más, es de igual naturaleza la presunción fijada para la intención presunta de comprender sus herederos en los actos que se hacen, *si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat... attamen de ipso duntaxat, ac non de herede eius quoque convenisse, petitor, non qui excepit probare debet...:* si en el pacto no se hiciese mención del heredero..., el que pone la excepción debe probar que en el pacto no se comprende su heredero (162) (163).

Es regla también en materia de prueba que el juez debe juzgar *secundum allegata et probata*, según lo alegado y probado.

Doctrinalmente se ha discutido mucho sobre la facultad de apreciar la prueba por parte de los juzgadores. Mas limitándonos al Derecho de Roma, contra el sistema de la libre apreciación de la prueba, propio del sistema por fórmulas, posteriormente se destaca el sistema de la prueba sujeta a normas, a las que el juez tiene necesaria y obligatoriamente que atenerse, estimando de modo imperativo el mayor valor de unas probanzas sobre otras, según lo declare la ley, no obstante el juicio particular del llamado a juzgar.

Prevalece en este punto la mayor preferencia que se da a la prueba documental o escrita, cuya importancia máxima aparece en el período romanobizantino, estimándose como de gran valor y utilidad los documentos privados o públicos; los primeros, si estaban avalados por testigos, y los segundos, por el juramento de los que los redactaban, los *tabelliones*, o por los funcionarios públicos cuando obraban en el ejercicio de sus facultades. Esta importancia de la prueba documental contrastaba con la desconfianza sentida respecto a la prueba testifical.

Por otra parte, no estaba limitada la prueba a los medios que las partes ofrecieran, ya que también de oficio, es decir, a iniciativa del juez, *ex officio iudicis*, podían aportarse al proceso medios probatorios, tales como los dictámenes periciales, las confesiones de las partes y el juramento decisorio y supletorio, limitando siempre la facultad de aducir y valorar la prueba las presunciones, y especialmente las *iuris et de iure* antes estudiadas.

Para concluir, es preciso tener presente la posibilidad de distinguir entre la prueba que ofrece una demostración tan clara y evidente de los hechos a que se refiere, de aquella otra, que, sin dejar de producir algún convencimiento, no es éste bastante para una total convicción, pues la primera no deja motivo alguno de duda en el ánimo del juez, mientras que la segunda no es bastante para inclinar el ánimo del mismo de una manera decidida.

Algunos negocios jurídicos no pueden ser justificados por los medios

(159) D., 1, 6, 6.
(160) D., 2, 14, 2, § 1.
(161) D., 22, 3, 24.
(162) D., 22, 3, 9.
163) V., Donatuti, *Le praesumptionis iuris in Diritto romano*. 1931.

generales de prueba, sino que requieren medios especiales de justificación, y otros, por su parte, no consienten demostración en el sentido de mera prueba.

CAPÍTULO VIII

EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS NACIDOS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

25. Enumeración.

La extinción de los derechos se opera por diversos modos, teniendo lugar principalmente por la enajenación, la renuncia, la pérdida del objeto y la prescripción extintiva.

26. Enajenación.

Este modo de extinción, en un amplio sentido, equivale a transmitir a otro la propiedad de alguna cosa o un derecho determinado, bien a título lucrativo o bien a título oneroso.

En este concepto genérico, y para el Derecho Romano, se comprendía la venta, la permuta, la donación, la disposición de última voluntad, es decir, y en general, todas las formas de cesión o traspaso de los bienes, *cosas o derechos*.

La enajenación así entendida era un acto de verdadera importancia jurídica, puesto que, a la vez que extinguía, creaba o modificaba derechos, razón por la cual exigía, tanto en el enajenante como en el adquirente, las condiciones de capacidad legal necesarias para consentir en el acto originario de la misma, y así, en un orden general, *no podían enajenar* ni aceptar enajenaciones los impúberos, los sujetos a la patria potestad, los esclavos, los furiosos o dementes, sordomudos, las mujeres, sin perjuicio de las incapacidades especiales para determinados negocios jurídicos establecidás en las leyes.

Sólo el titular de la cosa o derecho podía enajenar, a menos de una prohibición de la ley, del contrato o de la voluntad del causante, debidamente manifestada, y, más tarde, del primitivo Derecho Romano, pudo enajenarse en nombre de otro, cuando estaba facultado en forma para ello, *mandatario*, y *asimismo, aun contra la voluntad del titular*, puede haber lugar a la enajenación cuando los jueces o autoridades decretan el secuestro de los bienes, y también cuando los acreedores de las cosas dadas en prenda o hipoteca hacen uso de las facultades que para ello el Derecho les concede. Claro es que desenvolver en este momento toda la doctrina concerniente a las enajenaciones *sería invadir la materia* relativa a multitud de negocios jurídicos que han de ser estudiados al detalle en cada una de las instituciones privadas de nuestro Derecho. Por ello nos limitaremos a dar a conocer algunas disposiciones, las más importantes, de las fuentes, bien respecto a la facultad de enajenar o bien en relación a las formalidades necesarias para ello.

Así, se alude a la idea de la enajenación en el *Digesto* (164), compren-

(164) D., 50, 16, 28, in.

diendo dentro de ella a la usucapión, al no uso de las servidumbres, que ocasiona la pérdida de las mismas; se fijan asimismo, aparte de los requisitos especiales que deben mediar para la legitimidad del título por el cual se verifique, la capacidad del enajenante y del adquirente, la aptitud de la cosa y la tradición de la misma con título justo (165). Se declaran válidas, no obstante no ser dueño de las cosas, las enajenaciones de la prenda por el acreedor (166), las que por falta de metálico hace la autoridad de cosas de una herencia no adida, para pagar el entierro y funerales del difunto, procediendo siempre en primer lugar respecto a las cosas que no pueden conservarse (167) y las que la propia autoridad hace para la custodia y conservación de bienes vacantes cuyo propietario fuere ignorado (168).

Del mismo modo se afirma, respecto a la capacidad, que todos los que legalmente pueden enajenar pueden adquirir, y si tienen impedimento en sus facultades intelectuales, ha de entenderse válida la adquisición si les ha sido ventajosa (169).

En relación a las cosas objeto de las enajenaciones, se declara con aptitud a todas las susceptibles de dominio por estar en el comercio de los hombres, corporales o incorporales, presentes o futuras (170), exceptuando las cosas sagradas (171), las cosas litigiosas y la herencia del que aun vive por el que espera adquirirla (172).

Y para terminar, no existiendo título de enajenación, la entrega de la cosa no producía por sí sola transmisión de dominio (173).

También el Derecho Romano reguló casos especiales de enajenación de las cosas legadas y de los bienes pertenecientes a los pupilos y menores, que son estudiados en el texto en las respectivas instituciones.

27. Renuncia.

Es indiscutible que los derechos se dan para las personas y que éstas pueden ejercitarlos en su favor. Si así es, no puede existir inconveniente alguno en admitir la renuncia de lo que a dichas personas pueda serles útil. Sin embargo, el principio no puede ser absoluto, ya que si una renuncia supone perjuicio para otro, o el derecho y el deber de una persona se encuentran tan íntimamente relacionados que al renunciar aquél y no cumplir éste se originaría una perturbación jurídica que hiciera resentirse los fundamentos del orden social.

Por ello la renuncia nunca puede ir contra las leyes que afectan a la existencia y organización del Estado, como, por ejemplo, las referentes al estado y capacidad de las personas, las relativas a la organización de la propiedad territorial, las del puro derecho de familia y las pertenecientes a la sucesión que fijan las legítimas, las causas de desheredación y solemnidades de los testamentos y demás disposiciones de última voluntad.

La renuncia, como abandono que es de una facultad que corresponde al individuo, se rige por sus fueros propios y no puede ser traslativa de derechos, porque, caso contrario, se confundiría con la enajenación, y además porque no es necesaria la aceptación de la renuncia o cumplir

(165) D., 6, 1, 50, in.
(166) I., 2, 1.
(167) D., 11, 7, 12, § 6.
(168) D., 6, 1, 15, § 1.
(169) D., 23, 4, 24, y D., 41, 1, 11.
(170) I., 3, 19 pr, y I. 2, 4, 1, y D., 45, 1, 75.
(171) I., 2, 1, 8, y Nov., 120, 9.
(172) D., 18, 4, 1.
(173) D., 12, 1, 18.

formas determinadas para su validez, teniendo el carácter, por tanto, de un verdadero negocio unilateral. Esto no es obstáculo para que, si se tratase de derechos reales, sea preciso, además del *animus derelinquendi*, el material abandono de la cosa.

Por último, objeto de una renuncia puede ser no sólo los derechos actualmente existentes, sino también los eventuales y los futuros.

A base de estos principios, Roma reguló la repudiación de la herencia (174), la renuncia del usufructuario en beneficio del propietario (175) y la renuncia a las servidumbres prediales por parte del propietario del fundo dominante (176), cuyos detalles se hallan expuestos en el texto y lugar oportunos de dichas instituciones.

28. Pérdida del objeto.

No se comprende un negocio jurídico, ni, por tanto, un derecho del mismo resultante, si falta o desaparece el objeto de aquéllos, que es un elemento esencial. Pero es desde luego incuestionable que, según sea la relación jurídica, originará distinto efecto la pérdida de la cosa.

Sentando, de momento, una regla general, puede indicarse que extingue el derecho la pérdida de la cosa sobre que recae un derecho real; mas si se trata de un derecho de obligaciones, se extingue el vínculo jurídico si falta la cosa específica y pereció aquélla por culpa del deudor, puesto que en otro caso puede haber un cumplimiento supletorio de la obligación mediante la indemnización de daños y perjuicios.

Pueden darse casos de dificultad para saber si la cosa se ha perdido total o parcialmente, como los hay también cuando, no siendo tan claro un hecho como el de la falta material del objeto, debe entenderse, sin embargo, la cosa perecida: por ejemplo, si pierde sus cualidades esenciales o su valor económico o se confunde con otra. En tales supuestos, originarios de efectos diversos, será preciso atenerse a las reglas propias de cada negocio jurídico en particular, teniendo en cuenta si la extinción o pérdida del objeto lo fué por un caso fortuito o causa mayor, sin voluntad para ello, o por culpa de las partes del negocio de derecho.

Roma, a este efecto, construyó la teoría de la falta y la de la *mora creditoris*, como también la del *caso fortuito*, la del *dolo*, la *culpa* y la de la *mora debitoris*, estudiadas al detalle en los respectivos lugares del texto.

29. Prescripción extintiva.

Este modo de extinción de los derechos es llamado también prescripción liberatoria, y se produce cuando se ha dejado transcurrir por el titular del derecho o acreedor el tiempo dentro del cual podía utilizarse, para exigirla, la correspondiente acción. Es una fuerza extintiva de las acciones y de todos los recursos de defensa del derecho, siendo de aplicación general a todos, sean de la clase que quieran. Se ha tenido a la prescripción liberatoria como una regla de paz, orden y armonía social, a fin de dar seguridad y certeza a las relaciones de derecho, ya que no podemos permanecer inactivos si hemos de conservar nuestros derechos, puesto que un derecho que no se ejerce perece, y dejando de utilizar la correspondiente acción, si el derecho se desconoce o viola, la protección de la ley no puede ser indefinida.

Pero el simple hecho del transcurso del tiempo no puede extinguir

(174) D., 29, 2, 95.
(175) Gayo, 2, 30.
(176) D., 44, 4, 4, § 12; D., 8, 6, 8, pr.; D., 8, 3, 34, pr.

el derecho, sino que es preciso que, además de lo dicho, concurra otro elemento esencial, que es un acto o abstención por parte de una persona. Lo que caracteriza, pues, la pérdida del derecho es el no uso de los medios de defensa del mismo, la inercia de los procedimientos defensivos, que suponen un abandono o renuncia del derecho que existe a nuestro favor. La prescripción extintiva, por tanto, tiene que requerir como elementos esenciales la negligencia del titular del derecho y el lapso de tiempo señalado por la ley durante el cual el derecho no ha sido ejercitado.

En Derecho Romano obraba la prescripción de esta clase, según antes se dijo, a modo de excepción, paralizando y haciendo inútil la acción. El derecho no se extinguía en realidad; pero prácticamente era lo mismo, puesto que al titular ya no le producía beneficio alguno. Paulo consignaba tal efecto (177), diciendo: *nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*. Se precisaba, en consecuencia, prevalerse de la excepción delante del magistrado o del juez, y aun así, el derecho existe todavía, puesto que tan sólo se halla paralizado, y si la causa de la excepción llega a desaparecer, el derecho recobra todo su poder (178), aparte de que, operando como excepción, sólo puede ser opuesta a determinadas personas.

Por lo demás, la prescripción extintiva tiene que tener un comienzo legal, que se da cuando el derecho del titular es un acto positivo del sujeto pasivo de la relación, desde el momento en que tal hecho no se cumpla; si consiste en hacer, cuando el sujeto pasivo practica un acto contrario a la abstención a que está obligado, y si se trata de derechos reales, el momento de iniciación sera aquel en que el titular del derecho pueda ejercitar su acción y no lo haya verificado.

Si la prescripción ha comenzado, no debe interrumpirse, ya que si tal cosa sucediese se inutilizaría aquélla, bien se produzca por un hecho natural o por la intervención de la autoridad pública, y bien la produzca el propio titular del derecho, un representante suyo o un tercero con interés en que la prescripción no se produzca. Téngase presente, para concluir, que, aunque la prescripción es renunciable, siempre que esté ya consumada, no lo es, en cambio, el derecho a prescribir o renuncia anticipada de aquélla, pues en tal caso la institución sería inútil e ineficaz y se producirían los trastornos y perturbaciones sociales que la prescripción trata de evitar. Y que esta prescripción estudiada produce los efectos señalados siempre que los derechos o acciones de que éstos se hallan dotados sean prescriptibles, ya que algunos derechos privados, como los relativos al estado y capacidad de las personas, o algunas acciones, como las de división, al igual que los derechos públicos que derivan del poder del Estado, son totalmente imprescriptibles.

30. Otros medios de extinción de los derechos.

Aparte de los antes expuestos, y no tan importantes como los que se acaban de consignar, podían perderse o extinguirse los derechos por perder el estado, *status*, la personalidad o la consideración a que estaban anejos.

Asimismo tenía lugar dicha extinción por cumplirse la condición resolutoria o el tiempo de que dependía su duración (179).

De modo idéntico, por no tener interés en conservarlos aquel a quien corresponden, y, por último, cuando se le retiran a alguno sus derechos por mal uso que hace de ellos o en pena de algún delito (180).

---

(177) D., 50, 17, 112.
(178) D., 2, 14, 27, § 2.
(179) D., 8, 1, 4.
(180) D., 17, 1, 8, § 6, y C., 11, 42, 3.

PRIMERA PARTE

DE LOS DERECHOS REALES

Generalidades.

147.—Los derechos reales, que consisten en los diferentes beneficios que el hombre puede obtener de una cosa, son en número limitado. Las legislaciones modernas no han aumentado su lista, quedando, sobre poco más o menos, los mismos que había en Derecho Romano. Unos han sido organizados por el Derecho civil, y los otros han sido admitidos y sancionados por el Derecho pretoriano: a) El Derecho civil reconoce, por una parte, e implícitamente, la *propiedad*, que es el más completo de todos los derechos reales, y que por esta razón los romanos confunden muy a menudo con su objeto (1); por otra parte, y expresamente, las *servidumbres*, que se dividen en *servidumbres personales* y *servidumbres reales* o *prediales* (Gayo, II, § 14); b) Más tarde, el pretor concedió en ciertos casos a personas cuya situación le parecía digna de este favor la protección de una acción *in rem*, por la cual podían hacer valer contra todos, sus derechos sobre una cosa. De esta manera quedó sancionada la existencia de nuevos derechos reales, que son: la *superficie*, los derechos de los colonos de los *agri vectigales*, la *enfiteusis* y la *hipoteca*.

Capítulo I.—De la propiedad.

§ 1.—Nociones generales.

148.—I. *Elementos y caracteres del derecho de propiedad.*—Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad, que, en efecto, escapa a toda definición por su sencillez y extensión, pues es el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal. Por eso, sólo se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la

---

147. (1) En el lenguaje ordinario de los jurisconsultos romanos, tener la propiedad de una cosa es poseer la cosa misma. Todo el que se considera propietario dice: *aio hanc rem esse meam* (Cf. Gayo, II, § 24), mientras que el que pretende tener otro derecho real, por ejemplo, un usufructo, dice: *aio jus utendi fruendi hoc fundo mihi esse*. Por eso los jurisconsultos no hacen figurar el derecho de propiedad en la enumeración de los derechos reales. La tratan como si fuera cosa *corporal*, porque se confunde, por así decirlo, con la cosa corporal sobre la cual recae. Pero es exagerado pretender que los romanos no hayan conocido la existencia de la propiedad considerada como derecho real distinto de su objeto: ellos la mencionan expresamente todas las veces que lo exige la claridad de la exposición. Entre los textos que lo demuestran, nos limitaremos a citar: Gayo, II, § 33: *...in mancipanda proprietate*—y L. 1. pr., D. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium... quarundam jure civili.*

propiedad. Según un análisis que germina en los textos, pero que ha sido precisado y desarrollado por nuestros autores antiguos, estos beneficios se resumen en el *uso*, el *fruto*, y el *abuso:* a) El *jus utendi* o *usus* que es la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; b) El *jus fruendi* o *fructus*, derecho de recoger todos los productos; c) El *jus abutendi* o *abusus*, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola (1).

148 bis.—El propietario investido de semejantes facultades tiene, pues, sobre su cosa un poder *absoluto*, teniendo derecho para hacer lo que mejor le parezca, aunque la ley puede imponerle ciertas restricciones, de las cuales admitía varias el Derecho Romano. He aquí algunos ejemplos:

a) La ley de las XII tablas prohibía al propietario cultivar su campo o edificar hasta la línea divisoria de los fundos vecinos, debiendo dejar libre un espacio de dos pies y medio. Por eso, una línea de terreno de cinco pies separaba los fundos de tierra *(confinium)* y las casas *(ambitus)* (1). No podía adquirirse por usucapión (Cicerón, *De legib.*, I, 21 [55]).

b) El propietario de un fundo de tierra debe abstenerse de hacer trabajos que puedan cambiar el curso de las aguas de lluvia, o sean susceptibles de dañar a los fundos superiores o inferiores. La ley de las XII tablas daba al vecino amenazado del perjuicio la acción *aquae pluviae arcendae* para hacer restablecer el estado primitivo en sus lugares (D., *de aqua et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3) (2).

c) Los romanos, al parecer, no conocieron como principio la expropiación por causa de utilidad pública, aunque se encuentran ciertos casos en que los particulares han sido expropiados por interés general; por ejemplo, la reparación o arreglo de los acueductos de Roma (3) para el restablecimiento de una vía pública (L. 14, § 1, D., *quem. serv. amit.*, VIII, 6).

149.—Por otra parte, y por razón misma del carácter absoluto de su derecho sobre la cosa, el propietario puede restringirle concediendo a otras personas algunas de las ventajas de que goza. Aquellos a quienes concede estos atributos, separados de la propiedad, tienen derechos reales sobre la cosa de otro. Ella se encuentra a este respecto en un estado de sumisión, y estos derechos reales *jura in re aliena* se llaman *ser-*

---

148. (1) El *usus* y el *fructus* están claramente distinguidos en los textos: Gayo, L. 1, § 1, D., *de usu*, VII, 8; Ulpiano, L. 2, pr., D., *eod.* Pero, por *abusus*, los jurisconsultos romanos sólo reconocen el hecho de consumir una cosa por el uso: Ulpiano, L. 5, : 1, D., *de usufr. ear. rer.*, VII, 5: *si pecuniae sit usufructus legatus vel aliarum rerum quae in abusu consistunt...*

148 bis. (1) Festo. V.° Ambitus.—Las casas así separadas unas de otras se las llamaba *insulae* (L. 14, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2). Esta prescripción no se observó siempre de hecho, pero subsistía en derecho. El intervalo entre los edificios fué también aumentado por Constituciones de los siglos V y VI de nuestra era. (L. 11, 12 y 13, C. *aedif. priv.*, VIII, 20).

(2) Las XII tablas (7, 8, 9 y 10) contenían además otras restricciones a la propiedad, en interés de los vecinos. Varias de estas disposiciones han pasado a nuestro Código civil, donde impropiamente se las califica de servidumbres legales. (V. art. 649 y sigs. C. C.)

(3) Frontinio, *De aquaeductibus Urbis Romae.*—S. C. de 743 (Girard, *Textos*, p. 131).

N. del T.—Entendemos que no puede caber duda en afirmar que al propietario, además de los derechos de uso, fruto y abuso mencionados en el texto, le corresponde el de reivindicar la cosa de manos de todo detentador *(vindicatio)*.

Que en la restricción que la ley imponía por relaciones de vecindad se fijó en el último estado del derecho, el espacio de dos pies y medio entre edificios y de cinco pies entre fundos rústicos, como se estableció también la prohibición de plantar árboles junto al límite del vecino a menor distancia de la legal y la necesidad de tolerar una molestia moderada a consecuencia de humo, vapor, polvo, destilación de agua, ruido, etc.

Asimismo impuso el Derecho Romano limitaciones a la propiedad por acceso forzoso, paso forzoso y por razón de excavaciones al inventor de metales, piedras o cosas semejantes.

vidumbres. Pueden comprender todo o parte del *jus utendi* y del *jus fruendi.* Pero el *jus abutendi,* aunque ocasionen ciertas molestias estas menguas de la propiedad, queda siempre como dotación exclusiva del propietario.

La propiedad puede también ser limitada de otra manera. Supongamos que un fundo de tierra ha sido legado a dos personas; estos legatarios serán propietarios de él con el mismo título, pues los dos tienen iguales derechos sobre cada molécula del fundo todo entero (1), y entonces se dice que está en estado de *indivisión* o de *comunidad,* es decir, que son *copropietarios* (2). La propiedad de cada uno está limitada por el derecho del contrario, de suerte que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros (Papiniano, L. 28, D., *com. div.,* X, 3). La salida lógica de este conflicto es el reparto del fundo de manera que cada uno de los propietarios tenga una mitad sobre la cual ejerza él solo su propiedad de una manera exclusiva (V. n.º 440).

150.—II. *Organización de la propiedad romana.*—1. Desde los primeros siglos de Roma, la propiedad está organizada por el Derecho civil siguiendo reglas precisas. A ejemplo de otros pueblos, los romanos sólo admiten una clase de propiedad, el *dominium ex jure quiritium,* que se adquiere por modos determinados, fuera de los cuales no podrá constituirse: una de dos, o es propietario o no lo es (1). El Derecho civil da al propietario, como sanción de su derecho, una acción *in rem,* la *rei vindicatio.* Todo propietario desposeído de su cosa puede *reivindicarla* contra el que la detiene, para hacer reconocer su derecho y obtener restitución (V. n.º 769).

151.—2. En una época difícil de precisar se operó en la propiedad una especie de división (1). Parece que es necesario buscar el origen de este cambio en la hipótesis citada por Gayo y por Ulpiano. La propiedad de las *res mancipi* no podía ser transferida más que por modos de Derecho civil, tales como la *mancipatio,* la *in jure cessio,* y no por simple *tradición.* Por tanto, si un propietario, queriendo hacer pasar a un comprador, por ejemplo, la propiedad de una *res mancipi,* se ha contentado con hacerle tradición, entregándosela, la propiedad no queda trasladada según el Derecho civil, y conserva el *dominium ex jure quiritium.* Para que aquel a quien la tradición ha sido hecha llegue a ser propietario, es indispensable que la cosa haya estado en su poder durante el tiempo requerido para consumar la adquisición por *usucapión,* es decir, un año para bienes muebles y dos años para inmuebles (2). Sin embargo, mientras no haya pasado este plazo, su situación es digna de interés y merece protección, puesto que posee la cosa en su poder por voluntad del propietario. Según la expresión consagrada, la tiene *in bonis,* en sus bienes; y en derecho natural debía de ser propietario.

---

149. (1) L. 5, § 15, D., *commod.,* XIII, 6:... *Celsus filius..., ait duorum quidem in solidum dominium... esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse; sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*

(2) Este estado de *indivisión* puede aplicarse no solamente a una cosa determinada, sino también a un conjunto de cosas, como una sucesión (Gayo, L. 1, pr., D., *fam. ercise.,* X, 2).

150. (1) Gayo, II, § 40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium, nam aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur. Quo jure etiam populus romanus olim utebatur; aut enim ex jure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus...*

151. (1) Gayo, II, § 40 (continuación): *Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure quiritium dominus, alius in bonis habere.*

(2) Gayo, II, § 41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure quiritium vero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione, proinde pleno jure incipit, id est in bonis et ex jure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa (esset).*—Ad, Ulpiano, I, § 16.

Por eso el pretor, poco a poco, le fué asegurando casi todas las ventajas de la propiedad, y todo el que era siempre propietario según el Derecho civil, sólo conservaba un simple título: *nudum jus quiritium*, considerándose desde entonces como dos propiedades distintas lo que únicamente era un desdoblamiento del derecho de propiedad: el adquirente que tenía la cosa *in bonis* fué un propietario según el derecho natural, esto es, un propietario *bonitario* (3), mientras que el enajenador conserva el nombre de propietario *quiritario*, *ex jure quiritium*, pudiendo también decirse que aquel que poseía una propiedad no dividida, es decir, que reunía la propiedad bonitaria y la propiedad quiritaria, tenía el *dominium ex utroque jure* (4).

152.—Las ventajas concedidas al bonitario, en espera de que hubiese adquirido por la usucapión el *dominium ex utroque jure*, eran las siguientes: a) Si el propietario quiritario, haciendo prevalecer su título, quisiera ejercer contra él la *rei vindicatio*, el pretor concede al bonitario para rechazarla una excepción fundada sobre su título de adquisición; por ejemplo, la excepción *rei venditae et traditae*, si la tradición ha tenido lugar en cumplimiento de una venta; b) Si la cosa ha sido quitada al propietario bonitario, perdiendo así su posesión, el pretor le concede una acción *in rem* especial, la acción *publiciana*, gracias a la cual triunfa *hasta contra el propietario quiritario* (V. núms. 778 y 780. 1); c) Y por último, el propietario bonitario gana los frutos de la cosa, y si es un esclavo que tenga la *in bonis*, se aprovecha de todas sus adquisiciones (Gayo, II, § 88 y III, § 166).

¿Pero esto quiere decir que sea también favorecido en todos los casos, como si poseyese el *dominium ex utroque jure?* No, puesto que existen ciertas diferencias. Al manumitir a un esclavo que se le tiene *in bonis* no se puede hacer de él más que un latino, y si es impúbero, la tutela vuelve al propietario quiritario (Gayo, I, § 167); además no se puede legar *per vindicationum* las cosas que se tengan *in bonis* (Gayo, II, § 196).

153.—Si la propiedad bonitaria tuvo al parecer por punto de partida la tradición de una *res mancipi*, recibió fuera de este caso numerosas aplicaciones. En efecto, en otros varios casos existía la misma oposición entre el Derecho natural y el Derecho civil. Era equitativo y conforme al Derecho natural que ciertas personas fuesen propietarias, no obstante que no pudiesen invocar un modo civil de adquisición. Todas las veces que se presentaba este conflicto había división de dominio, ocurriendo esto no solamente para las cosas particulares, sino también para un patrimonio entero o una parte alícuota de patrimonio. Nos limitaremos a citar dos ejemplos: a) El *bonorum possessor*, destinado por el pretor para recoger una herencia, tiene la *in bonis*, mientras que el heredero civil tiene el dominio quiritario (V. n.° 667), y b) El insolvente cuyo patrimonio fué vendido en masa queda propietario quiritario; el *emptor bonorum* que adquiere este patrimonio tiene la *in bonis* (V. n.° 705, 2 (1).

---

(3) Esta expresión está tomada de Teófilo (Par. I, 5, § 3): καὶ ἡ μέν φυσικὴ (δεσποτεία) λέγεται *in bonis*, καὶ δεσπότης βονιτάριος. Este texto justifica también la calificación de propiedad *natural*. En cuanto a la de propiedad *pretoriana* que varios autores dan al *in bonis*, se explica porque los medios de protección de que disfruta el bonitario le vienen del Derecho pretoriano; pero hay que notar que es extraña a los textos, y que la ventaja principal del bonitario, esto es, el derecho de usucapir, se le reconoce por el Derecho civil.

(4) Gayo, I, § 34: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis, vel ex jure quiritium, vel ex utroque jure cujusque servus esse intelligitur...*

153. (1) V. para otras aplicaciones de la *in bonis:* n.° 213, nota 1; n.° 487, 1; n.° 650; n.° 698.—Pero no podría, sin confusión, asimilarse a la propiedad bonitaria el derecho de los adquirentes de los fundos provinciales (n.° 158), pues, al contrario del propietario bonitario, no pueden jamás adquirir la propiedad por usucapión. Esta adquisición sólo les fué permitida en el Derecho de Justiniano (V. n.° 211).

154.—3. En la época de Justiniano desaparecieron la mayor parte de las causas que motivaron este desdoblamiento de la propiedad: así que, limitándonos a las citadas, la distinción de las *res mancipi* y *nec mancipi* ya no existe; la sucesión pretoriana se fundió con la sucesión civil, y la *bonorum venditio* estaba suprimida desde hacía largo tiempo. El *nudum jus quiritium* ya no existe de hecho, pues llegó a ser una especie de enigma jurídico, decidiendo por ello Justiniano que en lo sucesivo no fuera cuestión de derecho (L. 1, C., *de nudo jure quir. tol.*, VII, 25). Desde entonces, cualquiera persona, siendo propietario bonitario, tenía la propiedad plena y entera, quedando por ello *plenissimus et legitimus dominus*. No hay, pues, más, como al principio, que una sola propiedad; pero una propiedad que desde el punto de vista de su objeto y de su transmisión obedece a reglas mucho más amplias (1).

155. - III. *Origen y desarrollo de la propiedad inmueble.*—Ya hemos citado las cosas que no son susceptibles de propiedad privada. Todas las otras pueden en principio figurar en el patrimonio de los particulares y ser el objeto, en el último estado del Derecho Romano, de una verdadera propiedad, aunque esta regla sufrió durante largo tiempo una grave excepción en cuanto a los inmuebles. Referente a esto, hay que distinguir entre los *fundos itálicos* y los *fundos provinciales;* y para mejor comprender en qué consiste esta distinción es preciso remontarse a los orígenes de la propiedad inmobiliaria entre los romanos.

156. ¿Cuál fué, después de la fundación de Roma, la primera forma de la propiedad territorial? Es una cuestión algo oscura y resuelta diversamente, pues los textos sólo dan informes muy poco explícitos. La historia de las sociedades primitivas demuestra que la propiedad atraviesa, en general, tres fases bien distintas: la comunidad agraria, cuando el terreno pertenece en colectividad a todos los miembros de una tribu o de una *gens;* después, la propiedad familiar, cuando cada familia llega a ser única propietaria de cierta extensión de tierra que se transmite de varón en varón a los descendientes del jefe de familia, y, por último, la propiedad individual, cuando el terreno pertenece no ya a una tribu o a una familia, sino a cada ciudadano, que puede disponer a su antojo de las tierras de las cuales es propietario exclusivo.

Es probable que las poblaciones que constituyeron por su reunión la ciudad romana hubiesen conocido estos diferentes estados de la propiedad inmobiliaria. Pero aunque la propiedad familiar haya dejado rasgos incontestables en el Derecho clásico (1), también es muy difícil precisar cuál es el régimen sobre el que vivieron los primeros romanos. Parece, según los documentos de los antiguos autores, que la propiedad individual sobre los inmuebles se constituyó pronto; que el territorio de Roma, el *ager romanus*, perteneció primero al pueblo, convirtiéndose después en propiedad privada, por concesión del Estado. Sobre esto, y a pesar de las tinieblas que reinaron en las primeras edades, he aquí lo que establecen algunos testimonios.

Según Dionisio de Halicarnaso y Varrón, Rómulo dividió el territorio de Roma entre las treinta curias, y después, bajo Numa, en virtud de un nuevo reparto, se concedió a cada jefe de familia una parte igual, de dos fanegas o *jugera* (próximamente unas cincuenta áreas), lo suficiente para establecer una casa habitación y un jardín. Este lote se llamó el *heredium* (2).

---

154. (1) V. los núms. 155 a 159, 171 y 178.

156. (1) Cf. Paulo, L. 11, D., *de lib. et post.*, XXVIII, 2.—Gayo, II, § 157.—V. número 588.

(2) Dionisio de Hal., I, 7.—Varrón, *De re rustic.*, I, 10; *Bina jugera a Romulo primum divisa dicebantur viritim; quae, quod heredem sequerentur, heredium appellarunt.*—Ad. Cicerón, *De rep.*, II, 14.—Plinio, *Hist. nat.*, XVIII, 2 (7).

A medida que iban extendiéndose en Italia las conquistas de Roma, se aplicó en general a los territorios de las poblaciones vencidas el principio según el cual pasaban a ser propiedad del Estado romano, o *ager publicus* (Cicerón, *De lege agr.*, II, 15), Pero, según la naturaleza de las tierras, se hizo de ellas un empleo diferente. Una parte se destinó a aumentar la propiedad privada, el *ager privatus*. Hay que distinguir a este respecto las *tierras cultivadas* y las tierras incultas (3).

1. Las *tierras cultivadas* se enajenaron en beneficio de los particulares; tres procedimientos, al parecer, estuvieron en uso: a) Bajo Tulo Hostilio y sus sucesores hubo distribuciones gratuitas hechas a los ciudadanos pobres. Cada uno recibió una participación de siete fanegas, y el terreno así repartido, *viritim*, se llamó *viritanus ager* (4); b) Más tarde, bajo la República y bajo el Imperio, hubo ventas hechas por ministerio de los cuestores. Los terrenos vendidos de este modo fueron designados con el nombre de *agri quaestorii* (5); c) Y se *asignaron* también tierras algunas veces a veteranos a quienes el Estado quería recompensar sus servicios, o a ciudadanos que se enviaban para fundar alguna colonia; éstos eran los *agri assignati* (6). Todos los terrenos de los cuales se hacían propietarios los particulares eran objeto de una limitación especial, cuya tradición hace remontar su origen a Numa (Dionisio de Hal., II, 74). Los límites estaban trazados siguiendo líneas regulares por los *agrimensores*, cuyo cargo tenía un carácter a la vez público y religioso (7). Los campos así medidos se llamaban *agri limitati*. Había un plan *(forma)* establecido, al cual se recurría como medio de prueba cuando había discusiones sobre la posición de los límites, y éstos se colocaban bajo la protección del dios Termo, siendo desde un principio declarado *sacer* quien pretendiese violarlo, pudiendo darle muerte impunemente. Más tarde fueron establecidas otras penas, pero menos severas (8). Las parcelas o retazos, *subcesiva*, dejados fuera del trazado regular de los *agri limitati* continuaban formando parte del *ager publicus*.

2. Para las *tierras incultas*, el Estado procedió de otra manera. Se permitió a los ciudadanos ocupar de estas tierras todo cuanto quisieran tomar para cultivarlas, a cambio de pagar al Estado un censo, justificando su derecho de propiedad; y los territorios así ocupados, *agri occupatorii* (9), no dejaban de formar parte del *ager publicus*. El ocupante no tenía la propiedad, pero sí la posesión, de donde le viene el nombre de *possessiones*. Además, esta posesión fué protegida por el pretor, transmitiéndose hereditariamente y disfrutando de hecho el posesor del *ager publicus* de derechos análogos a los del propietario (Festo V. *Possessiones*.—Javolenio, L. 115, D., *de verb. sign.*, L. 61).

157.—Bien sea porque los patricios tuviesen ellos solos este dere-

(3) Fuera de los autores especialmente citados, los desarrollos siguientes encuentran su justificación en Apiano, *De bel. civil.*, I, §§ 7 a 30, y en los *rei agrariae scriptores;* Siculo, Flaco, Higinio, Frontino, Ageno, Urbico y otros.

(4) Festo, V.° *Viritanus ager*.—Plinio, *Hist. nat.*, XVIII, 2 (1), y 4 (3).—Varrón, *De re rustic.*, I, 2.

(5) Siculo Flaco, *De quaestor. agr.: Quaestorii dicuntur agri quos ex hoste captos populus romanus per quaestores vendidit.*

(6) Fuera de estos procedimientos de distribución, ciertas tierras fueron atribuídas al rey o dedicadas al culto.—Cicerón, *De rep.*, V, 2.—Festo, V.° *Obscum, in fine.*

(7) Los agrimensores eran también llamados *gromatici*, del nombre del instrumento *groma*, del cual se servían para la medida de las tierras.—Festo. V.° Groma.

(8) Cf. Festo. V.° Termino.—Dionisio de Hal., II, 74.—Paulo, S., V, 22, § 2.

(9) Por oposición a los *agri limitati*, estos terrenos se llamaban también *agri arcifinales*, por no ser objeto de una limitación regular, no teniendo otro límite que el que la Naturaleza le imponía: un curso de agua, una montaña o el obstáculo resultado de la ocupación del vecino *(arcere vicinium)*.

157. N. del T.—Tiene razón el autor al afirmar que las leyes agrarias no constituían un atentado a la propiedad agraria de los romanos. Sólo tenían por objeto el *ager publi-*

cho de ocupación, o bien que sus riquezas les hubiesen permitido poner desde luego en cultivo una mayor extensión de tierras, despojando después a los más pobres de sus posesiones, lo cierto es que, afortunadamente, el *ager publicus* se encontraba casi entero en sus manos (Apiano, *De bel. civ.*, I, § 7). Estos considerables territorios *(latifundio)* se cultivaban por sus esclavos o por sus clientes a los cuales hacían concesiones a título esencialmente revocable *(precario)*, con el fin de encontrar en ellos partidarios abnegados; de lo cual resultaba una gran hostilidad y frecuentes quejas de la clase pobre, que no sacaba ningún beneficio del *ager publicus*. Los tribunos, fijándose en ello, se hicieron intérpretes de las reivindicaciones de la plebe, lo que dió origen a las *leyes agrarias*.

Estas leyes no llevaban ningún menoscabo a la propiedad privada, al *ager privatus*. Las primeras, y más que ninguna la ley *Licinia* (año 378 de Roma), tuvieron por objeto limitar el número de fanegas del *ager publicus* que cada ciudadano pudiera desde entonces poseer, y de proceder a una repartición de estas tierras algo más equitativa. Pero estas leyes encontraron en su aplicación una viva resistencia, y a pesar de los grandes esfuerzos de los Gracos, las grandes posesiones territoriales se reconstituyeron en beneficio de los más ricos (Apiano, *De bel. civ.*, I, §§ 8, 9 y 10). *Hacia la mitad del siglo* VII *entraron otras leyes agrarias* en una vía completamente nueva. Transformaron las posesiones existentes en propiedades privadas mediante el pago al Estado de un censo que debía ser distribuído entre los ciudadanos pobres, pero que cesó muy pronto de ser exigido (1), y por efecto de estas últimas medidas legislativas, se añadieron las proscripciones y confiscaciones que agitaron el fin de la República y el comienzo del Imperio. Por eso, cuando Domiciano sancionó las usurpaciones de los particulares sobre las *subcesiva*, desaparecieron en Italia los últimos trozos del *ager publicus* (Suetonio, *Domiciano*, 9), y entonces, en el terreno itálico sólo hubo propiedades privadas clasificadas entre las *res mancipi*.

158. -Pero no fué así en las *provincias*, es decir, en las regiones conquistadas por los romanos fuera de Italia. En un principio, y salvo los privilegios concedidos a ciertas ciudades, el terreno de las provincias perteneció al Estado por derecho de conquista. Los particulares no podían ser propietarios, sino solamente *poseedores*, y tenían que pagar al Estado, que conservaba la propiedad de los fundos provinciales, un censo llamado *tributum* o *stipendium* (1).

¿Cuál es, en realidad, la situación de estos poseedores de fundos pro-

---

cus, bien ordenasen una de estas asignaciones de tierras que hacían entrar el suelo, limitándolo, en la clase de propiedades privadas, bien determinasen, como hicieron las célebres leyes de Licinio y de Graco, un máximun de extensión a la posesión que cada ciudadano podía obtener sobre el *ager publicus* con la carga de los cánones ordivarios. El goce concedido con la carga de un foro o canon sobre las tierras del dominio público no constituía en contra del Estado una verdadera propiedad. El Estado tenía siempre el derecho de quitar o retirar sus tierras a los tenedores, y así sucedió algunas veces. Por eso, en 298 se retiró a los patricios el monte Aventino, de que gozaban con la carga de un canon, para dividirlo entre los plebeyos y hacer así de él propiedades privadas. En cuanto al dominio del ciudadano, estaba protegido por la consagración religiosa que resultaba de la limitación, y atentar a ella hubiera sido, no sólo una violación de los derechos civiles, sino un verdadero sacrilegio.

157. (1) Cf. Ley agraria de 643, 19 y 20 (Girard, *Textos*, p. 50).—Ad. Apiano, *De bel. civ.*, I, § 27.—Cicerón, *Brutus*, 36.

158. (1) Desde el tiempo de Augusto se diferenciaron las provincias del emperador y las del pueblo o del senado. Por lo general, las provincias del emperador eran las más lejanas y las más expuestas a los ataques de los bárbaros, quedando sometidas al mando del Gobierno, que enviaba para representarle los *legati Caesaris*, y pagaban el *tributum* asignado en el *fisco*, tesoro del emperador. Las provincias del pueblo o del senado eran gobernadas por procónsules, asistidos de funcionarios, y pagaban el *stipendium* asignado en el *aerarium*, tesoro del pueblo (Gayo, II, § 21.—Suetonio, Octavio, 47).—Bajo Diocleciano desapareció esta división, siendo dividido el Imperio en cuatro *prefecturas*, todas bajo la autoridad imperial.

vinciales? Es cierto que no tienen el *dominium ex jure quiritium;* así y todo, los jurisconsultos clásicos tienen cierto recelo en calificar su derecho. Gayo dice que tienen la *posesión* y el *usufructo* (2). Sin embargo, si el Estado tiene sólo el *dominium*, estos poseedores pueden considerarse en sus relaciones recíprocas como disfrutando de una especie de propiedad imperfecta. En efecto: a) A su muerte, el derecho pasa a sus herederos; b) Pueden transmitirle entre vivos por simple tradición del fundo provincial, y no pudiendo beneficiarse de la *usucapión*, disfrutan, en cambio, de la *praescriptio longi temporis* (V. n.º 210); c) El adquirente desposeído carece de la *rei vindicatio*, pero puede ejercer una acción *in rem* especial (3) y aun la acción pública, siempre que reúna las condiciones exigidas (V. n.º 778). El poseedor de un fundo provincial queda, por tanto, en una situación igual a la del propietario. Esta condición de los fundos provinciales llegó a modificarse con el tiempo. Los emperadores concedieron a varias provincias, sobre todo a las colonias, el favor de asimilarlas al terreno de Italia, llamándose este privilegio *jus italicum* (4). Era, en realidad, la cesión del derecho de propiedad perteneciente al Estado, de lo cual resultaban dos consecuencias: a) Los particulares podían desde entonces tener el *dominium ex jure quiritium* sobre estas tierras, que se hacían *res mancipi*, y b) Tampoco tenían que pagar al Tesoro el impuesto territorial.

En las demás provincias, el derecho de los poseedores tomó cada vez más los caracteres de una verdadera propiedad. La palabra *dominium* se aplicó desde la época de Diocleciano (Fr. Vat., §§ 315 y 316), y bajo Justiniano, que suprimió la división de las *res mancipi* y *nec mancipi*, desapareció toda diferencia desde el punto de vista de la propiedad privada entre el terreno de provincias y las tierras itálicas (5). La concesión del *jus italicum* sólo tuvo desde entonces un interés fiscal, aunque desde este mismo punto de vista ha dejado de expresar la palabra una idea exacta, toda vez que desde Diocleciano y Maximiamo, Italia estaba sometida al impuesto territorial (6).

159.—IV. *De la extinción de la propiedad.*—La propiedad se extingue: 1.º Cuando la cosa de que es objeto deja de existir, por estar materialmente destruída. Si esta destrucción no es completa, la propiedad subsiste sobre el resto (Celso, L. 49, § 1, D., *de rei vind.*, VI, I). 2.º Cuando la cosa deja de ser jurídicamente susceptible de propiedad privada; por ejemplo, un esclavo que haya sido manumitido; un terreno dedicado a sepulturas, haciéndolo después, *locum religiosum*. 3.º Cuando se tiene en propiedad un animal salvaje o fiera, que recobra después su libertad (Gayo, L. 3, § 2, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Fuera de estas hipótesis, la propiedad es *perpetua*, en el sentido de que el tiempo no ejerce influencia en ella. La propiedad de una cosa puede pasar de una persona a otra, transmitiéndose, pero sin extinguirse.

160.—*De la transmisión de la propiedad «ad tempus».*—De la perpetuidad del derecho de propiedad, los romanos sacaron esta consecuencia

(2) Gayo, II, § 7: *Sed in provinciali solo, placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.*—Ad. Teófilo, Par., § 40, *De rer. div.*, II, 1.

(3) Hay pocas demostraciones sobre esta acción. La fórmula contenía, sin duda, las palabras: *habere possidere fruique*, por las cuales parece designar el derecho de los particulares sobre los fundos provinciales.—Cf. Ley agraria de 643, líneas 50, 51 y 52 (Girard, *Textos*, p. 55).—V. Lenel, *Edit. perp.* I, p. 215 y 216.

(4) V. para la indicación de las colonias a las cuales se concedió el *jus italicum;* L. 1, 6, 7 y 8, D., *de censibus*, L. 15.

(5) I, § 40, *de rer. div.*, II, 1: *Cujuscumque generis sit corporalis res tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque, et tributaria praedia eodem modo alienantur... Inter quae nec non et italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.*—Cf. L. 1, C., *de usuc. transf.* VII, 31.

(6) Cf. Aurelio Víctor, *De Caesar.*, 39.—Lidio, *De Magistrat.*, 1, 4.

de que no podía transferirse *ad tempus*, es decir, de una manera temporal y revocable. En otros términos: la persona que cede a otra la propiedad de una cosa no puede hacer por una disposición añadida a la enajenación, que a la llegada de cierto término, o bien a la realización de una condición determinada, vuelva la propiedad de pleno derecho.

Cuando una transmisión de propiedad se ha hecho con alguna convención de este género, en principio, siempre es válida, pero la propiedad pasa al adquirente de una manera absoluta (1). A la llegada del término o de la condición, no vuelve a poder del enajenador de pleno derecho, pues el adquirente queda propietario; únicamente se encuentra revocada la causa de su adquisición; y para dar efecto a la voluntad de las partes, le es permitido al antiguo propietario ejercitar una *acción personal*, con el fin de forzar al adquirente a transferirle la propiedad (2).

Este sistema concilia admirablemente el respeto de la voluntad de las partes con el interés de los terceros. El adquirente investido de una propiedad perpetua e irrevocable puede gravarla con derechos reales en beneficio de los terceros. Si más tarde se ve obligado a volver a transferirla al enajenador, tiene que hacerlo según está: los terceros no deben pagar las consecuencias.

161. —Es fácil también concebir otro sistema, según el cual la propiedad puede ser transferida *ad tempus*, de tal manera, que a la llegada del término o de la condición, el derecho del adquirente esté resuelto, y la propiedad de pleno derecho vuelva a su antiguo amo. Teóricamente, es muy aceptable esta solución, pues la propiedad puede, en efecto, limitarse en toda su extensión, y por eso un propietario puede también transmitirla aminorada reservándose el usufructo. ¿Por qué no había de poder limitarla en toda su duración? En la práctica da un efecto más completo a la voluntad del enajenador, pero menos favorable a los terceros, pues el adquirente, que sólo es propietario por un tiempo limitado, sólo ha podido constituir en beneficio suyo derechos igualmente temporales. Por eso en nuestra legislación, donde se admite este sistema, se ha debido moderar los inconvenientes por la publicidad dada a la transmisión de propiedad.

¿Terminaron los romanos por aceptar esta teoría o quedaron fieles hasta lo último a lo que expusimos primeramente? Es una cuestión oscura, porque los textos parecen vacilar en consagrar teorías divergentes, y entre las explicaciones propuestas, ninguna, a nuestro juicio, da al espíritu completa satisfacción. Sin embargo, entre las varias crí-

---

160. (1) Ocurre en la propiedad lo mismo que en las servidumbres prediales y en la obligación civil: que los romanos las consideran como perpetuas. Cuando una servidumbre o una obligación ha sido constituída *ad tempus*, la constitución es válida en Derecho civil como hecha a perpetuidad; el pretor sólo da una excepción al propietario de los fundos sometido al deudor, cuando el término señalado por las partes ha vencido (V. n.° 218, 2 y n.° 520). Sin embargo, algunos autores sostienen que la transferencia de la propiedad *ad tempus* era nula, apoyándose en el § 283 de los *Fragmentos* del Vaticano, donde se lee: *Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio irrita est, cum ad te (mupus) proprietas transferri nequiverit...* Pero el manuscrito lleva: *ad te proprietas, et non ad tempus.* Es un texto poco seguro, que es preferible dejar fuera de debate, mucho más cuando al admitir la lección *ad tempus* se contradice por Papiano, que en la L. 42, pr., D., *de mort c. don.*, XXXIX, 6, reconoce la validez de semejante donación. Deduzcamos de ello que la transferencia de la propiedad *ad tempus* es válida como pura y simple. Sin embargo, si esta solución se impone para la transferencia operada en ejecución de una venta o de una donación, para los legados es completamente distinto. Los legados de una cosa, *ad diem* o *ad conditionem*, eran nulos en el Derecho clásico (L. 26, C. *de legat.*, VI, 37). Hay que determinarse a hacer constar esta diferencia, sin poder establecer ninguna razón fundamental.

(2) Esta solución fué sancionada por numerosos textos.—Cf. principalmente, Paulo, L. 38, § 3, D., *de usur.*, XXII, 1, y L. 35, § 3, D., *de mort c. don.*, XXXIX, 6.—Alejandro Severo, L. 2 y 3, C., *de pact. int. empt.*, IV, 54.

ticas de que ha sido objeto compartimos la opinión generalmente enseñada en Francia, cuyo resumen es el siguiente:

La doctrina en vigor en el antiguo Derecho Romano y en la época clásica era que la propiedad no podía ser transferida *ad tempus*. Si se hace una enajenación con semejante cláusula, la propiedad no vuelve de lleno al enajenador, que sólo tiene, según decimos antes, acciones personales para hacérsela reintegrar. Pero al final del siglo II de nuestra era, algunos jurisconsultos se separan de la teoría común. Admiten que la propiedad puede ser transferida *ad tempus*, y que en el día fijado vuelve a ser, de pleno derecho, del antiguo propietario, que, desde luego, disfruta de la *rei vindicatio*. Esta nueva opinión, formulada primeramente en caso de venta por Marcelo y por Ulpiano (L. 4, § 3, D., *de in diem. ad.*, XVIII, 2.—L. 41, pr., D., *de rei vind.*, VI, 1), es también propuesta por Ulpiano con alguna vacilación en caso de donación por causa de muerte (L. 29, D., *de mort. c. don.* XXXIX, 6) (1). Ella fué la que triunfó en el Derecho del Bajo Imperio, siendo además sancionada, en caso de donación hecha sobre ciertas cargas, por los emperadores Valeriano y Galiano (2), y Justiniano, después de recordar que esta solución estaba ya admitida para las enajenaciones hechas en virtud de un contrato, la extiende para los casos de legados y de fideicomiso (3).

162.—Para completar el estudio de la propiedad, sólo nos resta hablar de su adquisición. Pero hay varios casos donde esta adquisición no tiene otra base que la *posesión:* por eso es necesario colocar aquí la exposición general de los principios de esta materia.

§ 2.—De la posesión.

163.—La posesión, tal como la entendían los romanos, puede ser definida: el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario (1).

Casi siempre, a la posesión acompaña la propiedad, puesto que el hombre no puede utilizar la cosa que le pertenece, no teniéndola a su disposición, aunque pueden también separarse de manera que el propie-

---

161. (1) V. para los detalles en cada una de estas hipótesis los núms. 273 y 430.—En otro sistema, y en ninguna época del Derecho Romano, aun bajo Justiniano, la propiedad no pudo en un principio ser transferida *ad tempus*. La acción *in rem*, dada por Ulpiano en los textos citados, sería, no la *rei vindicatio*, sino la acción publiciana.

(2) L. 1, C., *de donat. quae sub. mod.*, VIII, 55: *Nam condictio quidem tibi hoc casu (id est in personam actio) jure procedit; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.*—Año 258.

(3) L. 26, C., *de legat.*, VI, 37- ...*Cum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus: consequens est etiam legata et fideicommissa quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari.*—Año 532.

163. (1) La palabra *possessio* parece derivarse de *posse*, poder.—Cf., sin embargo, Paulo, L. 1, pr., D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.

N. del T.—V. Winscheid, *Pand.*—Dernburg, *Pand.*—Ihering, *La fundación de la voluntad en la posesión.*—Saleilles, *La posesión*, trad. de Navarro Palencia.—Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti e le azioni che ne derivano secondo le romane e le moderne leggi.*—Ramón de Dalmau y Olivart, *La posesión.*

Poseer una cosa significa tenerla bajo el propio poder físico (Paulo, D. 41, 2, 1, pr. *Possessio apellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit).* Este poder es puramente material, y no depende de que el poseedor tenga o no realmente el derecho de ejercitarlo (Ulpiano, fr. 12, *eod: Nihil commune habet possessio cum proprietate).*

N. del T.—Las fuentes del Derecho Romano hacen, a propósito de la posesión, las distinciones de *possessio naturalis (detentio, detinere, in possessione esse), possessio civilis (possessio), possessio justa (nec vi, nec clam, nec precario), possessio injusta (vi, clam, precario)* y *possessio bonae fidei* y *malae fidei.*

tario no la posea y que el poseedor no sea propietario (2), en cuyo caso subsiste de la misma manera la propiedad, porque es un derecho independiente del hecho de la posesión. Además, la situación del que posee sin ser propietario terminó por ser protegida, y de su posesión nacían para él ventajas ya sancionadas por el Derecho (3).

La teoría de la posesión se desarrolló lentamente en el Derecho Romano, y más bien bajo la influencia de las necesidades prácticas que en virtud de ideas generales propiamente concebidas; de aquí la oscuridad que reinó sobre esta materia hasta el fin de la República; y de esto también la dificultad para explicar ciertas soluciones que no concuerdan entre ellas, por haber sido admitidas según las necesidades del momento sin ser deducidas de principios fundamentales. Por eso nos limitaremos a exponer las reglas de la posesión, tal como resultan de los textos de los jurisconsultos del Imperio.

164.—I. *Elementos de la posesión.*—Para poseer, es necesario el *hecho* y la *intención.* Se posee *corpore y animo*: a) *Corpore:* es el elemento material, y es para el poseedor el hecho de tener la cosa físicamente en su poder; b) *Animo:* es el elemento intencional, y es la voluntad en el poseedor de conducirse como amo con respecto a la cosa; es lo que los comentadores llamaban el *animus domini* (1).

Todos los que reunían estos dos elementos poseían en realidad, y eran: el propietario; el que había adquirido una cosa recibiendo tradición a *non domino;* y el mismo ladrón, toda vez que con la retención material de la cosa robada es su voluntad disponer de ella como si fuese el amo.

Al contrario, no poseen los que no pueden tener intención de obrar como amo, con respecto a la cosa, aunque la tengan a su disposición, porque el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento de la propiedad de un tercero, es decir, que son el instrumento de la posesión de otro , y por eso no tienen ellos mismos la posesión, sino una sencilla detentación (2). Tales son: el colono, el usufructuario, el depositario, el comodatario, y, en general, todos los que están en una situación análoga. Sin embargo, hay algunos, principalmente el acreedor asalariado y el precarista, que son tratados con ciertas consideraciones y prote-

---

(2) Ulpiano, L. 1, § 2, D., *uti possid.*, XLIII, 17: *...Separata esse debet possessio a proprietate. Fieri et enim potest ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit possessor vero non sit: fieri potest ut et possessor idem et dominus sit.*

(3) La posesión es, sobre todo, un hecho. Pero es un hecho protegido por el Derecho, produciendo efectos jurídicos. Estos dos puntos de vista opuestos explican la divergencia aparente de varios textos.—Paulo, L. I, § 3, D., *de adq. vel. amit. pos.*, XLI, 2: *Eam enim rem facti non iuris esse...* Papiniano, L. 49, § 1, D., *eod: Possessio non tantum corporis sed juris est.*

164. (1) Se ha criticado esta expresion por no encontrarse en los textos, aunque tiene el mérito de ser muy clara y de traducir breve y exactamente las ideas de los jurisconsultos, pudiendo citarse sobre esto: Gayo, L. 13, § 1, D., *de public.*, VI, 2... *Eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*—Paulo, L. 22, § 1, D., *de nox. act.*, IX, 4: *...Non tamen opinione domini possident.*—Teófilo, Par., II, 9, § 4: ψυχῇ δεσποζοντὸς νἀμεσθα *(animo dominantis possidere).*—Paulo dice en el mismo sentido: *animus possidentis* o *possidenti.*—Cf. L. 4, § 2, D., *de usurp.*, XLI, 3.—L. 1, § 20, D., *de adq. vel amit. pos.*, LXI, 2.

(2) Celso, L. 18, pr., D., *de adq. vel amit., pos.*, XLI, 2: *...Nec idem est possidere et alicuo nomine possidere. Nam possidet cuius nomine possidetur. Procurator alinae possessioni praestat ministerium.* La palabra retención, que emplearemos para evitar confusiones, es distinta al lenguaje de los jurisconsultos romanos, que dicen en este sentido: *tenere esse in possessione.* (V. los textos citados, n.° 4). Se encuentra también con este significado las palabras *possessio naturalis* o *corporalis*, por oposición a la verdadera posesión o *possessio civilis.* (Ulpiano, L. 3, § 15, D., *ad exhib.*, X, 4 y L. 1, § 9, D., *de vi*, XLIII, 16). Además, parece que la distinción entre la retención y la posesión estaba aún mal establecida en tiempo de Cicerón, pues la calificaba de poseedor en usufructo (*Pro Cecina*, 32.) Principalmente se encuentra indicada por Pegasio hacia la mitad del siglo I de nuestra era. (Cf. L. 9, D., *de rei vind.*, VI, 1), aunque, sin duda, procede de época anterior.

gidos como si fueran poseedores. Pero esta protección, necesaria a sus intereses, se justifica por razones especiales (V. núms. 243 y 408, 3).

Para apreciar la distinción entre los poseedores y los retentores hay que precisar que la detención no es solamente un *hecho*. No va sin cierto *animus*, que es para el detentador la conciencia de tener la cosa materialmente en su poder, la voluntad de retenerla, que llaman los textos *affectio tenendi*. Por eso, un loco o un pupilo *infans* no pueden retener una cosa, aunque esté bajo su mano, lo mismo que una persona que esté durmiendo, porque no tendría conciencia de este estado de hecho (3). Pero no hay que confundir el *animus* o *affectio tenendi* con el *animus domini* (4).

165.—II. *Protección y ventajas de la posesión.*—Un poseedor puede ser de buena o mala fe (1). Es de buena fe si se cree propietario, y será de mala fe si ha tomado posesión de alguna cosa sabiendo que pertenece a otro.

En todos los casos, sea de buena o mala fe, si el poseedor es perturbado en su posesión o es despojado por un tercero, puede dirigirse al pretor, quien, preocupándose únicamente de proteger la posesión por ella misma, se la conserva o la hace restituir por medio de una decisión llamada *interdicto*. Poco importa que el ataque a la posesión venga del verdadero propietario o de otra persona; el resultado es el mismo, pues sólo se trata de regular una cuestión de posesión y no de propiedad (2). El propietario que quiere hacer respetar su propiedad debe recurrir a las vías de Derecho, esto es, a la *rei vindicatio*, y no a vías de hecho, pues no es necesario que se haga justicia él mismo. Es con objeto de que no se altere el orden público por lo que el pretor interviene en favor del poseedor (3).

La protección de los interdictos es la única ventaja que procura la posesión de mala fe; pero el Derecho civil concede, además, a la posesión de buena fe efectos muy importantes. El poseedor de buena fe adquiere los frutos de la cosa que posee, mientras dura su buena fe. Además, se hace propietario por *usucapión* si su posesión se prolonga hasta el tiempo fijado, y si reúne también las condiciones que precisaremos al estudiar este modo de adquisición; entonces la posesión, estan-

(3) Paulo, L. 1, § 3, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere; quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant; sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat...*

(4) Según una teoría propuesta por Ihering (De la función de la voluntad en la posesión), era suficiente para poseer tener la detención con el *affectio tenendi*. Así que, en un principio, todos los detentadores eran poseedores, excepto aquellos a quienes el Derecho hubiera por excepción rehusado esta cualidad, como el locatario, el depositario, y demás. Pero esta opinión nos parece que confunde sin razón la posesión y la detención, pues hay cierta diferencia, desde el punto de vista de la intención, entre el poseedor que quiere disponer en dueño de la cosa y el detentador, a quien su mismo título prohibe tener el *animus domini*.—Cf. Ulpiano, L. 10, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Longe est enim possidere, longe aliud in possessione esse...* L. 38, § 8, D. *de verb. obl.* XLV, 1 *...Licet enim servi civiliter possidere non possint, tenere tamen eos nemo dudibat.*—V. más abajo nota 2, y la fórmula de la estipulación aquiliana. N.° 513, nota 1.

165. (1) Paulo, L. 3, § 22, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Potest divid possessionis genus in duas species ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide.*

(2) Paulo, L. 2, D., *uti possid.*, XLIII, 17: *...Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.*

(3) Según otra opinión, el pretor sólo hubiera protegido la posesión en el interés de la propiedad, puesto que casi siempre es el propietario quien la posee. Conservándole la posesión se le asegura el papel de demandado, evitándole la prueba tan difícil que incumbe al demandante en la *rei vindicatio*.—Pero si los interdictos beneficiaron a los propietarios, no creemos, sin embargo, que se crearan para ellos, puesto que, a nuestro juicio, los primeros interdictos se destinaron a proteger a los poseedores del *ager publicus*, a quienes faltaba precisamente la cualidad de propietario (V. n.° 810, II y nota 3). La ventaja que más tarde resultó para la propiedad es un efecto feliz, y no la causa de la protección posesoria.

N. del T.—La exposición de las diversas clases de interdictos posesorios es tratada por el autor en la materia de acciones. Véase número 810.

do en el mismo caso, es fuente de una ventaja muy considerable, esto es, de la adquisición de la propiedad (4).

165 bis.—III. *De las cosas que pueden ser poseídas.*—Del análisis de los elementos de que se compone la posesión, los jurisconsultos han deducido que sólo puede tener por objeto cosas *susceptibles de propiedad privada y corporales.*

No se puede poseer las cosas de las cuales no se pueda tener la propiedad, como las cosas sagradas y las sepulturas, por ser imposible tener la voluntad de conducirse como amo con respecto a ellas (1).

Las cosas incorporales tampoco pueden poseerse, puesto que no se las puede retener materialmente *corpore* (2). Sin embargo, los jurisconsultos terminaron por extender la idea de posesión a las servidumbres, y por admitir que pueden ser objeto de una *quasi-possessio* o *possessio juris* (V. n.° 222, 2).

166.—IV. *Cómo se adquiere la posesión.*—Para adquirir la posesión hay que reunir los dos elementos de que se compone: la detención material de la cosa, y la voluntad de disponer como dueño. La posesión se adquiere por el *hecho* y por la *intención: corpore et animo* (1). Además, no es necesario para realizar la primera condición estar en contacto directo con la cosa, o si es un campo, poner el pie sobre todas sus parcelas; es suficiente con tenerla a su disposición (Paulo, L. 3, § 2, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.—V. n.° 176).

¿Es preciso que el hecho y la intención existan en la misma persona que quiera adquirir la posesión? Aquí es necesaria una distinción, porque siempre ha sido indispensable que el adquirente tuviese el *animus dominal*, pero es completamente distinto para el hecho material de la detención.

Por eso un jefe de familia podía hacerse poseedor por medio de la intervención de las personas colocadas bajo su potestad con tal de que tuviese personalmente el *animus*, esto es, la voluntad de adquirir (V. n.° 258, 2).

Más tarde se admitió también que se podía adquirir la posesión por el hecho de una persona libre y *sui juris*, poseyendo el *animus*. Dada ya bajo Trajano, por Neratio (L. 13, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1),

---

(4) La posesión de buena fe que conduce a la usucapión es llamada a veces *possessio ad usucapionem*, mientras que se califica de *possessio ad interdicta* a la posesión de mala fe que sólo da la protección de los interdictos.

165 bis. (1) Paulo, L. 80, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *Nam locum religiosum aut sacrum non possumus possidere etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus...* El jefe de familia no posee a los hijos que tiene bajo su potestad (L. 1, § 8, D., *eod)*, ni tampoco a las personas que tenga *in manu* o *in mancipio* (Gayo, II, § 90). Pero sí posee a los esclavos y aun al hombre libre que por error se le cree esclavo (Gayo, II, § 88).

(2) Paulo, L. 3, pr., D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *Possideri autem possunt quae sunt corporalia.*—L. 4, § 27, D., *de usurp.*, XLI, 3: *...nec possideri intelligitur jus incorporale...*

166. (1) Paulo, L. 3, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Et apiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore.*—Gayo, IV, § 153, *in fine.*

N. del T.—Respecto al *corpus*, *adprehensio*, es decir, a la posibilidad física de disponer de la cosa, las fuentes nos presentan numerosos y detallados ejemplos relativos a este requisito, en cuanto a la posesión de fundos, cosas muebles, y a la de un animal herido al que se persigue. (D. 6, 1, 77.—41, 2, 3 y 18-39, 5, 31-18, 1, 74-41, 2, 44 y 51—46, 3, 79—23, 3, 9—41, 1, 5 y 9).

Respecto a la intención de poseer, puede ser declarada expresamente o resultar de otros actos. En general, basta la voluntad de estar en relación directa e independiente con la cosa, sin necesidad de relación directa con otra persona que nos establezca aquella relación. Por tanto, puede existir la posesión jurídica aun sin la voluntad de retener la cosa como propia; tal sucede al creedor pignoraticio, el que adquiere la posesión jurídica de las cosas entregadas en prenda, aun cuando no tenga intención de obrar como propietario, como también se reconoce esa posesión al que disfruta la cosa a título de precario, habiendo obtenido dicha posesión, y al secuestrador a quien las partes han confiado la posesión, o al que, encontrando una cosa perdida, la recoge con el fin de entregarla a quien pruebe ser su dueño.

esta solución, todavía se discutía en tiempo de Gayo (2); pero, al fin, fué definitivamente adoptada hacia el fin del siglo II (3), y desde entonces se pudo adquirir por un tercero el elemento material de la posesión. Por eso Ticio ordenó a Sempronio recibir para él tradición de una cosa, teniendo lugar esta tradición de manos del mandatario. Ticio lo posee desde el día que se efectuó, y lo posee también sin su noticia, *ignoras;* es decir, sin haber sido informado de la tradición, y por haber manifestado antes el *animus domini*. Pero en el caso que Sempronio obrara como gerente de negocios, sin haber recibido mandato de Ticio, por ejemplo, durante su ausencia, o por serle útil, Ticio no adquiere la posesión *ignoras* desde el día de la tradición; sólo obtendrá la posesión cuando haya sido informado de la toma de posesión, porque hasta entonces aquél no tenía la voluntad de poseer (4).

167.—De la necesidad de un *animus domini* personal en el poseedor resulta que las personas incapaces de tener una voluntad, el *infans* y el *furioso*, los Municipios, en principio, no podían adquirir la posesión. Las necesidades prácticas obligaron a admitir moderaciones a esta regla: a) Para el pupilo *infans* y el loco en curatela se decidió que los tutores o curadores, obrando en nombre de sus incapacitados, les hiciesen adquirir la posesión, aunque el *animus domini* no se pudiese concebir en ellos; suplía la voluntad del tutor o del curador. Esta solución fué dada hacia el fin del siglo I de nuestra era (Neratio, L. 13, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1); b) Para los Municipios parece que el progreso fué un poco más lento, aunque en la época de Ulpiano se admitía que podían adquirir la posesión para sus esclavos y lo mismo por una persona libre (Ulpiano, L. 2, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2).

168.—V. *Cómo se pierde la posesión.*—Es evidente que se cesa de poseer cuando se pierden a la vez los dos elementos que forman esta posesión. Es lo que ocurre cuando, por ejemplo, la cosa llega a perecer, o cuando el poseedor se deshace de ella voluntariamente, abdicando el *animus domini* en beneficio de un tercero.

Pero como la posesión supone reunidos el hecho y la intención, se pierde también desde el momento que el poseedor cesa de tener el uno o el otro (1).

De este modo: a) La posesión se pierde *animo solo;* esto no quiere decir cuando el poseedor no piense ya en la cosa que posee, pero sí cuando tiene firme propósito de renunciar a ella (Paulo, L. 3, § 6, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2). Por tanto, si el poseedor de una casa, habiéndola enajenado, se queda a título de inquilino, ya no posee, y sólo será un instrumento de la posesión de otro. Además, para perder la posesión no es necesario que otro la adquiera; es suficiente con que ya no quiera tenerla (Ulpiano, L. 17, § 1, D., *eod.);* b) La posesión

---

(2) Gayo, II, § 95: *...Tantum de possessione quaeritur an per extraneam personam nobis adquiratur.*

(3) Severo y Antonino, L. ,1 C., *de alq. et ret. pos.*, VII, 32: *Per liberam personam, ignoranti quoque adquiri possessionem, et, postquam scientia intervenerit usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est.*—Año 196.—Paulo, S. V, 2, § 1; *Possessionem adquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.*

(4) Paulo, S. V., 2, § 2: *Per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata, non aliter ei quam si rata sit quaeritur* —Ad. Ulpiano, L. 42, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.

168. (1) Papiniano, L. 44, § 2, D., *de adq. vell amit. pos.*, XLI, 2: *...Ejus quidem quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore...*—Ad. Paul, L. 3, § 6, D., *eod.*

N. del T.—No basta que el poder físico sobre la cosa, o la intención de poseerla, hayan sufrido una interrupción momentánea, para considerar destruídos estos dos elementos, sino que debe ocurrir un hecho contrario que nos ponga en la positiva imposibilidad de ejercitar aquel poder físico sobre la cosa, o demuestre nuestra intención de no querer poseer más.

también se pierde *corpore solo* cuando sobreviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a su voluntad, ejerciendo físicamente su poder sobre ella. Por eso el poseedor de una cosa cesa de poseerla cuando el sitio donde se encuentra se hace para él inaccesible; cuando la ha perdido, ignorando en absoluto dónde se encuentra; y cuando otra persona se queda con ella clandestinamente o por violencia (2). Pero la posesión no se pierde *corpore* cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa. Continúa poseyéndola *animo suo, corpore alieno*, porque el tercero retiene la cosa por cuenta del poseedor, en quien reside el *animus;* es el instrumento de su posesión (3).

La pérdida de la posesión *corpore*, resultado de un hecho ajeno a la voluntad del poseedor, puede realizarse aun siendo el poseedor un incapaz, como un *furioso* o un pupilo, ocurriendo lo contrario con la pérdida de la posesión *animo solo*, pues sólo es posible para aquel que sea capaz de disminuir su patrimonio por un acto de su voluntad. Así que el *furioso* no puede perder de esta manera una posesión adquirida válidamente, puesto que no tiene voluntad; y lo mismo el pupilo tampoco puede dejar de poseer *animo* sin la *auctoritas* de su tutor (4).

169. Las reglas que acabamos de exponer sobre la conservación y pérdida de la posesión son aplicables a las cosas muebles; pero para los inmuebles acabaron por prevalecer principios más amplios. En efecto, los actos de posesión son menos frecuentes sobre un inmueble, aparte de que, en ausencia del poseedor, puede un tercero invadir el fundo, haciéndole perder la posesión, aun sin su noticia. Este peligro era en extremo grave para ciertos pastos, donde sólo se llevaban a pacer los rebaños durante una estación: *saltus hyberni* o *aestivi*. Por eso se admitía que la posesión de estos fundos de tierra sería retenida *animo solo;* es decir, que el poseedor conservaría siempre la posesión, aunque algún tercero hubiese ocupado el fundo durante su ausencia, y sin su conocimiento.

Esta solución se extendió también a todos los inmuebles. Ya dada por Próculo en el siglo I de nuestra era, la menciona Gayo como aceptada por la mayoría de los jurisconsultos y presentada como un principio cierto desde el final del siglo II (1).

Sin embargo, si la invasión de un inmueble sin noticia del poseedor no le hace perder la posesión, esta situación no se prolonga definitivamente. Cesa al ser informado de esta ocupación; desde entonces, si expulsa al invasor, continúa poseyendo; en cambio pierde la posesión si por miedo o negligencia permanece inactivo, o si, procurando recuperar el fundo, le rechazan a él a viva fuerza (2).

---

(2) Cf. Ulpiano, L. 13, pr., D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.—Pomponio, L. 25, pr. D., *eod.*—Gayo, L. 15, D., *eod.*

(3) Gayo, IV, § 153: *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit... qualis est colonus et inquilinus.*—Celso, L. 18, pr., D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.—V. n.° 164, nota 2.

(4) Próculo, L. 27, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Furiosus non potest desinere animo possidere.*—Ulpiano, L. 29, D., *eod; Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti potest amittere. Alia causa est si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.*

169. (1) Cf. Próculo, citado por Ulpiano, L. 1, § 25, D., *de vi*, XLIII, 16.—Gayo, IV, § 153, *in fine.*—Ulpiano, L. 6, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*—XLI, 2.—I, § 5, *de interd.*, IV, 15.

(2) Paulo, L. 3, § 8, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.—*Si quis nunciet domum a latronibus occupatam, et dominus, timore conterritus, noluerit accedere; amisisse cum possessionem placet...*—Pomponio, L. 25, § 2, D., *eod: ...Quod autem animo solo possidemus quaeritur utrumne usque eo possidemus donec alius corpore ingressus sit... an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat.*

§ 3.—De la adquisición de la propiedad.—Divisiones de los modos de adquirir.

170.—Cuando un patrimonio pasa todo entero de una persona a otra, con todo su contenido de obligaciones y derechos reales, entonces hay adquisición *per universitatem*. El adquirente que se aprovecha de los bienes está obligado a pagar las deudas de aquel a quien sucede. El mismo resultado se produce por parte cuando se adquiere una cuota, como la mitad o el cuarto de un patrimonio. A la adquisición *per universitatem* se opone la adquisición a *título particular*, que se realiza cuando una persona adquiere la propiedad de una o varias cosas determinadas, que de esta manera hace ingresar en su patrimonio, quedando ajeno a las deudas del propietario precedente. Sólo hablaremos aquí de los *modos de adquirir a título particular*.

171.—En la época clásica, estos modos de adquisición se dividían en dos grupos (Gayo, II, § 65): a) Los establecidos por el Derecho civil son: la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *usucapio*, la *adjudicatio* y la *lex;* b) Las que provienen del derecho natural o del derecho de gentes; esto es, la *occupatio*, la *traditio* y cierto número de causas especiales que enumeran los textos sin sujetarlos a un principio común (Cf. Ulpiano, XIX, § 2.—Gayo, II, §§ 66 a 68).

Esta división de los modos de adquirir tenía grandísima inportancia desde el punto de vista de las personas que podían llegar a ser propietarios. En efecto, los que poseían el *commercium*, es decir, los ciudadanos, los latinos y los peregrinos que tuviesen concesión especial, podían ellos solos adquirir la propiedad por un modo de Derecho civil. Los peregrinos que no tuviesen el *commercium* podían muy bien adquirir por tradición los fundos provinciales en virtud del derecho de gentes, y en general las *res mancipi;* pero en principio les era imposible adquirir las *res mancipi*, cuya propiedad sólo se transfería según los procedimientos del Derecho civil. Esta regla era cierta para los fundos itálicos. En cuanto a las *res mancipi* muebles, parece ser que las necesidades prácticas de la vida hicieron aceptar una moderación. Muchos textos permiten creer que en las relaciones de los ciudadanos con los peregrinos terminaron por tratar a los esclavos y a los animales de carga y de tiro como *res nec mancipi*, admitiendo, desde luego, que la propiedad había sido transferida por simple tradición (1).

Desde el tiempo de Antonino Caracalla, la concesión del derecho de ciudadanía hizo cada vez más rara la condición de los peregrinos desprovistos del *commercium*, disminuyéndose paulatinamente el interés de esta división hasta que desapareció por completo en la época de Justiniano, en cuyo tiempo también cayeron en desuso la *mancipatio* y la *in jure cessio;* la *usucapión* fué transformada, y la distinción de las *res mancipi* y *nec mancipi* dejó de existir. Sin embargo, en virtud de la importancia que conservó esta división durante la hermosa época del Derecho Romano, lo tomaremos como base de nuestros desarrollos ulteriores.

---

171. N. del T.—Respecto a los modos naturales de adquirir, sostienen algunos autores que no servían para obtener el dominio civil, sino solamente el bonitario. Juzgamos inadmisible esta opinión, puesto que ya Gayo, II, 66, dice que la ocupación, modo natural de adquirir, era el medio más apto y eficaz para adquirir la propiedad; y si la *traditio*, modo también natural, no se consideraba bastante para la adquisición del dominio quiritario de una *res mancipi*, era, no obstante, suficiente para transmitir la propiedad civil de las cosas *nec mancipi*.—Ulpiano, XIX, 7.

171. (1) En este sentido, Fr. Vat. § 47: *...In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur.*

§ 4.—De los modos de adquisición del derecho natural.

(I., de rerum divisione, II, 1.)

I. De la ocupación.

172.—La ocupación es la toma de posesión, *animo domini*, de una cosa susceptible de propiedad privada y que no pertenezca a nadie (1). Por la ocupación se hace uno propietario, considerando los jurisconsultos romanos que el origen de la propiedad tuvo lugar en este hecho al principio de las sociedades (2). Pero ejerciendo la ocupación disminuye su dominio, pues a medida que se desarrolla la propiedad privada, las cosas que no pertenecen a nadie se hacen cada vez menos frecuentes. Sin embargo, este modo de adquisición conservó una gran importancia entre los romanos, que ha perdido en nuestros días, porque tenían por *res nullius* susceptibles de ocupación los bienes de sus enemigos y de los pueblos con los cuales no habían hecho contrato de alianza o de amistad (Pomponio, L. 5, § 2, D., *de captiv*, XLIX, 15).

He aquí cuáles eran las principales cosas que bajo Justiniano y en la época clásica podían ser adquiridas por ocupación:

1. Los *animales salvajes*, la *caza* y la *pesca*.—Todo esto no pertenece a nadie; así que el primero que llega puede apropiárselo y hacerse propietario (Gayo, L. 1, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Poco importa que el cazador cace en su terreno o en el de otro; no sería menos propietario por ocupación, puesto que la caza es *res nullius*. El amo del fundo, lo único que puede hacer es prohibir el acceso (Gayo, L. 3, § 1, D., *eod.*—I, § 12, *ht.)*.

¿En qué momento se hace el cazador propietario de la caza? Según Trebacio, desde que un animal ha recibido una herida tal que se le pueda tomar y apoderarse de él, y también si el cazador le persigue largo tiempo, a él pertenece, y si algún tercero viene y se apropia del mismo, comete un robo. El animal no se hace *nullius* hasta que deja de ser perseguido. Por el contrario, la mayor parte de los jurisconsultos aplicaban de una manera estricta los principios de la ocupación diciendo que el cazador no fuese propietario de la caza hasta tenerla en sus manos (Gayo, L. 5, § 1, D., *eod.)*. Esta solución fué confirmada por Justiniano (I., § 13, *ht.)*.

El animal salvaje que haya sido cogido vivo será *nullius* al recobrar su libertad natural; es algo parecido al *postliminium* (Gayo, II, § 67) (3).

---

172. (1) Gayo, L. 3, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Quod enim nullius est, id ration naturali occupanti conceditur.*—Los textos de los jurisconsultos no emplean la palabra *occupatione*, pero se encuentra en Cicerón, *De offic.*, I, 7.—La ocupación, siendo la apropiación por el hombre de una cosa que no pertenece a nadie, crea la propiedad y no la transfiere; por eso los comentaristas la califican de modo de adquirir *originario*. Se la opone la tradición, y los modos de adquirir del Derecho civil, que hacen pasar la propiedad de una persona a otra, y se llaman modos *derivados*. Esta distinción tiene su importancia práctica en que el modo originario concede la propiedad libre y absoluta, mientras que el modo derivado la da tal como la tenía quien la cede, con todas las cargas con que estuviese gravada. (Cf. Ulpiano, L. 20, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).

(2) Paulo, L. I, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *Dominiumque rerum ex naturali possessione caepisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his quae terra, mari caeloque capiuntur.*—Ad. Gay., 1, pr., D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1.— I, § 11, *de rer. div.* II, 1.

(3) Es de necesidad decir que la ocupación no puede aplicarse a los animales domésticos, pues al cogerlos siempre se comete un robo (I, § 16, ht.). Ocurre lo mismo cor las fieras que han sido amaestradas, aunque se hacen *nullius* y susceptibles de ocupación habiendo perdido la costumbre de volver a casa del amo (Gayo, *II*, § 68).

2. *El botín hecho sobre el enemigo.*—Todo lo perteneciente a los pueblos con los cuales Roma estaba en guerra regular, o a los bárbaros, aun en tiempo de paz, se considera como *res nullius*. Los romanos pueden, por ocupación, apoderarse de sus bienes, lo mismo que de las personas. Aplican este derecho y le sufren (Gayo, II, § 69.—Pomponio, L. 5, § 2, D., *de captiv*, XLIX, 15).

Los territorios conquistados, perteneciendo, como ya hemos visto, al pueblo romano, se hacían cosa pública, *ager publicus* (Pomponio, L. 20, § 1, D., *de captiv*, XLIX, 15). En cuanto a los objetos muebles y a los prisioneros hechos por medio del ejército, parece igualmente cierto que no fuesen propiedad individual del primer ocupante, pero sí que fuesen adquiridos para el Estado (4). Una parte se distribuía gratuitamente a los soldados y el resto se vendía en beneficio del Tesoro (5).

3. Las *piedras preciosas*, las *perlas* y el *coral* encontrados en el mar o en sus orillas (I., § 18, *ht.)*, y aun la *isla* que se forma en el seno del mar y que todavía no pertenece a nadie (I., § 22, *ht.)*.

4. El *tesoro* (I., § 39, *ht.)*.—Se llama así a una suma de dinero o a un objeto precioso escondido desde hace tanto tiempo que nadie puede saber quién fué el último propietario. El tesoro no es un fruto del fundo donde estaba escondido (Ulpiano, L. 7, § 12, D., *solut matr.*, XXIV, 3), ni tampoco es una parte de este fundo (Paulo, L. 3, § 3, D., *de adq. vel amit. pos.;* XLI, 2). Es una *res nullius*, y es natural que quien descubra un tesoro adquiera la propiedad por derecho de ocupación (6). Este principio no sufre ninguna restricción cuando un propietario encuentra un tesoro en su mismo fundo.

Si el descubrimiento ha sido hecho en el fundo de otro, Adriano, en este caso, decidió que la mitad del tesoro se le atribuyese al propietario del terreno, por razón de equidad, pues en realidad esta fortuna pertenecía a él más que a nadie (I., § 39, *ht.)*. Esto es, una adquisición *lege*, fundada no sobre el hecho natural de la ocupación, pero sí en una disposición legislativa. La otra mitad pertenece a quien *encontró* el tesoro, pero a condición de que el hallazgo haya sido descubierto *por casualidad*, pues habiéndolo buscado con el único objeto de apropiarse de ello, entonces no tiene ningún derecho (Cf. L. 1, C., *de thesaur*, X, 15). Esta es una aplicación un poco especial de los principios de la ocupación (7).

---

(4) Esta solución resulta muy clara en testimonios históricos (Aulo Gelio, *Nuits at.*, VII, 4, XVI, 4.—César, *De bel. gal.*, 7) y de la combinación de las leyes, 1 y 13, D., *ad. leg. Jul. de pecat.*, XLVIII, 13.—Es verdad que algunos textos parecen sancionar el derecho del primer ocupante (L. 51, § 1, D., *de adq. rer dom.*, XLI, I.—L. 1, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2); pero, probablemente, hace falta limitarlo al hecho de ocupación individual cumplida por un soldado fuera de un compromiso regular.

(5) Aulo Gelio, *Nuits. at.*, VII, 24.—Estos efectos de la ocupación pueden borrarse por el *postliminium*, no solamente para los esclavos (I, § 17 ht), sino también para la mayoría de las cosas, haciendo parte del botín, cuando vuelven a su antiguo amo.—Cicerón, *Topic.*, 8: *Postliminio redeunt haec; homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quae frena recipere solet.*—Había excepción para las armas que sería vergonzoso perder (Marcelo, L. 2, § 2, D., *de captiv.*, XLIX, 15).

(6) Paulo, L. 31, § 1, D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1. *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat; sic enim ejus fit qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus vel custodiae, considerit sub terra, non est thesaurus; cujus etiam furtum fit.*

(7) Si el tesoro ha sido encontrado en terreno sagrado, o agregado a sepulturas, Adriano lo atribuye en su totalidad a quien lo haya descubierto. (I., § 39, ht). Aunque una Constitución de Marco Aurelio y Lucio Vero concede la mitad al fisco (L. 3, § 10, D., *de jure fixi*, XLIX, 14).

II.—De la tradición.

173. La tradición es el más importante de los modos de adquirir de derecho de gentes. Descansa sobre una idea muy sencilla. Tratándose de una cosa *nullius*, el que toma posesión se hace propietario, y esto es la *ocupación*. Pero cuando se trata de una cosa de la cual tiene ya alguno la propiedad, es necesario, para adquirirla, que a la toma de posesión se una el abandono por parte del propietario. Por eso, si el propietario entrega una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tenga intención de adquirirla es conforme al derecho natural que haya traslación de propiedad en beneficio del adquirente: esto es la *tradición* (1). Mientras que en la ocupación sólo interviene una persona, aquí, en cambio, se encuentran dos: el *tradens*, que se deshace de la posesión, y el *accipiens*, que al recibirla, se hace propietario.

Es fácil comprender que al entregar su cosa a un tercero, el propietario no pierde por necesidad la propiedad; esto es cuestión de intención. Por eso, dejándosela a un locatario o a un depositario, no es que quiera ceder, ni cede, en efecto, nada más que la detención, por lo cual queda propietario y poseedor: entonces se dice que hay *nuda traditio* (Paulo, L., 31, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Es el *hecho* sin la *intención;* así que es necesario que estos dos elementos vayan reunidos para constituir la tradición considerada como manera de adquirir la propiedad.

174. I. *Elementos de la tradición.*—La tradición se compone de dos elementos: 1. La intención de enajenar y de adquirir. 2. La remisión de la posesión (1).

1. *De la intención de enjenar y de adquirir.*—Es el elemento esencial sin el cual la tradición no transfiere la propiedad. Consiste en la conformidad de las dos partes: la una, el *tradens*, tiene la voluntad de ceder la propiedad; y la otra, el *accipiens*, tiene la voluntad de adquirirla (Javoleno, L. 55, D., *de oblig.*, XLIV, 7). De hecho, las partes no tienen esta común intención nada más que para alcanzar un fin determinado. La transferencia de la propiedad con ayuda de la tradición es únicamente un modo de realizar una operación que tengan entre manos; por ejemplo, un pago o una venta, una donación o un cambio. Es por este acto, y con motivo del cual se manifiesta la voluntad de las partes, lo que los textos llaman *causa* de la tradición, *justa causa traditionis.*

175.—¿Es necesario que en realidad exista esta causa para que la tradición transfiera la propiedad? La solución del Derecho Romano no es nada dudosa. Lo esencial es la voluntad común de enajenar y de adquirir; pero la propiedad resulta transferida, aunque la tradición haya sido hecha en virtud de alguna causa falsa o ilícita. Veamos tres ejemplos:

a) Ticio, erróneamente, cree ser deudor de Sempronio, quien por

---

173. (1) Gayo, L. 9, § 3, *de adq. rer dom.*, XLI, 1: *Hae quoque res quae traditione nostrae fiunt jure gentium nobis adquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.*

N. del T.—Es la tradición el más importante de los modos de adquirir a título singular, puesto que es principio de Derecho Romano el de que no basta para transmitir la propiedad de una cosa la sola voluntad de las partes contratantes, sino que se requiere, además, la tradición de la cosa, o sea la transmisión de la posesión. Así se expresa en la Const. 20, *de pactis*, II, 3, «*dominia rerum, non nudis pactis, sed traditionibus et usucapionibus transferuntur*».

174. (1) No citamos como condiciones necesarias para la traslación de propiedad por tradición la cualidad de propietario y la capacidad para enajenar en el *tradens*, pues en efecto, no tienen nada de particular, y se imponen para todos los modos de adquirir. V. n.° 256).

su parte se cree acreedor; entonces le hace tradición del objeto que cree deber, para pagar esta deuda imaginaria, y aunque la tradición está hecha sin causa, sin embargo, Sempronio se hace propietario; prueba de ello es que Ticio tiene contra él, no la *rei vindicatio*, sino solamente una acción personal, la *condictio indebiti*, para obtener una retraslación de propiedad en su beneficio (I, § 6, *de obl. quasi ex contr.*, III, 27);

b) Ticio hace tradición de una *res nec mancipi* a Sempronio, a título de dádiva, para impedir que cometiera un crimen. La causa, desde luego, es ilícita, pero sin embargo hay traslación de propiedad. Ticio, para hacerse devolver lo que ha entregado, no tiene más que una acción personal, la *condictio ob turpem causam* (Ulpiano, L. 2, pr., D., *de cond. ob. turp.*, XII, 5) (1).

c) Por último, puede ocurrir que las partes no estén de acuerdo sobre la causa de la tradición; por ejemplo, el *tradens* entrega una suma en dinero al *accipiens* para hacerle una donación, y éste cree recibir un préstamo. No hay ni donación ni préstamo, puesto que no están conformes las voluntades sobre este punto; aunque el disentimiento sobre la causa no haya impedido de entenderse a las partes para que hubiese traslado de propiedad; en este caso la tradición produce su efecto (2).

En resumen, la *justa causa* no es indispensable para que la tradición transfiera la propiedad. Sólo es el hecho que revela la intención de las partes, y la prueba de haber tenido la voluntad de enajenar y de adquirir, que es lo único que separa la tradición traslativa de propiedad, de la *nuda traditio* (3); aunque es esta voluntad, y no su manifestación, lo que es un elemento de la tradición. Con tal de que exista, importa poco que la causa sea nula, inmoral, o puramente imaginaria; el *accipiens*, en virtud de la tradición, no será menos propietario, y estando obligado a restituir, es suficiente obrar con una acción personal (4). Esta teoría resulta muy favorable a los intereses de los terceros que hayan adquirido por el *accipiens* derechos sobre la cosa, después que él la ha recibido por tradición. Estos derechos son respetados, y quedan opuestos al *tradens*, que después de todo, tiene siempre en el mismo caso alguna falta o imprudencia que reprocharse.

176.—2. *De la remisión de la posesión.*—En Derecho Romano no es suficiente la voluntad de las partes para transferir la propiedad (1).

---

175. (1) A título excepcional, el Derecho civil anula algunas veces la tradición hecha con objeto de realizar un acto ilícito; por eso, en la época clásica, en que las donaciones entre esposos estaban prohibidas, la tradición hecha por el cónyuge donante al otro no quita la propiedad. (Ulpiano, L. 3, § 10. D., *de donat. int. vir.*, XXIV, 1).

N. del T.—Esta cuestión relativa a la intención de enajenar y de adquirir, es, sin embargo, muy discutida. — Véase Lenel en el *Archiv. f. civ. Praxis*, LXXIX, 213, y Ferrini, *Intenzione ed effeto negli atti giuridici*, en el *Rendiconti Ist. Lomb.* 1888.

(2) Tal fué el parecer de Juliano, L. 36, D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio... Nam si pecuniam muneratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*—Ulpiano es verdad que era de un juicio contrario sobre la ley 18, pr., *de reb. cred.*, XII, 1; pero este jurisconsulto profesaba en materia de traslación de propiedad opiniones casi siempre distintas a los demás. Sin embargo, la decisión de Justiniano es más conforme y afirmativa a los principios generales.

(3) En este sentido, Paulo, L. 31, pr., D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1: *Nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

(4) La justa causa no es un elemento esencial de la tradición, como pretenden algunos autores. Es verdad que hay quien llama *justa causa* a la misma voluntad de enajenar y de adquirir. Sin duda, éstos tienen razón queriendo hacer un elemento esencial, pero dan a estas expresiones un sentido no justificado por los textos en materia de tradición.—Cf. L. 36 y L. 31, pr., D., *ht.*, antes citadas, notas 2 y 3.

176. (1) I, 20, C., *de pac.*, II, 3.—Nuestro Código civil sanciona en principio completamente distinto (Cf. arts. 711 y 1.138, C. C.); pero la ley de 23 de marzo de 1855 contiene temperamentos en interés de los terceros.

Es necesario que se manifieste por alguna señal exterior; y aquí es la remisión de la posesión, que es una señal de propiedad. Para realizar una traslación de propiedad, según el derecho natural, el *tradens* tiene que entregar al *accipiens* la posesión de la cosa, esto es, el elemento material de la tradición. Resulta también que la tradición sólo se aplica a las cosas *corporales*, que son las únicas susceptibles de ser poseídas (2).

La remisión de la posesión se efectúa poniendo la cosa a disposición del adquirente, de manera que pueda realizar sobre ella los actos de propietario.

Siendo dinero o alguna cosa mueble, el *tradens* puede hacer entrega al *accipiens* mano a mano. Si es un inmueble, es suficiente con conducir allí al *accipiens*, o enseñárselo desde un lugar elevado, diciendo que se lo entrega. Tratándose de mercancías encerradas en un almacén, basta también con entregar las llaves al adquirente, delante del mismo almacén, para que pueda entrar a su gusto (3).

177. Casi siempre el acuerdo de las partes sobre la transferencia de propiedad precede al hecho de la tradición; por ejemplo, se vende una cosa, y se entrega en seguida. Pero también puede ocurrir que el adquirente sea ya detentador de la cosa por alguna otra causa, y entonces, el propietario le hace donación del objeto que le había prestado o que había puesto en sus manos. En este caso, la traslación de propiedad tiene lugar en el preciso momento que las partes estén acordes sobre ello, pero no es decir que en este caso sea suficiente la voluntad para transferir la propiedad (Cf. I., § 44, *ht.*). El hecho y la intención deben siempre estar reunidos (V. n.° 166, nota 1). Mas, en semejante caso, la remisión material estaba hecha por adelantado (1).

Los textos prevén otra hipótesis bastante frecuente donde la remisión de la posesión se manifiesta con menos claridad, y que nuestros antiguos autores han hecho célebre bajo el nombre de *constituto posesorio*. Ticio hace donación de su casa a Sempronio, pero continúa habitándola como inquilino. Desde que las partes están de acuerdo, Sempronio se hizo propietario por tradición; aquí no cabe duda que la posesión no fué aparente. Pero no ha sido menos *constituído* poseedor, puesto que tiene el *animus domini* que Ticio deja en su beneficio, y posee la casa *corpore alieno*, por intervención de Ticio, que se hace detentador (2).

178.—II. *Efectos de la tradición.*—En la época clásica, la tradición de una *res nec mancipi* transfiere inmediatamente la propiedad plena

---

(2) V. n.° 165 bis y n.° 178, nota 1.—Así y todo, de la idea de *quasi-possession* se ha deducido la *quasi-tradition*, como modo de constitución de las servidumbres en el Derecho pretoriano.—V. n.° 222, 2.

(3) Cf. para los muebles: Paulo, L. 1, § 21, D., *de adq. vel. amit. pos.*, XLI, 2: *Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.*—Celso, L. 18, § 1, D. *eod.*—Para las llaves: Papiniano, L. 74, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.—Nuestros antiguos autores decían que había tradición *longa manu* para el inmueble enseñado de lejos, y tradición *simbólica* en caso de remisión de las llaves. Pero estas cualidades no hacen más que oscurecer una idea bien clara. (Cf. Pothier, *De la propiedad*, núms. 200 y 202 a 204).

177. (1) Aquí también la calificación de tradición *brevi manu*, imaginada por nuestros antiguos intérpretes, es inútil e impropia, puesto que hay una verdadera tradición. (Cf. Pothier, *eod.*, núms. 206 y 207).

(2) Cf. Ulpiano, L. 77, D., *de rei vind.*, VI, 1.—Celso, L. 18, pr., D., *de adq. vel amit pos.*, XLI, 2.—Pothier, *eod.*, n.° 208.—El constituto posesorio ha ejercido una gran influencia sobre nuestro Derecho. Antes se insertaba con frecuencia en los contratos la cláusula *de constituto*, según la cual el enajenador cesaba inmediatamente de poseer para él, y en cambio poseía para el adquirente. Después fué separada la cláusula, suprimiendo de esta manera la necesidad de una tradición material para transferir la propiedad (art. 1.138, C. C.—Cf. n.° 176, nota 1).

y entera al *accipiens* (1). Aplicada a una *res mancipi*, es un Derecho civil insuficiente para hacer perder al *tradens* la cualidad de propietario. Conserva el *nudum jus quiritium* y el *accipiens* posee la cosa *in bonis*, hasta que la usucapión le haya dado la propiedad *ex utroque jure* (V. n.º 151). Bajo Justiniano, ya no hubo *res mancipi*. La tradición, a cualquier cosa que se aplique, es suficiente para transferir la propiedad cuando reúne los elementos que ya hemos estudiado (I, § 40, *ht.*—V. n.º 158, nota 5).

179.—*Modalidades.*—Siendo la voluntad el elemento que domina en la tradición, pueden las partes retrasar los efectos de este modo de adquirir, subordinándolos a la llegada de un *término* o a la realización de una *condición*. He aquí un ejemplo de condición: Ticio, al hacer de Sempronio tradición de un fundo, convinieron ambos en que la propiedad sólo podía adquirirla si nombraban cónsul a Mevio. ¿Cuál es, en este caso, la situación respectiva de las partes? Esperando la llegada de la condición, se suspende el efecto de la tradición. El *accipiens* tiene la posesión (1); pero el *tradens* será siempre el propietario, y si la condición no se realiza queda propietario definitivamente. En cambio, si se realiza, el *accipiens* queda propietario de pleno derecho desde el día de la tradición (2). En este caso se extinguen los derechos con los cuales el *tradens* gravó el fundo, mientras que la tradición estaba en suspenso, puesto que no ha podido constituir derechos más duraderos que el suyo. No cabe duda que el interés de los terceros saldrá perjudicado; mas la mutación de la posesión debe advertirles, hacerles prudentes.

180.—*De la tradición en las ventas.*—El efecto de la tradición sufre todavía una importante modificación en materia de venta. Todo aquel que vende una cosa de la cual es propietario debe transferir la propiedad al comprador, quien, de su parte, ha de pagarle su precio. Según esto, supongamos que el vendedor de una *res nec mancipi* hace tradición al comprador, como le obliga la venta: ¿cuál es el efecto de esta tradición? Hay que distinguir: a) Tratándose de una venta hecha al contado, el vendedor que hace tradición de la cosa vendida al comprador, únicamente le transfiere la propiedad, *si el comprador abona su precio*. Entonces el efecto de la tradición queda suspenso, pues mientras no esté pagado el precio queda propietario el vendedor, y el comprador no tiene más que la posesión de la cosa que le ha sido entregada. Esta regla está escrita en la ley de las XII tablas, y en el derecho natural encuentra su justificación. Es equitativa y ventajosa para el vendedor, porque no corre ningún riesgo aunque no le paguen, toda vez que ejercitando la *rei vindicatio* puede recuperar otra vez la cosa vendida, en cualquier mano que se encuentre. Cuando el comprador paga su precio, se hace inmediatamente propietario, ocurriendo lo mismo en caso de emplear una seguridad suficiente, como una prenda, una hipoteca o una caución, pues de esta manera siempre queda a salvo el interés del vendedor (1), y b) La solución es diferente y la tradición produce en

---

178. (1) Gayo, II, § 19: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem.*—Algunos autores están conformes en que en el antiguo Derecho Romano, la tradición y demás modos de adquirir de derecho natural no podían hacer adquirir ni aun sobre las *res nec mancipi* la propiedad quiritaria. Pero esta conjetura sólo se apoya en consideraciones generales, que no tienen nada de decisivas.

179. (1) Esta solución es rechazada, pero es conforme a la intención presunta de las partes, que sólo han entendido suspender la traslación de propiedad, porque no es razonable que el *tradens* quiera guardar la posesión valiéndose de los interdictos.

(2) Juliano, L. 38, § 1., D., *de adq. vel amit. poss.*, XLI, 2: *Hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt quam conditio existiterit.*

180. (1) Gayo, L. 53, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.—I, § 41, ht.: *Venditae vero res et traditae non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori retium solverit, vel alio modo*

seguida su efecto cuando el vendedor tiene absoluta confianza en el crédito del comprador; y esto resulta, bien sea de una *cláusula expresada* en este sentido, o bien de la concesión de un *término* para el pago del precio (2).

181.—*De la tradición «incertae personae».*—Nosotros unimos a la adquisición por tradición dos hipótesis irregulares: en que el *tradens* no sabe quién será el adquirente, y en que está la tradición hecha por consiguiente a una persona incierta.

1. El cónsul, por ejemplo, arroja a la muchedumbre monedas, *missilia*. Hay, naturalmente, por parte de él intención de transferir y desprenderse de ellas; por tanto, los que las recogen con voluntad de adquirirlas se hacen propietarios por tradición (Gayo, L. 9, § 7, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.—I., § 46, *ht.)*.

2. Un propietario abandona su cosa con intención de abdicar la propiedad. El que se queda con ella se hace propietario (1). ¿Pero es por tradición o por ocupación? Según Próculo, el que deja una cosa no cesa de ser propietario hasta el momento que otro se apodera de ella (L. 2, § 1, D., *pro derel.*, XLI, 7). Como no se hace *res nullius*, tampoco puede haber ocupación; lo que hay es tradición. Según la mayoría de los jurisconsultos, ocurre todo lo contrario con la cosa abandonada, pues se hace inmediatamente *res nullius* y aquel que la recoge la adquiere por ocupación (Ulpiano, L. 1, D., *eod.)*. Pero así y todo, el abandono no extingue los derechos reales que graven la cosa en beneficio de un tercero, pues hay más bien adquisición derivada, lo que favorece la idea de tradición. Total: se puede decir, en suma, que éste es un caso en que la tradición y la ocupación se mezclan y concurren al resultado (Pomponio, L. 5, § 1, D., *eod.*—1, § 47, *ht.)*.

III.—Otros casos de adquisición según el derecho natural.

182. Al lado de la ocupación y de la tradición citan los romanos cierto número de casos en los que existe también adquisición de la propiedad, según el derecho natural. Nuestros antiguos intérpretes del Derecho Romano unían todas estas hipótesis a un principio común de adquisición: a la *accession*. Se puede definir según ellos la concebían: un modo natural de adquirir, que daba derecho al propietario de una cosa sobre todo lo que se la incorpora, formando parte integrante de ella, y sobre todo lo que se desprende de la misma para formar un cuerpo nuevo. Esta concepción, aceptable desde el punto de vista filosófico, se ha introducido en nuestro Código civil, que sanciona la accesión como manera de adquirir con toda la extensión que tenía en nuestro antiguo Derecho (arts. 546 a 577). ¿Pero esta teoría era romana? Hay algunos autores modernos que lo sostienen todavía, pero otros, al contrario, cayendo en el extremo opuesto, niegan que la accesión haya sido jamás en Derecho Romano un modo de adquirir. La verdad parece consistir

---

el satisfecerit veluti expromissore aut pignore dato; quod cavetur quidem etam lege XII tabularum. Tamen recte dicitur et jure gentium id est jure naturali effici.—Algunos autores creen que esta disposición de la ley de las XII tablas se aplicaba a la mancipación y se hubiera extendido después a la tradición, pero no es más que una conjetura.

(2) I, § 41, ht. *in fine: Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*—En nuestro Derecho no existe la distinción en la cual el comprador se hace propietario desde el día de la venta (art. 1.583, C. C.) y en el que los intereses del vendedor están protegidos con garantías especiales.

181. (1) No hay que confundir con las *res derelictae* las cosas perdidas, ni las que uno se ve obligado a tirar al mar para alejar al barco en caso de tempestad; aquí no se pierde la propiedad, y quien las coja para guardárselas comete un robo (Gayo, L. 9, § 8, D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1.—L, § 48 *ht.)*.

en una solución media, pues si la accesión no es nombrada ni definida en los textos (1), hay, en cambio, quienes la reconocen implícitamente y de una manera terminante (V. n.º 183, nota 1). Nosotros la admitimos como base de ciertas adquisiciones. Pero es preciso no exagerar su alcance y hacer que en Roma se la dé toda la extensión que ha recibido en nuestro Derecho. En gran número de casos, el principio de la accesión es extraño a las soluciones de los jurisconsultos. Esto será lo que estableceremos para las *adquisiciones resultantes de la vecindad de una corriente de agua*, para la *especificación*, para *la confusión* y la *mezcla*, y en fin, para la *adquisición de los frutos*.

183.—1. *Adquisición resultante de la accesión.*—Hay adquisición por *accesión* cuando alguna cosa accesoria está unida o incorporada a una cosa principal. Una vez la unión operada, la cosa accesoria pierde su propia existencia, y su individualidad queda anulada, absorbiéndose por la cosa principal, de la cual formará parte integrante. Por consiguiente, el *propietario de la cosa principal, es propietario del conjunto* (1). En efecto, él sólo puede designar la cosa como suya, y reivindicarla, pues, aunque en realidad esté aumentada, también conserva su nombre e identidad, y la accesoria, por el contrario, ya no existe jurídicamente: es *res extincta*.

Esta adquisición, sin embargo, está supeditada a ciertas condiciones. Es necesario: a) Que haya una cosa *principal* y una cosa *accesoria*, de manera que la accesoria sea absorbida por la predominante. De esto resulta que un inmueble es siempre cosa principal en relación a los muebles. Entre cosas muebles, los jurisconsultos consideran como principal la que, después de la unión, conserva su nombre y su individualidad, y como accesoria la que está unida a la otra para adornarla o completarla, aun siendo más preciada, puesto que el valor, siendo en nuestro Derecho razón terminante, no influye en absoluto sobre esta solución (2); b) Que la cosa principal constituya un *todo homo-*

---

182. (1) Los jurisconsultos emplean la palabra *accessio* para designar una cosa accesoria (Ulpiano, L. 19, § 13, D., *de aur. arg...*, XXXIV, 2.—V. n.º 183, nota 2).

183. (1) Paulo, L. 26, pr., D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1: *...Proculus indicat hoc jure nos uti quod Servio et Labeoni placuisset; is quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit... tota enim ejus sunt quibus antea fuerant.*—L. 23, § 4, D., *de rei vind.*, VI, 1: *In omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit...* Estos textos sancionan la idea de la adquisición por accessión. Paulo remonta su origen a Labeon: después fué admitida por otros jurisconsultos: L. 23, § 2, D., *de rei vind.*, VI, 1: *...Dominum ejus totius rei effici... plerique recte dicunt.*

(2) Ulpiano, L. 19, § 13, D., *de cur. arg...*, XXXIV, 2: *...Semper enim cum quaerimus. quid cui cedat, spectamus quod cujus rei ornandae causa adhibetur: ut accessio cedat principali..* —L. 19, § 20, D., *eod: ...Quoniam hoc spectamus quae res cujus rei ornandae causa fuerit adhibita non quae sit pretiosor.*—Sin embargo, se terminó por tener cuenta del valor en caso de pintura.—V. n.º 184, b.

N. del T.—Examinando atentamente los textos, se ha observado que no colocan expresamente la accesión entre los modos de adquirir la propiedad: hablan de ella más bien como de una consecuencia de la propiedad adquirida que como de una adquisición nueva. Dicen algunos autores que los jurisconsultos romanos afirmaron expresamente que las cosas se adquieren *per traditionem*, y que las *nullius* pertenecen al primer ocupante; pero jamás expusieron que la accesión fuese un modo de adquirir, ni que una cosa que ha llegado a ser accesoria de otra dejara por esto sólo de pertenecer a su primitivo dueño. Sostienen, por tanto, que la accesión es un hecho que no transmite, y por consiguiente, no atribuye a una persona la propiedad de otra; y que por tal razón los textos legales se ocupan menos de la adquisición que de la conservación y de las consecuencias de la propiedad adquirida.

No obstante, si en realidad la accesión no transmite a una persona la propiedad de otra, no es menos cierto que acrecienta la propiedad del dueño de la cosa principal con todo el valor de la accesoria. Así, cuando se emplean materiales en la construcción de un edificio de terreno ajeno, haciéndose el propietario del terreno propietario por accesión del edificio, los materiales que componen este edificio se han aumentado indudablemente a la propiedad primitiva. Asimismo, si alguno planta en su terreno un árbol perteneciente a otro, el árbol, en el momento que haya arraigado, se hará accesorio del terreno y, como tal, propiedad del dueño de éste. Sin embargo, es exacto decir que en todos los casos la propiedad del dueño del objeto principal se ha aumentado, sin que haya existido transmisión en favor de éste con la propiedad que tenía el antiguo dueño, bien de los materiales, bien del árbol.

géneo, como una copa, o una estatua, o bien un *compuesto de partes adherentes entre ellas*, como un edificio o un carro. Pero estando formado por partes distintas entre ellas, como un rebaño, no puede haber absorción de la cosa accesoria, pues existe siempre y no cambia de dueño (3); c) Que la unión tenga lugar por *voluntad de uno solo*, o por efecto del *azar*. Si ha sido hecha por voluntad común de las partes, la adquisición que pueda resultar se opera entonces por tradición (Ulpiano, L. 39, pr., D., *de rei vind.*, VI, 1). Para reducir a sus verdaderos límites el alcance de la adquisición por accesión hay que añadir que no es siempre definitiva, porque todo ello depende de la siguiente distinción. Si la *separación* de dos cosas es *posible* y está *permitida*, y el que era propietario de la accesoria la *hace ejecutar*, esta cosa vuelve a su propia individualidad, volviendo por eso desde luego a su primitivo amo, quien puede siempre reivindicarla, y entonces la adquicisión sólo ha sido *temporal*. Pero si la fuerza de las cosas, o razones de interés general, dan a la incorporación de la accesoria a la principal un carácter *indestructible*, la adquisición será *definitiva*, salvo la indemnización para el propietario despojado. Ocurre exactamente igual cuando la separación sea posible, siempre que el propietario de lo accesorio *prefiere ser indemnizado*, lo cual sucede con mucha frecuencia.

Una vez expuestos estos principios, sólo nos resta indicar las principales aplicaciones citadas en los textos y explicar de qué manera se regula la indemnización.

184.—1. *Principales casos de adquisición*: a) *Adjunción.*—Un objeto mueble ha sido incorporado a otro como accesorio; por ejemplo, una rueda añadida a un carro, un brazo a una estatua, o una banda de púrpura a una túnica. El propietario de la cosa principal, es decir, del carro, de la estatua y de la túnica, es propietario de todo (I., § 26, *ht.*—Paulo, L. 29, § 2, D., *de rei vind.*, VI, 1).

b) *Escritura, pintura.*—Si se ha escrito en el pergamino de otro un poema o un discurso, el manuscrito pertenece al propietario del pergamino, puesto que la escritura es cosa accesoria que no puede existir por ella sola (Gayo, L. 9, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Por la misma razón si un pintor hace un cuadro sobre una tabla o un lienzo perteneciente a otro, algunos jurisconsultos decidieron lógicamente

---

Esta propiedad no existe ya, por haberse extinguido por la incorporación del objeto accesorio al principal. Los materiales, por ejemplo, no tienen ya existencia aparte, no pudiendo ser, por consiguiente, objeto de una propiedad particular; hay un edificio, mas no hay ya materiales. Hay tan poca transmisión de propiedad por parte del propietario de los materiales a favor del propietario del terreno y del edificio, que si por un acontecimiento cualquiera se derribara el edificio, recobrando los materiales su primera naturaleza, y formando de nuevo una cosa aparte, podrían ser reivindicados por su antiguo propietario, a no ser que éste hubiera recibido su valor, porque entonces hubiera habido enajenación.

Analizando fielmente los textos, puede decirse que, por derecho natural, la propiedad se adquiere originariamente por la ocupación, se aumenta en ciertos casos por la accesión y se transmite por la tradición.

(3) Pomponio, L. 30, pr., D., *de usurp.*, XLI, 3.—Paulo, 23, § 5, D., *de rei vind.*, VI, 1: *At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere propriam speciem... quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret...*

N. del T.—Conviene saber, para inteligencia de los comentaristas, que éstos dividen la accesión en *natural*, *industrial* y *mixta*. La primera se verifica por el solo beneficio de la Naturaleza; la segunda es debida a la industria, y la tercera se debe en parte a ésta y en parte a la Naturaleza. Las clases de accesión natural son: el parto, la isla, el aluvión, la fuerza del río y la mutación de cauce. Las clases de accesión industrial son: la adjunción, la especificación y la conmixtión. La adjunción o unión de una cosa ajena a la materia propia hecha por industria se verifica por introducción, bordado, soldadura, tejido, escritura, pintura y edificación. La especificación es la accesión industrial que se verifica haciendo una nueva especie de materia ajena. La conmixtión es la mezcla de materias de diferentes dueños. La accesión mixta es el aumento que resulta a una cosa nuestra por beneficio de la Naturaleza e industria, como sucede en la sementera, plantación y recolección de frutos. Respecto a los principios y reglas a observar sobre estos modos de adquirir, téngase presente la explicación del texto.

que el dueño del lienzo era el propietario del cuadro (Paulo, L. 23, § 3, D., *de rei. vind.*, VI, 1). Pero el parecer contrario, admitido ya preferentemente en tiempo de Gayo (II, § 78), terminó por prevalecer (I, § 34, *ht.*). El cuadro pertenece al pintor, con bastante fundamento, porque es un objeto distinto en su valor artístico, en el cual se consume el valor de la tela (1).

c) *Construcción.*—Estando hecha una construcción sobre algún terreno con materiales no pertenecientes al propietario del terreno, es éste el propietario del edificio, puesto que la tierra es cosa principal con relación a la superficie (2).

Hay que fijarse, sin embargo, en que el propietario del terreno adquiere la construcción y no los materiales, considerados en ellos mismos como cosa distinta. De manera que si la casa llegara a ser demolida, los materiales recobran su individualidad, y el antiguo propietario puede reclamarlos como suyos (3). Únicamente pierde este derecho si ha pagado ya su valor, o si ha pensado haber querido hacer donación.

d) *Plantación.*—Un árbol que se haya plantado en el terreno de otro pertenece al propietario del terreno, por ser cosa principal; pero esta adquisición no tiene efecto hasta que el árbol eche raíces (4), pues hasta entonces no cambia de dueño, siendo únicamente después de echar las raíces en el terreno cuando el dueño de éste se hace también del árbol. Esta atribución es irrevocable, puesto que el árbol se transforma por la savia que toma de la tierra, y aun arrancándole, ya no puede reivindicarle el antiguo propietario (5).

En cuanto a los granos sembrados en el campo de otro, pertenecen inmediatamente al propietario del suelo (Gayo, II, § 75.—I, § 32, *ht.*).

185.—2. *Reglamento de la indemnización.*—En principio, el propietario de la cosa principal, cuyo valor está acrecentado por la unión de la accesoria, se enriquece a expensas de otro, de manera que en la mayoría de las veces es justo conceder una indemnización a quien era propietario de lo accesorio, cuya indemnización debe estar regulada por el juez de una manera equitativa, y por eso, tratándose de indemnizar a quien ha construído, plantado o sembrado en terreno ajeno, no debe sobrepasar la indemnización del excedente inferior del gasto, ni el gasto inferior al excedente (Celso, L. 38, D., *de rei vind.*, VI, 1).

¿Por qué procedimientos se obtenía la indemnización? Sobre este particular hay que distinguir dos hipótesis.

A) *La unión ha sido hecha por el dueño de lo accesorio, que está en posesión de la cosa principal.*—Entonces está en una situación muy ventajosa, porque puede retener la cosa hasta que el propietario le indemnice, y para llegar a este resultado puede oponer la excepción de dolo a la *rei vindicatio*. Pero este derecho sólo se le concede obrando de

---

184. (1) Esta idea se encuentra ya formulada por Labeon y Sabino, L. 14, p., D., *de verb. sign.*, L. 16: *Labeo et Sabinus existimant, si... res corrupta reddita sit... veluti... tabula rasa pictura, videri rem abesse quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum.*—Sin embargo, hay que notar que los romanos, en estas soluciones, no se ocupan para nada de la propiedad literaria o artística de la obra.

(2) Gayo, II, § 73: *...Superficies solo cedit.*—L. 7, § 10, D., *de adq. rer. dom.* XLI, 1: *...Omne quod inaedificatur solo cedit.*-I, §§ 29 y 30 *ht.*

(3) Sea cual fuere el tiempo que haya durado la construcción, el propietario del terreno no puede prevalerse de la usucapión contra aquel que reivindica los materiales, por no haberlos poseído como objetos particulares (Paulo, L. 23, § 7, D., *de rei vind.*, VI, 1.—Gayo, L. 7, § 11, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).—Esta diferencia se aplica a todos los casos análogos (Paulo, L. 30, pr. D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2).

(4) Gayo, II, § 74.—L. 7, § 13, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.—L. 9, pr., D., *eod: ...Plantae quae terra coalescunt solo cedunt...*

(5) Paulo, L. 26, § 0, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *...Nam credibile est alio terrae alimento aliam pactam.*—Sin embargo, Vario y Nerva, en este caso, concedían al antiguo amo del árbol una acción *in rem* útil, por la cual se podía hacer indemnizar. (L. 5, § 3, D., *de rei vind.*, VI, 1).

buena fe, y habiendo creído que la cosa principal le pertenecía (1). Si ha ejecutado la unión de *mala fe*, sabiendo que tenía en sus manos la cosa de otro, es reputado de haber querido hacer donación de lo accesorio al propietario de la cosa principal, y en principio no le es dada ninguna indemnización (2). Esta rigurosa solución terminó por ser moderada en una hipótesis muy importante: aquella en que el poseedor de mala fe del terreno ajeno ha construído con sus propios materiales. Si ha hecho construcciones o reparaciones *necesarias*, se le permite no entregar el fundo, nada más que a condición de ser indemnizado. Si eran solamente *útiles*, posee el *jus tollendi*, es decir, el derecho de levantar sus materiales antes de entregar el inmueble, con tal de que lo haga sin deterioración. Estas soluciones se admitieron al principio del siglo III de nuestra era, cuando el poseedor es demandado en petición de herencia (Paulo, L. 38, D., *de her. pet.*, V. 3.—Gordiano, L. 5, *de rei vind.*, III, 32, año 239) y la misma razón de equidad lo hizo extender para el caso de *rei vindicatio* (L. 37, *in fine*, D., *de rei vind.*, VI, 1).

En todos los casos, el poseedor sólo puede obtener indemnización por vía de retención. Si *pierde la posesión* sin haberse hecho indemnizar, los textos no le dan ninguna acción en recurso contra el propietario (3).

B) *La unión ha sido hecha por el dueño de la cosa principal, que está en posesión de todo.*—En este caso es preciso distinguir, según que las cosas puedan o no estar separadas.

a) *La separación es posible.*—Si se trata, por ejemplo, de una banda de púrpura cosida a una toga, en este caso el propietario despojado ejerce contra el poseedor la acción *ad exhibendum* para forzarle a separar la cosa accesoria y a exhibírsela; entonces puede reivindicarla, lo cual le da completa satisfacción (4).

b) *La separación no puede operarse.*—Los romanos creían que sucedía así por consecuencia de *imposibilidad material* para la pintura y escritura, y también cuando la unión resulta de una soldadura hecha en caliente, e incorporando juntas dos partes de un mismo metal, *ferruminatio* (Paulo, L. 23, § 5, D., *de rei vind.*, VI, 1). Algunas veces, y aunque materialmente posible, estaba prohibida la separación, por razón de utilidad general, y por eso, cuando algún propietario había edificado sobre su terreno con materiales de otro, la ley de las XII tablas, uniendo a la conservación de las construcciones un interés público, superior al interés privado, defendía formalmente al dueño de los materiales, para ejercitar la acción *ad exhibendum*, en vista de que se hiciera demoler el edificio, y para reivindicarlos (Ulpiano, L, 1, pr., D., *de tigno juncto.*, XLVII, 3).

En todos estos casos, el antiguo dueño de lo accesorio no puede obrar

---

185. (1) Gayo, II, § 76: *Sed is ab eo petamus fundum vel aedificium et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere utique si bonae fidei possessor fuerit.* Ad. I, § 33, *in fine, ht.*

(2) Esta presunción se opone a que pueda reclamar la cosa accesora cuando está separada de la principal; por ejemplo, los materiales, después de la caída del edificio. Gayo, L. 7, § 12, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. A pesar de una decisión contraria de Caracalla (L. 2, C., *de rei vind.*, III, 32), esta misma solución está dada por las *Instituciones* de Justiniano, § 30, *ht.*: *Hos casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata... et ideo licet diruta sit domus, vindicare materiam non potest.*

(3) L. 14, D., *de doli mali...*, XLIV, 4, *Paulus respondit cum qui in alieno solo aedificium extruserit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat e ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.* Juliano, L. 33, D., *de cond. indeb.*, XII, 6. Sin embargo, podía encontrar un recurso en los interdictos para recobrar la posesión. Además, hay una acción de derecho común que no le será rehusada estando en vías de usucapión: es la acción *publiciana*. Ella permite responder por una réplica de dolo a la excepción *justi dominii* del propietario para hacerse indemnizar.

(4) Paulo, L. 23, § 5, D., *de rei vind.*, VI, 1: *Item quaecumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest ut separentur, et tunc vindicentur.*

ad exhibendum para obtener la separación. Sin embargo, si el propietario de la cosa principal ha realizado la unión *de mala fe*, se le considera como causante de haber hecho perecer por dolo la cosa accesoria, y la acción *ad exhibendum* se da contra él, para obtener, no la separación, por ser imposible o estar prohibida, pero sí el pago de una indemnización. No ocurre eso contra un poseedor *de buena fe*, y el antiguo dueño de lo accesorio no tiene otro recurso para hacerse indemnizar que una acción *in factum* (5).

Sin embargo, la ley de las XII tablas contenía una disposición especial para el caso en que el propietario hubiese construído sobre su terreno, incorporando al edificio materiales robados, *tignum furtivum*. Aun prohibiendo, según ya hemos visto, al dueño de estos materiales ejercitar la acción *ad exhibendum* para demoler el edificio, le da una acción especial, la acción de *tigno juncto*, por la cual puede obtener del constructor, mientras la casa esté en pie, el doble del valor de los materiales (6). ¿Pero está con esto suficientemente indemnizado? Hay que distinguir lo siguiente: contra un constructor de buena fe, debe contentarse con el doble obtenido por la acción *tigno juncto* (I., § 29, *de rer. div.*, II, 1); pero contra un constructor de mala fe, puede, además, ejercitar, bien sea la acción *ad exhibendum* para ser indemnizado, o bien la *rei vindicatio* de los materiales, después de la caída del edificio (Ulpiano, L. 1, § 2 y L. 2, D., *de tign. juncto*, XLVII, 3).

Para completar este sumario hay que añadir que, caso de haber sido robada por el propietario de la cosa principal la cosa accesoria, está siempre expuesto a todas las acciones que el Derecho común otorga a la víctima de un robo contra el ladrón (I., § 26, *ht.*—V. núms. 451 y 452).

186.—II. *De las adquisiciones resultantes para los propietarios ribereños de la vecindad de un curso de agua.*—El *aluvión*, el *cauce* abandonado y la *isla* que se forma en medio de un río pertenecen a los propietarios ribereños.

a) *Del aluvión.*—El lodo y los restos arrastrados por un río, depositándose lentamente en la orilla, la hacen crecer de una manera insensible: este crecimiento es lo que constituye el *aluvión*. Nadie puede reclamar la propiedad de estas moléculas añadidas una a una, y cuyo progreso escapa a la vista. Es, por tanto, natural que el propietario del campo aumentado de esta manera sea el propietario del *aluvión* (Gayo, II, § 70.—I., § 20, *ht.*).

Pero ocurre de distinta manera si la violencia de la corriente arranca una porción de un terreno, añadiéndolo a otro campo; la tierra así arrastrada no cambia de dueño, y su propietario puede reclamarla (1).

b) *Del cauce abandonado.*—Ya hemos dicho que el cauce de un río no es más que la continuación de las propiedades ribereñas. Mientras que el agua desliza en este cauce, queda paralizado el derecho de los

(5) Paulo, L. 23, § 5, D., *de rei vind.*, VI, 1 ... *Ideoque in omnibus his casibus in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.*

(6) Cf. Ulpiano, L. 1, pr., D., *de tigno juncto*, XLVII, 3. La acción sólo se da tratándose de materiales robados, *tignum furtivum*. Esta solución, aunque de otros controvertida, se apoya sobre la afirmación de Ulpiano, sobre la colocación del título de *tigno juncto*, en el Digesto (XLVII, 3), a continuación del título *de furtis* (XLVII, 2), y sobre el hecho de que la acción de *tigno juncto* figura en el edicto después de la acción *furti* (V. Lenel, *Edit. perp.*, II, p. 53).

186. (1) Gayo, § 71.—Sin embargo, nuestros antiguos autores creían que si la porción de terreno se une íntimamente al fundo al cual ha sido agregada, sea por efecto del tiempo o porque los árboles que lleva tengan raíces, entonces se hace propiedad del dueño de este fundo, en virtud de una especie de accesión (Cf. Pothier, *De la propiedad*, n.º 158). En este sentido: Gayo, L. 7, § 2, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.—Ulpiano, L. 9, § 2, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2.—Esta solución es dudosa en Derecho Romano, pero ha influído sobre la redacción del artículo 559, C. C.

ribereños, puesto que el agua, en su conjunto, es cosa pública; pero si el río cambia su curso, los ribereños son los propietarios del cauce abandonado (2). Para hacer entre ellos el reparto, se divide el cauce por una línea media en el sentido longitudinal, y de los límites de cada propiedad ribereña se bajan, sobre esta línea, las perpendiculares (I., § 23, *ht.)*.

Los terrenos invadidos por el río en su nuevo curso se hacen cosa pública. Si a su vez este cauce es abandonado, se reparte también entre los ribereños, sin miramiento de los antiguos límites de las propiedades (I., § 23, *ht.)*. Esta disposición es muy sabia, por ser éstos fenómenos físicos que sólo se realizan en lejanos intervalos, y la averiguación de los antiguos límites suscitaría serias dificultades. Sin embargo, si el río había invadido una propiedad toda entera, y más tarde volvía a su antiguo cauce, el propietario despojado ya no podía reclamar nada sobre estas tierras, que se repartían los ribereños: y como esto era injusto, parece que por razón de equidad decidieron que el terreno volviese a su propietario (3).

c) *De la isla.*—Una isla puede nacer en un río de diferentes maneras. Si las aguas se dividen y rodean un campo no cambia de dueño (I., § 22, *in fine, ht.)*; pero si el río queda al descubierto una parte de su cauce, o si forma un depósito que se eleva poco a poco por debajo de las aguas, esta isla pertenece a los ribereños del lado donde se encuentra; y encontrándose en medio del río, es de los ribereños de los dos lados, lo mismo que el cauce abandonado (I., § 22, *ht.)*. El principio de adquisición es el mismo, puesto que se trata de una porción del cauce que, no estando ya cubierto por las aguas, deja de ser pública para hacerse propiedad privada (Pomponio, L. 30, § 2, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).

Estas soluciones no eran aplicables a los *agri limitati*, cuya cabida estaba determinada por límites fijos (Florentino, L. 16, D., *eod.*—V. número 156, 2). Pero en el II siglo se admitía que los propietarios de estos terrenos ribereños de un río pudiesen, por ocupación, adquirir el aluvión, la isla y el cauce abandonado (Ulpiano, L. 1, § 7, D., *de flumin.*, XVIII, 12).

187.—III. *De la especificación.*—Los glosadores han dado el nombre de *especificación* a un caso especial de adquisición que se presenta cuando un obrero o un artista hace un objeto nuevo, *species nova*, con una materia que transforma: por ejemplo, una estatua con un bloque de mármol, una alhaja con un lingote, una barca con madera, y el vino con las uvas. Si la materia le pertenece, no se suscita ninguna dificultad, porque entonces le pertenece también el objeto nuevo; tampoco hay dificultad si obra por cuenta del propietario, puesto que la convención habida entre ellos regula el destino del objeto (Callistrato, L. 25, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).

Pero ¿a quién debe pertenecer el objeto nuevo cuando el obrero lo ha hecho con materia de otros, sin consentimiento del propietario? Esta cuestión, bastante delicada, era diversamente resuelta por los jurisconsultos romanos.

Los Sabinianos pensaban que la cosa creada por el obrero no es más que una modificación de la materia, sin la cual no hubiera podido ser

---

(2) V. n.° 140, 2 y nota 3.—Ad Pomponio, L. 30, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Celsus filius... sit... quia solum ipsum meum privatum est, usus autem ejus publicus intelligitur. Et ideo, cum exsicatus esset alveus, proximorum fit quia jam populus eo non utitur.*—L. 30, § 3, D., *eod...: Flumina enim censitorum vice funguntur ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum...*—*Cf.* art. 563, C. C. y L. 8 abril 1898.

(3) Cf. en este sentido, Gayo, L. 7, § 5, D., *de adq. rer. do.*, XLI, 1.—No es necesario hacer observar que una sencilla inundación no arrastra ninguna mutación de propiedad. (L. 7, § 6, D., *eod.*—I, § 24, *ht.)*.

hecha, no admitiendo, por consiguiente, que hubiera mutación de la propiedad; por eso el objeto queda del propietario de la materia, salvo indemnización para el obrero de buena fe. Los Proculeyanos, al contrario, consideraban sobre todo la forma. Para ellos, la materia transformada por el obrero ya no existe, y es reemplazada por un objeto nuevo que aun no pertenece a nadie, y del cual se hace propietario el obrero, como primer ocupante, salvo indemnización para el dueño de la materia (L. 7, § 7, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Entre estas dos absolutas teorías, algunos jurisconsultos proponían un sistema de conciliación que confirmó Justiniano, y descansa sobre una distinción. Si el objeto fabricado puede volver a tomar su antigua forma, la cosa primitiva no está destruída, y puede renacer; así que no hay cambio de propietario. Pero si el objeto ya no puede volver a su primer estado, es, en realidad, una cosa nueva, que por ocupación se hace propiedad del obrero (Paulo, L. 24, y L. 26 pr., D., eod.—I., § 25, *ht.)* (1).

¿Cuál es el fundamento de una adquisición de propiedad, cuando resulta de la especificación? Podía verse un caso de accesión, donde tanto la materia como la mano de obra sería cosa principal (2). Pero esta idea es ciertamente extraña a los jurisconsultos romanos, puesto que en el sistema que ha prevalecido, una estatua de bronce, obra de arte, pertenece al propietario del metal, y el vino al obrero. Para ellos, sólo se trata de saber si en la materia destruída en su identidad hay o no cosa nueva. Si subsiste la materia, no cambia de dueño. Si la materia es anulada, hay creación de una *species nova* que es *res nullius*, y pertenece al obrero por una ocupación especial, por una toma de posesión, resultado de la misma fabricación (3).

La adquisición así motivada se justifica independientemente de la buena o de la mala fe del obrero, y lo mismo si él ha robado la materia, aunque entonces está expuesto, por parte del antiguo propietario, a todas las acciones dadas en caso de robo (4).

187 bis. IV. *De la confusión y de la mezcla.*—Hay *confusión* cuando los líquidos o metales en fusión, perteneciendo a propietarios diferentes, son mezclados juntos; y hay *mezcla* si se trata de cuerpos sólidos, como medidas de trigo o rebaños de carneros.

1. En los dos casos, habiendo sido mezcladas las cosas de común acuerdo entre los propietarios, el todo es común, puesto que es un resultado de propia voluntad, y la base de esta traslación de propiedad hace que cada dueño de una de las cosas sea copropietario de todo; es una tradición recíproca.

2. Pero, ¿cuál es el efecto, si la confusión o la mezcla han tenido lugar por azar o por la voluntad de uno solo? En este caso no se puede decir que las partes hayan querido la comunidad del resultado; así que esta comunidad sólo existe obligada por la fuerza de las cosas, de lo cual resultan las soluciones siguientes: a) Cuando hay *confusión*, si las materias pueden ser separadas, cada propietario conserva lo suyo, y

187. (1) Cuando el obrero ha hecho el objeto nuevo, empleando por partes su cosa y la de otro, Justiniano, sin razón sería, abandona este sistema intermedio para atribuir siempre el objeto al obrero (I, § 25, *in fine, ht.)*.

(2) Es la solución del Código civil en los arts. 570 y 571.

(3) Gayo, L. 7, § 7, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *...Quia quod factum est antea nullius fuerat.* Paulo, L. 3, § 21, D., *de adq. vel amit pos.*, XLI, 2: *...Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi ejus quod nostrum non sit: velut... pro suo sicut in his quae terra marique... capimus vel quae ipsi ut in rerum natura essent, fecimus.*

(4) En este sentido, Gayo, II, § 79, *in fine.*—V., sin embargo, Paulo, L. 12, § 3, D., *ad exhib.*, X, 4.

N. del T.—Aunque en el texto se habla sólo del obrero que realiza la especificación, debe entenderse en general el especificante, es decir, el que hizo o mandó hacer, porque no tanto se considera aquí al operario como a aquel por cuya cuenta se trabaja, *cujus nomine factum sit* (L. 27, § 1, *de adq. rer. dom.)*.

entonces no hay mutación de propiedad (Callistrato, L. 12, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Si, al contrario, la separación es imposible, el todo es común, no por accesión, puesto que ninguna de las cosas tiene individualidad preponderante, y sólo son masas informes, pero sí por una necesidad de hecho que lleva consigo una adquisición natural de un género muy especial. El reparto se obtiene por la acción *communi dividundo*. Por otra parte, si la confusión operada por voluntad de uno solo ha producido una *species nova*, se aplican las reglas de especificación; b) Cuando hay *mezcla*, las cosas, granos de trigo, corderos, conservan físicamente una existencia distinta, y cada propietario puede reivindicar sus bienes. Sin embargo, como se pueden escoger los corderos, lo que no ocurre con los granos, se reivindican individuos en un caso, y en el otro cantidades (1).

188.—V. *De la adquisición de los frutos.*—1. *Noción y atribución de los frutos.*—Entre los productos de las cosas, hay algunas a las cuales se las da particularmente el nombre de frutos, *fructus:* son los productos conformes al destino de la cosa productiva, y que renacen periódicamente, de suerte que vienen a constituir una renta. Son, por ejemplo, las cosechas, el vino, las legumbres, la lana y la cría de los animales (1).

Los productos que no ofrecen estos caracteres no se consideran como frutos *in fructu non sunt*, y por eso los árboles de un bosque no son frutos (L. 7, § 12, D., *solut. matr.*, XXIV, 1). Pero si el propietario, cortándolos regladamente, organiza una explotación periódica, da a estos árboles el carácter de frutos (L. 48, § 1, D., *de usufr.*, VII, 1).

La cuestión era más delicada para el hijo de una mujer esclava, estando aún en controversia en tiempos de Cicerón (De *fin.* I, 4.—Ulpiano, L. 68, pr., D., *usufr.*, VII, 1). Pero se terminó por decidir en justicia que el hijo de una esclava no era un fruto; y no fué el respeto a la dignidad humana lo que hizo admitir esta solución, aunque lo digan Gayo y las *Instituciones* de Justiniano (L. 28, § 1, D., *de usur.*, XXII, 1. I., § 37, *ht.)*, pues semejante motivo no sería invocado en un pueblo que admite la esclavitud. Ulpiano da la verdadera razón al afirmar que ése no es el destino de una esclava, puesto que el provecho que el dueño espera consiste en los servicios que pueda prestar en las adquisiciones que realiza por su intermedio, y no en los hijos que nacen (2).

Pero todos los productos periódicos y conformes al destino de la cosa son frutos, sin necesidad de tener que distinguir si nacen sólo por la fuerza de la Naturaleza *(frutos naturales)* o por la industria y el trabajo del hombre *(frutos industriales)*, y por eso la recolección de los cereales, la leche y la cría de los animales son frutos. Se asimilan a los frutos por extensión las utilidades habidas indirectamente de las cosas, como el alquiler de las casas y de los fundos de tierra, y el interés de las cantidades en dinero. Estos no son frutos, propiamente dichos, nacidos de la misma cosa (L. 121, D., *de verb. sign.*, L. 16); pero el Derecho los considera como si fueran frutos (L. 34 y L. 36, D., *de usur.* XXII, 1), y los comentaristas los llaman *frutos civiles* (3).

---

187 bis. (1) Cf. sobre estas diferentes soluciones: Gayo, L. 7, § 8, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.—Ulpiano, L. 3, § 2, y L. 5, pr., D., *de rei vind.*, VI, 1.—Paulo, L. 4, D., *eod.*—I, §§ 27 y 28, *ht.*

188. (1) Cf. Paulo, L. 77, D., *de verb. sign.*, L. 16.—Gayo, L. 28, pr., D., *de usur.*, XXII, 1.—V. también n.° 227, *in fine.*

(2) L. 27, pr., D., *de hered. petit.*, V. 3: *Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur ut pariant...*

(3) Estas distinciones en frutos naturales, industriales y civiles sólo están en germen en el Derecho Romano. En nuestras leyes tienen un carácter bastante más preciso (Cf. artículos 583 y 584, C. C.).

N. del T.—Véase, sobre esta materia, a Glück-*Czyhlare-Pand*, l. XLI, y a Mancaleoni, *Studio sull' acquisto dei frutti*, 1896.

189.—En un principio, el propietario de alguna cosa era igualmente propietario de los *frutos* y *productos*, sin distinción, que ella pudiese producir. En efecto, en tanto que no están separados de la cosa, forman parte integrante de ella (L. 44, D., *de rei vind.*, V, 1). Según esto, el propietario del todo lo es igualmente de cada una de las partes, y continúa siéndolo aun cuando alguna de estas partes, es decir, los frutos y los productos, estén separados de las cosas y adquieran una existencia distinta; poco importa por quién haya sido hecha la *separación*. La adquisición de los frutos y productos por el propietario es consecuencia natural de su derecho de propiedad (I., § 19, *ht.)*, y se justifica sin necesidad de invocar la accesión.

Por excepción, los *frutos* propiamente dichos pueden ser adquiridos por otros además del propietario; lo que tiene lugar: a) Cuando el *jus fruendi* pertenece a un tercero, bien sea por consecuencia de un derecho real constituído en su provecho, tal como el *usufructo* (V. núms. 227 y 228), el *jus in agro vectigali* y la *enfiteusis* (V. n.º 239), o bien por efecto de un contrato de arrendamiento, el cual permite al *colono* disfrutar de la cosa arrendada y percibir los frutos mediante un precio pagado al propietario (V. n.º 376, II, 1), y b) Cuando la cosa está en manos de un *poseedor de buena fe*. Este es el lugar para insistir sobre este caso especialísimo de adquisición.

190.—2. *Adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.*—Se llama poseedor de buena fe al que posee una cosa creyendo ser su propietario. Esta situación implica una doble condición: a) Un *título justo*, es decir, una causa, teniendo por efecto ordinario una traslación de propiedad, como una venta, sin haber llegado a este resultado, por no ser propietario el enajenante, y b) *La buena fe*, es decir, la ignorancia del poseedor del vicio que impidió que no le fuese transferida la propiedad. Por ejemplo: Ticio compra una *res nec mancipi* de una persona que no es propietaria, recibe tradición y paga su precio: la propiedad la tendría si el vendedor hubiese sido el propietario, pero como compró a *non domino*, este vicio, que ignoraba, ha impedido la traslación de propiedad, y sólo resulta un poseedor de buena fe (1). En principio, el que posee una cosa de buena fe adquiere los frutos por el motivo expuesto, en cuanto a los frutos, como un verdadero propietario (2). Es equitativo y natural, pues él cree tener la propiedad, y en esta creencia ha recogido los frutos habiéndolos consumido o aprovechado su valor, por lo que sería muy difícil hacérselos devolver, tanto en materia como en dinero, al propietario, quien casi siempre tiene que reprocharse su negligencia.

Para el poseedor de buena fe, estando asimilado a un propietario en lo concerniente a los frutos, resultaban las siguientes consecuencias: a) Adquiere *todos los frutos*, tanto los naturales como los industriales (3). Pero la asimilación está limitada a los frutos. Los hijos de una mujer esclava, aun poseyéndola de buena fe, no le pertenecen desde su nacimiento (L. 48, § 6, D., *de furt.*, XLVII, 2); y sólo por usucapión puede hacerse propietario de ellos (L. 4, pr., *pro suo*, XLVII, 10). Los

---

190 (1) I, § 35, *ht.*: *Si quis a non domino quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura...* (V. sobre las últimas palabras, de la nota 3, *in fine)*.

(2) Juliano, L. 25, 1, *de usur.*, XXII, 1: *...Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus, id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.*

(3) Paulo, L. 48, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *...Suos interim facit non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est...* Ad. Juliano, I, 25, § 1, D., *de usur.*, XXII, 1. Algunos jurisconsultos limitaban la adquisición del poseedor de buena fe a los frutos industriales, atribuyéndolo a recompensa de sus cuidados: Pomponio, L. 45, D., *de usur.*, XXII, 1. Esta opinión es contraria a las *Instituciones* de Justiniano (V. más arriba, nota 1, *in fine)*, y no ha prevalecido.

frutos le pertenecen inmediatamente de ser separados de la cosa, *separatione*, no siendo necesario que los haya percibido, es decir, recolectado por él mismo o algún intermediario, puesto que se hace propietario desde el momento que tienen una existencia distinta a la cosa, sea quien sea el autor de la separación. Por eso, cuando un ladrón se ha apoderado de una cosecha, todavía pendiente, el poseedor de buena fe de este fundo puede ejercitar contra él la *rei vindicatio* (4).

La adquisición de los frutos está supeditada a la buena fe del poseedor, puesto que el poseedor de mala fe no es digno de ningún favor (I. § 35, *in fine*), así que no basta que el poseedor haya sido de buena fe desde su entrada en posesión, porque cada percepción de frutos es un hecho distinto, apreciado aisladamente, y desde el momento que cesa la buena fe, el poseedor cesa también de hacer suyos los frutos (5).

191. De los principios que preceden, resulta que si el propietario de la cosa la reivindica y obtiene sentencia favorable, el poseedor de buena fe conserva todos los frutos adquiridos, *separatione*, hasta la *litis contestatio*, no teniendo obligación de entregar con la cosa más que los productos aún no usucapidos (1). No es dudoso que ésta haya sido la solución en el Derecho clásico, en presencia de los textos que dan sobre los frutos al poseedor de buena fe todos los derechos del propietario.

Pero las *Instituciones* de Justiniano sancionan otra teoría, según la cual el poseedor de buena fe debe restituir al propietario, con la cosa, los frutos *existentes aún naturalmente* entre sus manos en el día de la *litis contestatio*, quedándose únicamente con los que hubiera *consumido* (2). Esta doctrina del Bajo Imperio parece ser una consecuencia tardía del senadoconsulto *Juvenciano*, habido bajo Adriano, según el cual, el poseedor de buena fe de una sucesión demandada en justicia por petición de herencia, debía entregar al heredero todo con lo que él se había enriquecido. Este mismo principio se extendió al poseedor de buena fe de una cosa particular demandada en reivindicación por el propietario. Pero la cuestión de enriquecimiento presentaba dificultades de prueba, y sin duda por esta razón se aplica una regla más sencilla, obligando al poseedor de buena fe a devolver los frutos aún existentes (3).

No se puede concluir afirmando que, bajo Justiniano, el poseedor de buena fe no adquiere más que los frutos *separatione*, y que no los hace suyos, sino consumiéndolos; de ser así, el propietario de la cosa sería también propietario de los frutos no consumidos, porque podría reivindicarlos contra los terceros, habiéndolos enajenado el poseedor de buena fe; y si la cosa había perecido, podía también ejercitar contra este poseedor una *rei vindicatio* especial de los frutos aún existentes. Según

(4) Paulo, L. 48, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *...Denique etiam priusquam percipiat statim ubi a solo separati sunt bonae fidei emptoris fiunt...* Ad. Juliano, L. 25, § 1, *in fine*, D., *de usur.*, XXII, 1. No hay que tomar al pie de la letra los textos que unen la adquisición al hecho de la percepción (C. I, § 35, ht.). Emplean la palabra *percipere* para apuntar el caso más frecuente.

(5) Tal es la opinión que prevalece: Ulpiano, L. 23, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. Paulo, L. 48, § 1, D., *eod.* En sentido contrario: Juliano, L. 25, § 2, *de usur.*, XXII, 1. La solucion era diferente en materia de usucapión (V. n.° 201).

191. (1) Para los frutos a restituir según la *litis contestatio*. V. n.° 771.

(2) I, § 35, *ht.*: *Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* I, § 2, *de of. judic*, IV, 17. Es difícil saber en qué fecha se admitió esta nueva doctrina, pues si una Constitución de Diocleciano, la L. 22, C., *de rei vind.*, III, 32, da ya esta solución en 294, en cambio, otra Constitución de Valentiniano y Valerio, no sospechosa de interpolación, refleja aún en 369 la antigua teoría. L. 1, C. *Th.*, *de fructib.*, IV.

(3) Esta solución sólo tiene una apariencia de equidad, puesto que el poseedor de buena fe ha debido proporcionar el gasto a su renta, y la restitución de los frutos no consumidos puede originarle una pérdida. Por eso, el legislador moderno la ha repudiado justamente para volver a la doctrina clásica (Cf. art. 549, C. C.).

esto, ninguna de estas soluciones está admitida por los textos, que no dan ninguna acción al propietario para reclamar los frutos, considerados aisladamente. Es tan sólo en la instancia en reivindicación de la cosa productiva donde el juez puede ornedar al poseedor de buena fe devolver los frutos existentes el día de la *litis contestatio* (4). Concluímos, por consiguiente, que adquiere siempre los frutos por simple separación; pero que si es demandado en reivindicación por el propietario de la cosa, está obligado a transferirle la propiedad de los frutos aún existentes.

§ 5.—De los modos de adquisición del Derecho civil.

192.—Entre los modos de adquirir la propiedad organizados por el Derecho civil están los que suponen el acuerdo previo de dos partes, queriendo operar del uno al otro una transferencia de propiedad, y realizándola con ayuda de las formas civiles. Tales son la *mancipatio* y la *in jure cessio*. Los otros producen su efecto sin que haya habido acuerdo entre el propietario y el adquirente. Estos son la *usucapion*, la *adjudicatio* y la *lex*.

I.—De la "mancipation".

193.—La *mancipation* era ya conocida antes de la ley de las XII tablas (1). Se realiza *per aes et libram*, por medio de cobre y de la balanza. Es una venta ficticia, *imaginaria venditio* (Gayo, I, § 119). Se hace de la manera siguiente:

El enajenante y el adquirente se reúnen delante de cinco testigos y un *libripens* o portabalanza (2). Todos deben ser púberos y disfrutar del *commercium* (Ulpiano, XIX, §§ 3 y 4). Es necesario también que la cosa de la cual se trata de transferir la propiedad esté presente, a menos que fuese un inmueble, en cuyo caso esta condición, que era incómoda e imposible de cumplir, no era exigida (Gayo, I, § 121). El adquirente, entonces, coge con la mano la cosa objeto de la mancipación y declara ser su propietario según el Derecho civil, por haberla comprado con ayuda del cobre y de la balanza. Finalmente, golpeaba en la balanza con una pieza pequeña de cobre, que entrega al enajenante, para simular el precio (3), consumándose de esta manera la transferencia de la propiedad. La ley de las XII tablas confirma expresamente las cláusulas formuladas en la declaración o *nuncupatio* del adquirente (4). En caso necesario, esta traslación puede ser probada por los testigos que asistieron al acto.

---

(4) Cf. L. 22, C., *de rei vind.*, III, 32: *...Fructus solere cum ipsa re praestare...*

193. (1) Fr. Vat., § 50: *...Et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat...* Sin embargo, la mancipación no se puede remontar antes de época desconocida, donde al lado de las cabezas de ganado los romanos empleaban también lingotes de cobre o moneda al peso, que implica el peso del cobre.

N. del T.—Véase Longo, *La mancipatio* (Florencia, 1866) y Brezzo, *La mancipatio* (Turín, 1890).

Como sostienen los autores más distinguidos, el carácter primitivo de la *mancipatio* en el Derecho clásico no fué el de una *venditio simbolica*, sino que fué, sin duda, el de una verdadera y efectiva compraventa.

(2) Varios documentos hacen mención también de un personaje llamado *antestatus*. Su papel parece que consistía en convocar los testigos y los *libripens*, cuidando del cumplimiento de su misión. Era el primero de los cinco testigos, según lo prueba el testamento de C. Longinos Castor (Girard, *Textos*, pág. 805).

(3) Gayo, I, § 119: *Is qui mancipio accipit rem tenens ita dicit: «Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra»; deinde aere percutit libram, idque aes dat et a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

(4) Festo, V.° *Nuncupata; Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit,*

Estas formalidades encuentran su explicación en el Derecho primitivo, y por eso, probablemente, los cinco testigos representaban las cinco clases del pueblo, el que estaba llamado a consagrar la adquisición (Festo, V.° *Classici testes).* En cuanto al portabalanza, su presencia viene de que en el origen el metal que servía de precio en las ventas se apreciaba por su peso (V. n.° 360, nota 5), pues era preciso pesar las piezas de cobre rudas, que eran las únicas que estaban en uso. De manera que esta operación, indispensable en una venta verdadera, debía reproducirse en el estado de ficción en una venta imaginaria. Por último, este acto completo le venía su nombre del hecho del adquirente, quien cogía con la mano el objeto de la mancipación (5).

194.—El efecto de la mancipación era un traspaso inmediato de la propiedad, cuyo efecto no podía suspenderse por ningún término ni condición, porque las palabras pronunciadas por el adquirente aseguran un derecho actual y verdadero (Fr. Vat., § 329). Pero la mancipación no da la posesión, y el adquirente posee tan sólo, si la cosa le ha sido entregada. Si el enajenante no ha hecho la tradición en el mismo momento de la mancipación, el adquirente puede forzarle, ejercitando contra él la *rei vindicatio* (Cf. Gayo, IV, § 131, *in fine).* La mancipación era el modo ordinario de enajenación de las *res mancipi,* y parece cierto que aplicada a una *res nec mancipi* no producía ningún efecto (Cicerón, *Topic.,* 10) (1). Además, ya hemos visto que se usaba también la mancipación para crear sobre una persona libre la *manus* y el *mancipium* (Gayo, I, § 117 y 118), extendiéndose también este procedimiento a la transmisión del conjunto de un patrimonio, constituyendo un modo de testar en vigor hacia el fin de la República: el testamento *per aes et libram* (V. n.° 537, 2 y 3).

La mancipación está todavía citada en las Constituciones del siglo IV (L. 7, C. Th., *de donat,* VIII, 12, año 355). Desapareció con las *res mancipi,* y no hay cuestión sobre ella bajo Justiniano. La tradición es bastante en lo sucesivo para transferir la propiedad.

---

ita jus esto. Por eso eran válidas las restricciones que los términos de la *nuncupatio* llevaban a la enajenación: mucho más si la cosa se había adquirido *deducto usufructu* o *deducta servitute.* Lo mismo ocurría en caso de *in jure cessio* (Cf. Fr. Vat., § 50).

(5) Gayo, I, § 121: *...Adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur.* Esta formalidad era exigida con tanto rigor para los muebles, que no se podía adquirir por una sola mancipación mientras no fuese posible cogerlo con la mano. Ulpiano, XIX, § 6: *Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt; inmobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt.*

N. del T.—Con referencia al texto de la ley de las XII tablas que se cita en la nota 4 anterior del autor, es indiscutible, como se deduce del mismo, que las partes podían, además, añadir a la *mancipatio* convenciones verbales que tenían fuerza obligatoria entre aquéllas; por ejemplo, *fundus uti optimus maximus* (Brissonio, *De formulis,* IV, 35); *cum instrumento, cum doliis, cum peculio (eod.* 41 y VI, 12); *detracto usufructu (Fragm. Vat.,* 47, 50, 80); *recepta servitute, receptis rutis caesis (eod.* VI, 27).

N. del T.—En relación a las citas de Gayo y Ulpiano, hechas en la nota 5 del autor, debe observarse que la *mancipatio* no importaba necesariamente la toma de posesión, puesto que la transmisión de la posesión era un acto separado y distinto de la mancipación. Gayo, II, 204; IV, 131, a; *Fragm. Vat.,* § 213; *Donatio Syntrophi* (Bruns, *Fontes,* n.° 104. página 297). Cuando iba acompañada de la transmisión de la posesión servía también para la traslación de la propiedad de las *res nec mancipi.*

194. (1) Sin embargo, algunos textos parecen establecer que, a veces, se valían de formas de la mancipación para enajenar objetos preciosos que no eran *res mancipi,* tales como las perlas gruesas, *uniones* (Plinio, *Hist. nat.,* IX, 35, *in fine).* Es fácil que en igual caso la tradición sola transfería la propiedad; pero la presencia de testigos y la solemnidad del *aes et libra* daban a esta traslación mayor certidumbre.

II.—De la "in jure cessio".

195.—Este modo de adquirir se remonta, lo mismo que la mancipación, a una época muy antigua y sin duda anterior a la ley de las XII tablas (V. n.º 193, nota 1). Mientras que la mancipación se realiza entre particulares, la *in jure cessio* exige la presencia del *magistrado*. He aquí cuáles son las formalidades:

El cedente y el adquirente comparecían *in jure*, es decir, delante del tribunal del pretor en Roma, y del presidente en las provincias. La cosa debe estar presente. Siendo un inmueble, era menester transportarle a estos lugares; pero es probable que en la época clásica no fuese exigida esta condición, contentándose con llevar un fragmento que representase el inmueble (Gayo, IV, § 17). El adquirente, poniendo entonces la mano sobre la cosa, afirma ser el propietario según el Derecho civil, y el magistrado pregunta después al cedente si opone alguna pretensión contraria. Si éste consiente en la enajenación y no protesta de dicha afirmación, el magistrado la sanciona, *addicit*, y declara propietario al adquirente (1).

En resumen, la *in jure cessio* no es más que la imagen de un proceso de reivindicación bajo las acciones de la ley; proceso ficticio, en que las partes están de acuerdo y donde todo se termina *in jure* por la adhesión del demandado, es decir, del cedente, a la pretensión del demandante. Gayo lo llama una *legis actio* (Gayo, II, § 24, *in fine)*, y las personas en potestad no podían usar este modo de adquisición, porque, no teniendo nada propio, tampoco podían, en justicia, afirmar la existencia de un derecho en beneficio suyo (Gayo, II, § 96).

196.—La *in jure cessio* tiene por efecto transferir inmediatamente al adquirente la propiedad de la cosa. Como en la mancipación, el término y la condición no pueden suspender el efecto de esta traslación, porque el adquirente afirma que actualmente es el propietario. En cuanto a la posesión, sólo le pertenece luego que exista la tradición.

La *in jure cessio* era aplicable a las *res mancipi;* pero su uso era menos frecuente que la mancipación, por exigir la presencia del magistrado (Gayo, II, § 25). Se aplicaba también a las *res nec mancipi*, y tratándose de cosas corporales, la tradición era mucho más cómoda. Por eso la

---

195. (1) Gayo, II, § 24: *In jure cessio autem hoc modo fit; apud magistratum populi romani, veluti praetorem, is cui resin jure ceditur, rem tenens, ita dicit: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio: deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit: idque legis actio vocatur.* Ulpiano, XIX, § 10; *In jure cedit deminus: vindicat is cui ceditur; addicit praetor.* Festo, V.º *Addicere; Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo.*

N. del T.—No exigiendo la mancipación la presencia del magistrado, como la cesión en juicio, era de uso más frecuente que ésta. Pero se debe recordar que la mancipación no se aplicaba en general a las cosas incorporales. De suerte que la *in jure cessio* era de uso indispensable para adquirir las cosas de esta naturaleza; por ejemplo, un usufructo, una servidumbre urbana. V. Borgna, *Le origini dell' in jure cessio* (Cagliari, 1896).

N. del T.—También entre los modos de adquirir del Derecho civil, anticuados ya en el Derecho justinianeo, se encontraban la *bonorum sectio* y *emptio sub corona.*

Los bienes sujetos al dominio del Estado por condena criminal, por conquista o por haber quedado vacantes, se vendían públicamente al mejor postor. Al principio, tales bienes se vendían en conjunto, como *universitas*, dejando luego la división de los mismos al cuidado del comprador, que precisamente por eso se llama *sector (secare*, dividir). Esta venta pública se denominaba *bonorum sectio*, o también *sub hasta venditio*, por la lanza, *hasta*, símbolo del dominio civil, que se levantaba en el lugar en que se realizaba la venta, y como se hacía al mejor postor, por eso se llamó *auctio*. La venta pública de los prisioneros de guerra se conocía también con el nombre de *emptio sub corona*, probablemente porque los prisioneros expuestos públicamente a la venta llevaban una corona en la cabeza. En la época imperial, los bienes del Estado no se vendían ya en conjunto, como una *universitas*, sino objeto por objeto, por lo cual desapareció el nombre de *sectio bonorum* y empezó a usarse el de *subhastatio*, nombre que se ha conservado en los Códigos modernos.

in jure cessio se empleaba, más que para nada, para la constitución de ciertos derechos reales a los cuales era imposible aplicar la mancipación: tales eran el usufructo, el *uso* y las *servidumbres prediales urbanas* (1). Así, que perdió su principal utilidad cuando se admitió que estos derechos eran susceptibles de ser establecidos por cuasi tradición. Todavía en vigor hacia el fin del siglo III *(Consult. veter. jurisc.*, VI, § 10), desapareció bajo Justiniano.

III.—De la "usucapión".

(I., *de usucapionibus et longi temporis possessionibus*, II, 6).

197. La *usucapión* es la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones: el justo título y la buena fe. Estas condiciones, tal como los jurisconsultos las han desarrollado y precisado, constituyen una teoría bastante complicada. También es probable que en su origen la usucapión obedeciese a reglas más sencillas.

Según una conjetura, muy plausible, el justo título y la buena fe no eran desde luego necesarios, pues era suficiente para usucapir una cosa apoderarse y hacer *uso* de ella (1). La inacción prolongada del propietario equivalía al abandono tácito de su derecho, y al cabo de un tiempo bastante corto, la adquisición era consumada en beneficio del poseedor (2). La ley de las XII tablas, remedió el peligro que podía ofrecer este modo de adquirir, prohibiendo la usucapión de las cosas robadas, y cuando la influencia de los jurisconsultos se hizo sentir sobre el derecho, se desarrolló la idea que estaba en germen sobre esta prohibición. Parecía justo rehusar el beneficio de la usucapión cuando no se podía apoyar la posesión sobre una base legítima, o cuando era clandestina, violenta u obtenida a título de *precario: clam, vi aut precario.*

Esta noción de una *justa causa possessionis*, un poco confusa al principio, se hace poco a poco más clara. Un análisis más preciso hace deducir del mismo la necesidad de dos condiciones: se exigía de una parte, entre el enajenante y el poseedor, una relación de derecho, anterior a la toma de posesión, y que fuese de naturaleza bastante para justificar la adquisición, es decir, el *justo título;* y por otra parte, la *buena fe* del adquirente.

Bastante tiempo después de haber fijado los jurisconsultos las condiciones necesarias para la usucapión, los textos señalaban otra institución destinada a proteger a los poseedores de fundos provinciales, para los cuales no se aplicaba la usucapión; es la *praescriptio longi temporis.* Justiniano fusionó esta *praescriptio* con la antigua usucapión. Estudiaremos tres teorías: la usucapión en el Derecho clásico, la *praescriptio longi temporis* y la nueva usucapión del Derecho de Justiniano.

---

196. (1) Ulpiano, XIX, § 9: *In jure cessio communis alienato est et mancipi rerum et nec mancipi...*—§ 11: *In jure cedi etiam res incorporales possunt, velut ususfructus, hereditas...* V. n.° 222, 1 y n. 697.

197. (1) Es, sin duda, de esta época cuando data la definición reproducida por Ulpiano y Modestino, y no hace ninguna alusión al justo título y a la buena fe. Ulpiano, XIX, § 8: *Usucapio est... dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii.* Modestino, L. 3, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Usucapio est adjectio dominii per continuationem temporis lege definiti.*

(2) *Usucapio* viene, pues, de *usu capere:* adquirir por el uso. En el Derecho antiguo se expresa la misma idea por las palabras *usus auctoritas*, que indican la protección concedida por la ley *(auctoritas)* al que hace uso de la cosa *(usus)* durante el tiempo fijado (Cicerón, *Topic.*, 4). El peregrino que no tenía el *commercium* no podía usucapir. Es lo que la ley de las XII tablas expresa de la siguiente manera: *Adversus hostem aeterna auctoritas esto* (Cicerón, *De offic.*, I, 12).

a) De la usucapión en el Derecho clásico.

198.—I. *Casos de aplicación y utilidad de la usucapión.*—Los textos clásicos nos señalan dos casos de aplicación de la usucapión.

1. Procura el *dominium ex jure quiritium* a quien tiene una *cosa in bonis*. Cuando se ha querido adquirir una cosa *mancipi*, y cuando se tiene solamente recibida tradición del propietario, se la tiene *in bonis*. Pero poseyéndola el tiempo querido, es decir, dos años por un inmueble y un año por un mueble, se hace uno propietario *ex jure quiritium*, como si se hubiese adquirido por *mancipatio* (Gayo, II, § 41). Una posesión pública y suficientemente prolongada completa de esta manera lo que la tradición tenía de insuficiente para transferir la propiedad de una cosa *mancipi*. La usucapión producía el mismo efecto en todos los demás casos en que se era propietario bonitario (Gayo, III, § 80).

2. Hace adquirir la propiedad al *poseedor de buena fe* que ha recibido una cosa *mancipi* o *nec mancipi* de una persona que no era propietario o no tenía poder para enajenar. Al fin de uno o dos años de posesión se hace ya propietario (Gayo, II, § 43). Esta segunda aplicación de la usucapión parece más difícil de justificar, porque ella tiene por resultado despojar al verdadero propietario.

Pero el interés privado de un propietario negligente debe ceder aquí a las consideraciones de orden público; importa, en efecto, que la propiedad no permanezca largo tiempo incierta: la usucapión pone un término a esta incertidumbre y no consagra, por otra parte, el derecho del poseedor de buena fe sino después de la expiración de un término suficiente para que el propietario pueda buscar y recobrar la cosa que le ha sido arrebatada (1). De otra parte, siempre es útil para el mismo propietario, porque estableciendo que ha poseído con las condiciones y durante el tiempo requerido para usucapir, puede probar fácilmente su derecho de propiedad, lo cual, sin este recurso, le sería dificilísimo. (V. n.º 770, 3).

199.—I. *De las cosas susceptibles de usucapión.*—En un principio, la usucapión se aplicaba a todas las cosas *corporales* susceptibles de propiedad privada, bien fuesen *mancipi* o *nec mancipi*. Por el contrario, no es aplicable: 1) A las cosas que no pueden entrar en el patrimonio de los particulares, tales como las cosas *divini juris*, las cosas *públicas*, el hombre libre (Gayo, L. 9, D., *de usurp.*, XLI, 3). 2) A los *fundos provinciales*, de los cuales no podían ser propietarios los particulares *ex jure quiritium* (Gayo, II, § 46). 3) A las cosas cuya usucapión estaba prohibida por la ley, de cuyas prohibiciones son éstas las más importantes: a) La ley de las XII tablas prohibía usucapir las cosas robadas *res furtivae*. Esta disposición fué confirmada por una ley *Atinia* hacia el fin del siglo VI de Roma (1). La ley *Plautia de vi*, del fin del siglo VII lo extendió a los muebles e inmuebles ocupados por violencia *res vi possessae*, renovándose bajo Augusto por una ley *Julia de vi* (Gayo, II, § 45). La prohibición que debió aplicarse desde luego al ladrón se hizo superflua para él al ser precisadas las condiciones de la usucapión

198. (1) Gayo, II, § 44: *Quod ideo receptum videtur ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.* Neratio, L. 5, pr., D., *pro suo*, XLI, 10: *Usucapio... constituta est, ut aliquis litium finis esset.* Ad. Cicerón, Pro *Caecina*, 26.

N. del T.—Gayo, fr. 3, *de usurp.*, XLI, 3.—D. *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent; cum sufficiret dominio ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

199. (1) Aulo Gelio, *Nuits at.*, XVII, 7; *Legis veteris Atiniae verba sunt; quod subreptum erit ejus rei aeterna auctoritas esto.*

que, siendo de mala fe, no podía usucapir, aunque quedó útil contra los terceros adquirentes de buena fe de la cosa robada (Gayo, II, § 49). Una vez castigado este vicio, la cosa robada se hacía susceptible de usucapión al ser recobrada por su propietario como cosa propia (Paulo, L. 4, § 6, D., *de usurp.*, XLI, 3): b) La ley de las XII tablas prohibía también la usucapión de las *res mancipi* pertenecientes a una mujer en tutela de sus agnados, a menos que lo hubiera entregado ella misma con la *auctoritas* de su tutor (Gayo, II, § 47); c) Los *praedia rustica vel suburbana* de los pupilos y de los menores de veinticinco años, cuya enajenación directa estaba prohibida por el senadoconsulto de Septimio Severo, no podían tampoco ser usucapidos por terceros, porque la usucapión no era más que una enajenación indirecta (Paulo, L. 28, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16).

200.—III. *De las condiciones requeridas para la usucapión.*—Tres condiciones son necesarias para usucapir: *una causa justa, la buena fe y la posesión durante el tiempo fijado.*

201.—1. *Una causa justa.*—Aquí, lo mismo que en materia de tradición, se entiende por *causa justa* o *justo título* (1) todo acto jurídico válido en Derecho, y que implica en el enajenante la intención de transferir la propiedad, y en el adquirente la de hacerse propietario (2). La tradición hecha *ex justa causa* tendría por consecuencia la transferencia de la propiedad en beneficio del adquirente, si no hubiera algún obstáculo a esta traslación; por eso la *venta* es una causa justa y el comprador que recibe tradición y paga el precio debía ser propietario.

Pero este resultado puede ser impedido, bien por la naturaleza de la cosa, si es una *res mancipi*, o bien porque el vendedor, no siendo el propietario, el comprador ha recibido la cosa a *non domino;* entonces posee *pro emptore* y puede usucapir (3). Lo mismo se posee *ex justa causa* cuando se ha recibido una cosa de alguno que no es propietario, seguido de una donación, *pro donnato*, o en virtud de un legado, *pro legato*, o también en un pago, *pro soluto* (4).

Si la posesión descansa sobre una causa nula, en principio no puede haber usucapión, aunque hubiese habido entre las partes intención de enajenar y de adquirir (Ulpiano, L. 1, § 3, D., *pro dote*, XLI, 9. Paulo, L. 1, § 1, D., *pro donato*, XLI, 6). Ya sabemos que a diferencia de esto, si el enajenante hubiese entregado su propia cosa en las mismas condiciones, hubiese también transferido la propiedad, puesto que la *justa causa* no es un elemento necesario de la traslación de propiedad por tradición (V. nº 175). En cambio, es esencial en materia de usucapión, porque sin ella no puede el adquirente ser puesto en situación de usucapir. Sin duda, esta diferencia viene de haberse mostrado más severo, tratándose de adquirir la cosa de otro, despojando así al propietario, sin su consentimiento.

202.—Pero, ¿qué decidir en el caso en que el poseedor crea en la existencia de una causa justa, que en realidad falta? ¿Puede usucapir en virtud de esta causa imaginaria, o, según la expresión sancionada por los comentaristas, en virtud de un *título putativo?* Esta cuestión dividió a los jurisconsultos romanos. Los unos niegan formalmente que el poseedor pueda usucapir en caso semejante (Ulpiano, L. 27, D., *de usurp.*,

---

201. (1) Diocleciano, L. 24, C., *de rei vind.*, III, 32: *Nullo justo título praecedente, possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet...* Ad. L. 4, C., *de usuc. pro her.*, VII, 29. *Justo título (justus a verus titulus)* es sinónimo de *justa causa.*

(2) L. C., *de ingen. man.*, VII, 14: *...Vero título quo dominia quaeri solent...*

(3) Si la venta es condicional, mientras la condición quede en suspenso la causa justa no tiene todavía existencia asegurada, y la tradición no pone al comprador en condiciones de usucapir. Paulo, L. 2, § 2, D., *pro empt.*, XL, 4.

(4) Estos sólo son ejemplos. Las causas justas están enumeradas y estudiadas en el *Digesto*, en títulos especiales (Cf. D., XLI, títulos 4 a 10, y L. 46, D., *de usurp.*, XLI, 3).

XLI, 3), y los otros se muestran partidarios de una solución más benévola, permitiendo usucapir al poseedor, habiendo motivos para creer que tiene causa justa y que su error es excusable. Así, Ticio dió orden a un tercero de comprar una cosa; recibe tradición de este mandatario, quien le persuade de haber sido hecha la venta, y entonces usucapirá (Africano, L. 11, D., *pro empt.*, XLI, 4). Lo mismo ocurriría si Ticio, creyéndose de buena fe acreedor de Mevio, quien se considera deudor, recibe de él, en pago, la cosa de otro (Pomponio, L. 3, D., *pro suo*, XLI) Por último, también el que recibe una cosa en virtud de un legado válido, pero revocado por un codicilo que ignora, puede todavía usucapir (L. 4, y L. 9, D., *pro legato*, XLI, 8).

En todas estas hipótesis, el error del poseedor es considerado como excusable, porque él descansa en el hecho de otro (1).

203.—2. *La buena fe.*—El poseedor es de *buena fe* cuando cree haber recibido tradición del verdadero propietario, o al menos de una persona que tenga el poder y la capacidad de enajenar (1). La buena fe descansa, pues, sobre un *error;* según esto, son posibles dos clases de errores: se puede ignorar un hecho, o equivocarse sobre algún punto de derecho. Por ejemplo, después de haber comprado una cosa y haber recibido tradición de un pupilo sin la *auctoritas* del tutor, se puede uno creer propietario, o porque se ha engañado sobre su edad, creyéndole púbero; éste es el *error de hecho;* o por haber creído que el pupilo podía enajenar sus bienes sin la *auctoritas* del tutor: éste es el *error de derecho* (Paulo, L. 2, § 15, D., *pro empt.*, XLI, 4). En lo concerniente a la usucapión, es un principio cierto que el error de derecho no permite nunca usucapir. El error de hecho sólo puede servir de base a la buena fe del poseedor; además, no es necesario que sea muy exagerado (2).

204.—En principio, la buena fe no es exigida desde el momento del acto jurídico que constituye la causa justa, sino solamente en el momento de la entrada *en posesión* (1).

La persistencia de la buena fe durante todo el tiempo de la posesón no era necesaria para usucapir, porque la posesión exigida forma un todo único y es apreciada en su principio (2). Sin embargo, ciertos jurisconsultos de la época clásica parece ser que sólo admitían esta solución en el caso en que el poseedor es un adquirente a título oneroso, habiéndose mostrado más severos para el adquirente a título gratuito, exi-

---

202. (1) Neratio formula esta idea en la L. 5, § 1, *in fine*, D., *pro suo*, XLI, 10: *...Quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

203. (1) Modestino, L. 109, D., *de verb. sing.*, L. 16: *Bonae fidei emptor esse videtu qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*—No hay que confundir la causa justa con la buena fe. La causa justa implica la intención de enajenar, mientras que la buena fe se refiere al poder de enajenar en el que hace la tradición, y se puede poseer *ex justa causa* sin ser de buena fe (Paulo, L. 2, § 1, D., *pro empt.*, XLI, 4). Además, se distinguen en que el poseedor que se pretende propietario por usucapión debe probar la causa justa, y no su buena fe, que ya se supone, salvo prueba contraria del adversario (Cf. L. 9, C., *de praescr. long. temp.*, VII, 33).

(2) Paulo, L. 31, pr., D., *de usurp.*, XLI, 3: *Numquam in usucapionibus juris error possessori prodest.* Pomponio, L. 4, D., *de jur. et fact.*, XXII, 6: *Juris ignoratiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.*—Paulo, L. 9, § 2, D., *eod.*: *...Si non... summa negligentia objiciatur.*

204. (1) Según ciertos jurisconsultos, si había excepción en caso de *venta*, la buena fe era requerida *en el momento* de la tradición, y también *en el momento del contrato.* Paulo, L. 2, pr., D., *pro empt.*, XLI, 4: *...In celeris contractibus sufficit traditionis tempus... at in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur.* Ad. L. 48, D., *de usurp.*, XLI, 3. Pero, según Ulpiano, la opinión contraria de los sabinianos había prevalecido. L. 10, pr., D., *de usurp.*, XLI, 3: *Sed obtinuit Sabini et Casii sententia traditionis initium spectantium.* Para caso de adquirir la posesión por un mandatario, V. el n.° 258, 2, y el n.° 261, nota 4.

(2) Es una diferencia con la adquisición de los frutos. El poseedor cesa de hacer suyos los frutos de la cosa el día que obra de mala fe; pero continúa usucapiendo. Paulo, L. 48, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI. V. n.° 190, *in fine.*

giendo entonces la continuación de la buena fe durante toda la duración del término requerido para la usucapión (3).

205.—3. *La posesión durante el término fijado.*—Para usucapir una cosa hay que poseerla *corpore et animo* (1). Poco importa, por otra parte, que el poseedor haya entregado a un tercero la detención material, pues continúa lo mismo, usucapiendo, porque se puede poseer *corpore alieno*. Esta posesión debe prolongarse durante un plazo que la ley de las XII tablas fijó en *dos años* para los *inmuebles* y *un año* para las *otras cosas*, y, por consiguiente, para las *muebles* (Cf. II, §§ 52 y 54) (2).

206.—La posesión debe ser continuada durante todo este tiempo sin ser interrumpida (1). La *interrupción* hace perder al poseedor el beneficio de la posesión anterior. Volviéndose a poner en posesión, sólo puede empezar una nueva usucapión con tal de que reúna todavía en este momento las condiciones de *justo título* y de *buena fe* (Juliano, L. 7, § 4, D., *pro empt.*, XLI, 4).

El Derecho clásico no admite la interrupción *natural* de la usucapión, es decir, la que resulta de la pérdida de la posesión, sea que el poseedor la haya abandonado voluntariamente, o que, en caso de fuerza mayor, se le haya hecho perder, bien que haya sido desposeído por un tercero (Gayo, L. 5, D., *de usurp.*, XLI, 3).

Si en este último caso se hace devolver la posesión por medio de interdictos, no hay menos interrupción.

Pero la usucapión no está interrumpida cuando el verdadero propietario ejerce contra el poseedor la *rei vindicatio*, pues continúa y puede terminarse durante el proceso. Si el demandante, hecho de esta manera propietario *inter moras litis*, concede a terceros derechos reales sobre la cosa, estos derechos son válidos y oponibles a todos. Pero esto no quiere decir que el demandante deba obtener la victoria de la cuasa en el proceso, porque el juez debe apreciar los hechos en el día de la *litis contestatio*. Si en este momento el demandante era aún propietario, debe triunfar, a pesar de la usucapión, cumplida más tarde. El demandado deberá, en efecto, por orden del juez, restituir la cosa al demandante, y además obligarse a indemnizarle en razón de los derechos reales, que ha podido ceder válidamente a terceros (2).

207.—*De la unión de posesiones.*—No es siempre necesario para usucapir haber poseído uno mismo durante todo el término fijado. El poseedor puede a veces unir a su posesión la de su autor, es decir, de aquel a quien ha sucedido en la posesión, y entonces se dice que hay

(3) En este sentido: Ulpiano, L. 11, § 1, D., *de publ.*, VI, 2. Justiniano, L. 1, § 3, C., *de usuc. transf.*, VII, 31. V. n.° 211, nota 1.

205. (1) Licinis Rufino, L. 25, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Sine possessione usucapio contingere non potest.*

(2) Este término se cuenta de día a día, y no de hora a hora. La usucapión empezada el día de las calendas de enero se termina en la primera hora de las calendas de enero del siguiente año, o del segundo año (Ulpiano, L. 6 y L. 7, D., *de usurp.*, XLI, 3, y Aulo Gelio, *Nuits at.*, III, 2).

N. del T.—Gayo, II, 42.—*Mobilium quidem rerum anno completur usucapio, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tab. cautum est.* En realidad, las XII tablas no hablaban de los edificios, sino solamente de los predios; pero muy pronto se equipararon aquéllos a éstos. Véase Cicerón, *Top.*, 4, 23, y Ulpiano, XIX, 8, que define la usucapión *dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel bienii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.*

206. (1) La interrupción de la usucapión se llama *usurpatio (de usui rapere)*. Paulo, L. 2, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Usurpatio est usucapionis interruptio.*

(2) Paulo, L. 21, § 2, D., *pro empt.*, XLI, 4: *Si rem alienam emero et cum usucaperem, eam rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litiscontestatione.* Gayo, L. 18, D., *de rei vind.*, VI, 1. V. n.° 335, II, 1, y nota 7.

N. del T.—C., I, 2 y 10, de *praesc-long. temp.*, VII, 33. C. 2, *ubi in rem.*, act. III, 19. De advertir es que, mientras la interrupción natural interrumpe la usucapión contra cualquiera, la civil no la interrumpe más que frente al propietario reivindicante. C. I, 3, de *ann. praescr.*, VII, 40.

accessio possessionum. Los principios sobre esto varían, según que se trate de una *sucesión universal* o a *título particular*.

a) *Sucesión universal*.—Después de muerto el poseedor, su patrimonio es recogido por un sucesor universal, esto es, por un heredero. La regla es que el heredero continúa la persona del difunto, continuando de esta manera su posesión, buena o mala. Así que, si esta posesión era de mala fe, el heredero no puede empezar a usucapir, aun siendo de buena fe (Papiniano, L. 11, D., *de div. temp.*, XLIV, 3). Pero si el difunto estaba en vías de usucapir, el heredero continúa aún siendo de mala fe (Paulo, L. 2, 19, D., *pro empt.*, XLI, 4). Esta idea está admitida de una manera tan completa, que importa poco que pase un intervalo entre el fallecimiento y la toma de posesión por el heredero: la usucapión no se interrumpe, y puede hasta cumplirse en dicho intervalo en beneficio del heredero (1).

b) *Sucesión a título particular*.—El poseedor de la cosa de otro la cede a título particular a otra persona, por ejemplo, en virtud de una venta o de una donación. La regla es diferente. El sucesor a título particular empieza para él una nueva posesión, independiente de la de su autor. Por consecuencia, siendo de mala fe, no puede prevalerse de la usucapión empezada por este último (Paulo, L. 2, § 17, D., *pro empt.*, XLI, 4). Pero teniendo justo título y buena fe, puede empezar una nueva usucapión (Ulpiano, L. 5, pr., D., *de div. temp.*, XLIV, 9). Además, si estuviese su autor en vía de usucapir, puede también unir la posesión de su autor a la suya; por eso, si el vendedor de un mueble lo ha poseído durante seis meses, el comprador termina la usucapión al final de otros seis meses. Esta solución fué sancionada por un rescripto de Septimio Severo y de Antonino Caracalla (I., § 13, *ht.*).

208.—IV. *Hipótesis particulares*.—Las *Instituciones* de Gayo nos dan a conocer casos en que la usucapión se realizaba sin causa justa y sin buena fe. Estas excepcionales hipótesis de la época clásica, pero que acaso sólo eran restos de la primitiva teoría de la usucapión (V. nº 197), desaparecieron en el último estado del Derecho Romano.

1. *Usucapio lucrativa "pro herede"*.—En el Derecho antiguo, cuando una sucesión estaba abierta, todo ciudadano, teniendo la capacidad de ser heredero; podía ponerse, aun de mala fe, en posesión de las cosas hereditarias, si el verdadero heredero no se había hecho todavía cargo de ellas, y al cabo de un año de posesión (1) había adquirido por completo la sucesión, obligándose en las deudas hereditarias y obligado a continuar los *sacra privata* del difunto (Cicerón, *De legib.*, II, 19). Esta usucapión no era posible habiendo tomado ya el heredero posesión de la herencia, puesto que al recogerla se cometía un robo (Gayo, 2, § 52, y III, § 20). No podía tampoco aprovechar al que había adquirido ya, antes de abrirse la sucesión, la posesión o una simple detención de las cosas hereditarias, por ejemplo, a título de arriendo o depósito, y no podía cambiar él mismo la causa de su posesión para invocar la *usucapio pro herede* (2).

Muchas conjeturas se han expuesto para explicar esta institución,

---

207. (1) Paulo, L. 30, pr., D., *ex quib. caus. maj.*, IV, 6: *...Possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur*. Cf. n.º 592.

208. (1) Gayo, II, § 54.—La ley de las XII tablas fijó en dos años el término de la usucapión para las *res soli* y de un año para las *ceterae res*. La herencia, no siendo *res soli*, fué tratada como las *ceterae res*. La *usucapio pro herede* continuó siendo anual, aun cuando hubiese servido para usucapir aisladamente inmuebles de la sucesión.

(2) Esta antigua regla está así formulada por varios textos: *Neminem sibi causam possessionis mutare posse* (L. 3, § 19, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 5). Sin duda alguna data de la época en que la usucapión no exigía ni justo título ni buena fe. Más tarde, cuando estas condiciones se hicieron necesarias, se limitó su dominio a la *usucapio pro herede*. Sin embargo, se encuentran también otros casos donde está invocada por los jurisconsultos

pero nos contentaremos con el motivo que da Gayo, que es el siguiente: Todo retraso del heredero en hacer adición traía consigo dos inconvenientes: el culto privado del difunto quedaba interrumpido, y los acreedores hereditarios no sabían a quién dirigirse para hacerse pagar. En una época en que no estaba asignado ningún plazo al heredero para que tomase su resolución de aceptar o no la herencia, la *usucapio pro herede* estaba entonces destinada a apresurar su aceptación, amenazándole con la pérdida de la herencia (Gayo, II, § 55). Por consecuencia, se hacía inútil cuando había un *heredero necesario* investido de pleno derecho en la sucesión, y, en efecto, Gayo nos demuestra que entonces era inaplicable (3). Bastante tiempo antes de Gayo, la *usucapio pro herede* perdió su carácter primitivo. La herencia, cosa incorporal, fué considerada como no susceptible de ser objeto de una verdadera posesión. Desde entonces se podían también adquirir por *usucapio lucrativa* las cosas corporales de la sucesión, pero no la misma herencia, y el adquirente ya no tenía la situación de un heredero (Gayo, II, § 54). Además, el interés religioso de los *sacra privata* se fué atenuando singularmente bajo el Imperio, aparte también de que los acreedores tenían un modo más eficaz de precipitar la aceptación del heredero, haciendo señalar por medio del pretor un término para que él tomase su resolución (V. n.º 591, b), y desde entonces, la *usucapio pro herede* ya no tenía razón de ser. Por eso, un senadoconsulto, publicado bajo Adriano, decidió hacerlo revocable en beneficio del heredero, quien podía quitar al poseedor los bienes de la sucesión, aun después de un año de posesión, ejercitando contra él la petición de herencia, aunque la usucapión quedaba opuesta a los terceros. (Gayo, II, § 57). Marco Aurelio fué todavía más lejos: organizó una persecución criminal, *crimen expilatae hereditatis*, contra los que se colocaban de mala fe en posesión de los bienes de una herencia (L. 1 y L. 2, D., *expil. hered.*, XLVIII, 19). Bajo Justiniano, no hay cuestión respecto de la *usucapio lucrativa*.

2. *Usureceptio*.—Es una usucapión en virtud de la cual un antiguo propietario podía, sin justo título ni buena fe, recobrar por la posesión *(usu recipere)* una cosa que había cesado de pertenecerle. Tenía lugar en los casos siguientes:

a) Ticio *deposita* un objeto precioso en casa de un amigo, y con objeto de permitirle más libertad para mejor guardarlo en su ausencia, le transfiere la propiedad, haciéndole prometer por un pacto de *fiducia* que le será restituído a su regreso; o bien cede una cosa a su acreedor para procurarle una *seguridad real*, comprometiéndose éste de la misma manera a volverle a transferir la propiedad previo pago. Si Ticio recobra la posesión de la cosa que cesó de pertenecerle, aun sa-

(Paulo, L. 1, § 2, D., *pro donato*, XII, 6). En nuestro Derecho, donde se puede adquirir por la posesión de treinta años, sin título ni buena fe, la máxima ha recobrado toda su importancia y está sancionada por los arts. 2.236 y 2.240, C. C.

(3) Gayo, II, § 58: *Sed necessario tamen herede extante, ipso jure nihil pro herede usucapi potest.* Ad. III, § 201. Estos textos, restituídos por Studemund, están de acuerdo con la L. 2, C., *de usuc. pro her.*, VII, 29. La utilidad de la usucapio lucrativa desaparece también cuando el heredero externo ha hecho adición. Pero Gayo nos demuestra que se podía también usucapir las cosas hereditarias mientras el heredero no estuviese en posesión de ellas. Esta solución, a nuestro juicio, se explica porque la toma de posesión es el índicio que revela al tercero el hecho de adición. Hasta aquí se puede creer vacante la sucesión y recogerla. Pero después de la toma de posesión por el heredero ya se sabe que existe un amo de los bienes de la sucesión, y recogiéndola se comete un robo (Cf. Gayo, II, § 52. III, § 201. L. 29, D., *de usurp.*, XLI, 3). Según ciertos autores, la usucapio lucrativa está prohibida en presencia de herederos necesarios, porque ellos están apoderados *de la posesión* de la herencia, mientras que el heredero voluntario, no estando apoderado, la usucapión puede realizarse, en tanto no haya tomado posesión de las cosas hereditarias. Pero esta teoría no está de acuerdo con la explicación de Gayo, encontrando solamente en los textos una base muy frágil.

biendo que posee la cosa de otro, recobra la propiedad después de un año, bien sea mueble o inmueble (4). La *usureceptio* facilitaba de esta manera al antiguo propietario la adquisición de una cosa a la cual tenía derecho.

b) Un bien afectado a la garantía de un crédito del Estado ha sido vendido por falta de pago. Si el deudor expropiado vuelve a tomar posesión, se hace propietario, pero únicamente después de dos años, si es inmueble. Esta *usureceptio* se llama *ex proediatura*, porque los adquirentes de los bienes vendidos en nombre del pueblo se llamaban *proediatores* (Gayo, II, § 61). Son los únicos detalles que tenemos sobre esta institución, que desapareció bajo Justiniano, lo mismo que las otras aplicaciones de la *usureceptio*.

209.—V. *Efectos de la usucapión.*—A contar del día en que la usucapión se realizó, se borró el vicio de la enajenación, y el poseedor llega a ser propietario *ex jure quiritium*, estando desde entonces provisto de la *rei vindicatio*. Está en la misma situación que si hubiese adquirido la cosa por *mancipatio* o *in jure cessio*, porque la adquiere tal como estaba en el patrimonio del antiguo propietario, con todas las ventajas que le estaban unidas, pero también con todas las cargas de que está gravada; de este modo las hipotecas y las servidumbres establecidas sobre la cosa no se extinguen por efecto de la usucapión (1).

La usucapión consolida el *justo título* que sirve de base a la posesión, de suerte que el adquirente es considerado como trayendo causa de aquel que le ha entregado la cosa; por consiguiente, queda sometido a este respecto a las obligaciones de un comprador, si poseía *pro emptore;* de un donatario, si poseía *pro donato* (Paulo, L. 33, D., *de mort. c. donat.* XXXIX, 6).

b) De la "praescriptio longi temporis".

210.—La usucapión no era aplicable a los *fundos provinciales* (V. número 199, 2). Esta laguna fué llenada por la *praescriptio longi temporis.* Es un medio de defensa ofrecido al poseedor bajo ciertas condiciones, especialmente que su posesión haya durado bastante tiempo *(longum tempus, longa possessio)* y le permita rechazar la acción *in rem* dirigida contra él. Esta defensa se llamaba una *praescriptio*, porque ella estaba inscrita a la cabeza de la fórmula (1).

---

(4) Gayo, II, §§ 59 y 60. En caso de enajenación con fiducia en beneficio de un acreedor, la *usureceptio* del deudor estaba subordinada a condiciones expuestas en el número 242.

209. (1) Ulpiano, L. 10, § 1, D., *de usurp.*, XLI, 3. L. 17, § 2, D., *de usufr.*, VII, 1: *Noxae deditio jure non perimit usumfructum, non magis quam usucapio proprietatis quae post constitutum usumfructum contingit.* Papiniano, L. 44, § 5, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Persecutio pignoris... usucapione rei non perimitur.* Gordiano, L. 7, C., *de pign.*, VIII, 14.

210. (1) Desde la época de Gayo, las prescripciones opuestas por el demandado se confunden con las excepciones (V. § 133). Ulpiano se expresa exactamente igual, llamando la *praescriptio longi temporis* una excepción (L. 5, § 1, D., *de div. temp.*, XLIV, 3).

N. del T.—El que poseía desde largo tiempo una cosa adquirida con buena fe y justo título podía mantenerse en la posesión de ella y defenderse contra la acción reivindicatoria por medio de la *exceptio* o *praescriptio longi temporis.* Sin embargo, muy pronto esta excepción aumentó su eficacia y empezó directamente haciendo las veces de una verdadera usucapión. Si el que había poseído una cosa con justo título y buena fe perdía su posesión, podía ejercitar una reivindicación útil para adquirir nuevamente la cosa, y si el demandado oponía la *exceptio justi dominii*, aquél podía oponer la *replicatio longi temporis.* De este modo la *praescriptio longi temporis* se asemejó mucho a la *usucapio*, y ambas instituciones pudieron ser fácilmente confundidas. Justiniano realizó esta fusión en la forma más adelante expuesta en el texto.

N. del T.—No carece de interés indicar la etimología y el sentido primitivo de la palabra *prescripción.* Llamábase *praescriptio* (de *praescribere)* una mención puesta al principio de la fórmula dirigida al juez por el pretor, que tenía por objeto restringir el proceso, dis-

La *proescriptio longi temporis* sólo se menciona en los textos del fin del siglo II de nuestra era (2). Se ignora su origen, y es probable que fuera desde luego propuesta en los edictos de los gobernadores de provincias y que la aplicación fuese extendida y regulada por las Constituciones imperiales (L. 76, I, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1).

1. *Aplicaciones y utilidad.*—a) Verosímilmente es para los fundos provinciales para lo que fué creada la *proescriptio longi temporis*. En primer lugar, beneficiaba desde luego, por consiguiente, al poseedor, ciudadano o peregrino que había adquirido un fundo provincial *a non domino;* b) Antonino Caracalla extendió la prescripción a las cosas muebles (L. 9, D., *de div. temp.*, XLIV, 3). Como los ciudadanos romanos podían usucapir los muebles, esta extensión benefició sobre todo a los peregrinos, que no tenían el *commercium*, que no podían adquirir por usucapión; c) En fin, bajo Diocleciano se comprueba que la prescripción se aplica a los fundos itálicos (3).

2. *Condiciones.*—La *proescriptio longi temporis* está sometida en principio a las mismas condiciones que la usucapión. Para invocarla es necesario haber *poseído de buena fe* y en virtud de una causa justa (L. 2 y L. 4, *de proescr. l. t.*, VII, 33). Pero el *término* debe ser diez años entre presentes, o de veinte años entre ausentes, lo mismo tratándose de muebles que de inmuebles (4). El poseedor puede invocar la *accessio possessionum* lo mismo que en materia de usucapión. Pero si la acción *in rem* se ejercita contra el poseedor antes de la expiración del término, la *litiscontestatio* le hace perder el beneficio de la prescripción, del mismo modo que si el término venciese durante el proceso. La *proescriptio longi temporis* es, en efecto, un medio de defensa, y por regla general no es posible prevalerse de una defensa que es adquirida en el momento de la *litiscontestatio* (L. 10, C., *eod.).*

3. *Efectos.*—La *proescriptio longi temporis* no es, como la usucapión, un modo de adquirir la propiedad, pero sí un sencillo modo de defensa dado al poseedor. De esto resulta que el demandado teniendo

---

pensando al juez de examinar el fondo del negocio en el caso de que se verificase el hecho enunciado en la *praescriptio*. Cuando el propietario reivindicaba la cosa contra el que había poseído durante diez o veinte años, la fórmula de la acción debía principiar, con poca diferencia, en estos términos: *«ea res agatur, cujus non est longi temporis possessio»*; de aquí resultaba que si se había comprobado por el juez que había existido posesión de largo tiempo por parte del demandado, no se pasaba adelante, porque el juez no tenía orden de examinar la pretensión del demandante sino en el caso de que no hubiera existido una posesión. Así, existió entre la *prescripción* y la *excepción* esta diferencia: que la prescripción, si era cierto el caso en que se fundaba, dispensaba también de ocuparse del asunto, mientras que la excepción exigía que se examinara éste, puesto que era preciso ver, por ejemplo, si había dolo, violencia, pacto de remisión, etc.; la una se puso en el principio y la otra en el cuerpo de la fórmula. Más adelante, las prescripciones se convirtieron en especies de excepciones; en tiempo de Gayo, las que intervenían en favor del demandado sólo se insertaban en la fórmula bajo esta forma. Desde entonces se confundieron las palabras prescripciones y excepciones, llegando a ser sinónimas, como puede verse en el título del *Digesto: De praescriptionibus seu exceptionibus*, lib. 44, tít. I.

(2) Se cita como el más antiguo documento un rescripto de Caracalla del año 199 encontrado sobre un papiro de la Biblioteca de Berlín (Girard, *Textos*, págs. 201 y 203). Ad. Papiniano, *Fr. Vat.*, 7. Pero la institución es más antigua, sin poder afirmarse que estuviese olvidada de Gayo, pues aunque nada dice en el § 46 de sus *Instituciones*, habla de ello en las *proescriptiones*, seguido del artículo IV, donde han quedado ilegibles unas veintitrés líneas del manuscrito.

(3) El derecho de ciudadanía que desde el año 212 concedió a todos los individuos del Imperio en Italia la aplicación de la prescripción a los muebles y a los inmuebles, debía de tener tan sólo una utilidad limitada al lado de la usucapión; pero esto, sin duda, está opuesto a los créditos hipotecarios, mientras que la usucapión dejaba subsistir la hipoteca (V. n.° 210 bis).

(4) Este término se fijó por las Constituciones (Paulo, L. 76, § I, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). Justiniano decidió que fuese contado *entre presentes* cuando el propietario y el poseedor habiten en la misma provincia; y *entre ausentes* habitando en diferentes provincias (L. 12, C., *de praescr.*, I, t. VII, 33). Al principio hubo controversia: unos exigían para que hubiese *presencia* que el propietario y el poseedor estuviesen domiciliados en la misma *ciudad*, y los otros en la misma *provincia*.

la acción *in rem* debía insertar la *proescriptio* en la fórmula, y habiéndola omitido, perdía el beneficio. Otra consecuencia de la naturaleza de la *proescriptio* es que, si el poseedor, después de haber prescripto, llegara a perder la posesión de la cosa, no tiene la *rei vindicatio* para recobrarla, por no haberse hecho propietario según el Derecho civil. Sin embargo, probablemente se modificó este derecho, y el poseedor que ha prescrito termina por obtener una acción *in rem* especial para recobrar la cosa que le fué quitada (5), y también la acción pública si es desposeído de ella antes de la expiración del término requerido para prescribir (V. n.º 778).

210 bis.—No solamente contra el propietario la *proescriptio longi temporis* suministraba un arma al poseedor. También podía oponerse al acreedor que tuviese hipoteca sobre la cosa, con tal de que el poseedor cumpla, por lo que toca a él, las condiciones exigidas, cuyas condiciones debían, en efecto, apreciarse separadamente en cuanto al propietario y al acreedor hipotecario. Por ejemplo, si el poseedor creyó comprar una cosa *a domino*, sabiendo después que estaba hipotecada, prescribe contra el propietario y no contra el acreedor. Puede ocurrir lo mismo prescribiendo por diez años contra uno, habitando la misma provincia, y sólo por veinte años contra el otro, si habita alguna provincia diferente (L. 2, C., *si adv. cred.*, VII, 36).

c) De la usucapión en el Derecho de Justiniano.

211.—Bajo Justiniano, la cualidad de ciudadano pertenecía a todos los individuos del Imperio, y no había ya diferencia, en el punto de vista de la propiedad del terreno, entre los fundos itálicos y los fundos provinciales. Era inútil, por consiguiente, mantener juntamente, con las propias reglas, la usucapión y la *proescriptio longi temporis*, y por eso Justiniano, en 531, simplificando la legislación anterior, las fundió en una sola legislación. Sin embargo, la rúbrica de la Constitución que contiene esta reforma *(L. unic., C., de usucapione transformanda*, VII, 31) demuestra que entiende conservar los principios de la antigua usucapión sobre todos los puntos que no han sido expresamente modificados. Así que nos limitaremos, por consiguiente, a indicar las nuevas reglas.

1. La división de las *res mancipi* y *nec mancipi* está suprimida lo mismo que la distinción del dominio quiritario y del *in bonis;* la usu-

(5) Esta solución, bastante clara, resulta de la L. 8, Pr., C., *de praescr. trig.*, VII, 39, del año 528, donde Justiniano, que en este caso da la *rei vindicatio*, añade: *Hoc enim et veteres leges (si quis eas recte inspexerit) sanciebant.*

N. del T.—La usucapión o nueva prescripción tomó de la antigua *prescripción* el lapso de diez o veinte años, y el efecto de extinguir los derechos de los acreedores hipotecarios al mismo tiempo que los del propietario anterior. Tomó de la antigua *usucapión* el efecto de hacer adquirir la propiedad civil, la única, por lo demás que existe, puesto que abolió Justiniano la antigua distinción del dominio *quiritario* y *bonitario*. Justiniano se sirve indiferentemente de los términos *prescripción* y *usucapión*, pudiendo hacerlo tanto mejor, cuanto que no existiendo en su tiempo el procedimiento formulario, no existe ya diferencia entre los casos en que era rechazada la demanda *ipso jure* y aquellos en que era desechada a consecuencia de haberse hecho una adición a la fórmula por el pretor.

211. N. del T.—El autor opina que el usufructo podía adquirirse por usucapión. Otros autores lo niegan.

Los que, como Petit, sostienen la afirmativa, y se hallan a su lado muchos comentadores, se apoyan en las últimas palabras de la ley 12, C., *de praescrip. long. temp.*; pero concordando esta constitución con la ley 13, C., *de servit. et aquae*, se reconoce que la prescripción de que habla Justiniano en sus Constituciones se aplica, no a la adquisición, sino a la extinción de las servidumbres por el no uso. Antes de la ley *Scribonia* se podía adquirir por usucapión las servidumbres, y en tiempo de Gayo se adquiría también la herencia. Considerándose la usucapión como un medio de adquirir, no servía para librarse de una obligación: los pretores no habían extendido tampoco a la extinción de las obligaciones el medio de la prescripción de largo tiempo.

capión sólo hace ya adquirir la propiedad al *poseedor de buena fe* que ha recibido tradición en virtud de una *causa justa*. Pero también nos parece cierto que Justiniano ha dedicado una nueva aplicación de la usucapión, y que ella puede en lo sucesivo adquirir en las mismas condiciones el usufructo y las servidumbres prediales (L. 12, *in fine*, *C.*, *de proescr. l. t.*, VII, 33. V. n.os 222, 3 e, 232, c).

2. a) Referente a las condiciones exigidas para usucapir, Justiniano decide que la supervivencia de la mala fe no impide usucapir al poseedor si él ha tenido al principio *buena fe* y sin que en lo sucesivo haya necesidad de distinguir entre los adquirentes a título oneroso y a título gratuito (1). b) Formula claramente la regla admitida por ciertos jurisconsultos de la época clásica, según la cual, el poseedor no puede usucapir en virtud de un *título putativo* (2). Pero dejando insertar en el *Digesto* los textos de los jurisconsultos que admiten cierta templanza a esta regla cuando el error del poseedor es excusable, parece ser haber aceptado su opinión; de suerte que, en resumen, es muy difícil poder formar idea exacta de la solución que ha querido sancionar. c) También modifica el *término* de la usucapión, pues, con la extensión de la propiedad inmueble, el antiguo término de dos años para la usucapión de los inmuebles era demasiado corto. Justiniano lo reemplaza por el de la *proescriptio longi temporis*, o sean diez años entre presentes y veinte años entre ausentes. Fija también para los muebles un término nuevo de tres años *(Ipr. ht.)*.

3. Da, además, un modo de *interrumpir* la usucapión al propietario que no pueda en justicia perseguir al poseedor, bien sea por ausencia de éste, o bien porque sea un pupilo *infans* sin tutor; y entonces es suficiente con dirigir a este efecto una reclamación al magistrado competente (L. 2, C., *de an. except.*, VII, 40). Desde entonces, si esta protesta que reemplaza a la demanda en justicia basta para producir una interrupción, es lógico admitir que en la hipótesis ordinaria, en que el propietario puede ejercer la *rei vindicatio*, el ejercicio de esta acción interrumpe la nueva usucapión (3).

4. No conteniendo los textos ninguna innovación sobre este punto, pensamos que la nueva usucapión hace adquirir la cosa al poseedor tal como es y con las cargas que la graven. Pero la *proescriptio longi temporis* puede oponerse por el poseedor a la acción de los acreedores hipotecarios, con tal de reunir con respecto a ellos las condiciones requeridas para prevalerse de este modo de defensa (L. 8, pr., C., *de proescr., trig.*, VII, 39).

212.—*De la prescripción de treinta años.*—La usucapión sólo beneficia a los poseedores que tengan justo título y buena fe. ¿Pero quiere esto decir que el poseedor de mala fe y que no tiene justo título no recoge jamás ninguna ventaja de su posesión, aunque haya sido muy prolongada? Aunque su situación no es digna de favor, sin embargo, en el Bajo Imperio se mejoró a consecuencia de una Constitución de Teodosio II, que decide que todas las acciones personales o reales, salvo la acción hipotecaria, sean extinguidas en principio al cabo de

---

211. (1) L. 1, § 3, C., *de usuc.*, tr., VII, 31: ...*Non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est.* Esta solución, menos equitativa que la antigua distinción, ha pasado a nuestro Derecho moderno (art. 2.269, C. C.).

(2) El § 11, I, ht., formula, en efecto, este principio: *Error falsae causae usucapionem non parit.*

(3) Esta innovación de Justiniano está justificada. Pero no se comprende cómo en su legislación, que admite la interrupción civil, resultado de una protesta, la demanda en justicia no produjese el mismo efecto. Es verdad que se objeciona el § 3, I, *de of. iud.*, IV, 17, que supone una usucapión cumplida *inter moras litis*. Pero también es fácil que este texto haya sido tomado de algún jurisconsulto de la época clásica, reproduciendo por consiguiente, la doctrina antigua (Cf. Ulpiano, L. 9, § 6, D., *ad exhib.*, X, 4).

treinta años (L. 3, pr., C., *de proescr. trig.*, VII, 39, año 424). Así que, después de este término, el poseedor de mala fe cesa de estar expuesto a la *rei vindicatio* del propietario, pero no adquiere la propiedad, y si es desposeído, no tiene la *rei vindicatio*.

Justiniano no hizo más por el poseedor de mala fe. Pero desde el año 528, al mismo tiempo que daba la *rei vindicatio* al que había opuesto la *proescriptio longi temporis*, y que fué en seguida desposeído (V. número 210, nota 5), concedía al cabo de treinta años la misma acción al poseedor de buena fe, aun no teniendo justo título (L. 8, § 1, C., *eod.*, año 528).

IV.—De la "adjudicatio".

213.—Mientras que en la *in jure cessio* la propiedad se transfiere por el magistrado, es el juez quien opera esta traslación por la *adjudicatio* con el proceso de partición y deslinde. En efecto, sólo hay tres acciones por medio de las cuales la fórmula le confiere este poder: La acción *familiae erciscundae*, para la partición de una sucesión entre coherederos; la acción *communi dividundo*, para la partición de cosas indivisas entre copropietarios, y la acción *finium regundorum*, para reglar los límites de las propiedades contiguas. En estos tres casos, cuando el juez ha adjudicado a uno de los litigantes todo o parte de una de las cosas comprendidas en el proceso, el adjudicatario es propietario *ex jure quiritium*, lo mismo si se trata de una *res mancipi*, que de una *res nec mancipi* (1). La adquiere, por tanto, lo mismo que está en el día de la sentencia, soportando también las servidumbres y las hipotecas con que ella está gravada (Ulpiano, L. 6, §§ 8 y 9, D., *com. div.*, X, 3).

V.—De la "lex".

214.—Había adquisición *lege* cuando la propiedad era atribuída a una persona por el solo efecto de la ley. He aquí algunos ejemplos: a) Si una cosa ha sido legada *per vindicationem*, el legatario se hace pro-

---

213. (1) Ulpiano, XIX, 16.—Sin embargo, la propiedad sólo se transfería si la instancia era un *judicium legitimum*, es decir, si tenía lugar en Roma o en un lugar de una milla alrededor de Roma, entre ciudadanos, y delante de un solo juez (Gayo, IV, § 104). Si el *judicium* era *imperio continens*, esto es, que carecía de una de las condiciones precedentes, el adjudicatario sólo tenía la cosa *in bonis* (Argt. Ft. Vat., § 47. L. 44, § 1, D., *fam. ercisc.*, X, 2). Esta distinción desapareció en el Derecho de Justiniano.

N. del T.—La adjudicación, conservada en el Derecho nuevo, era un modo especial de adquirir el dominio, por el que cada uno de los partícipes adquiere la cosa o la parte material que se le adjudica sin necesidad de tradición, siempre que la cosa perteneciese verdaderamente a los copartícipes.

La adjudicación puede también tener lugar en el caso de que no se presente comprador para la prenda puesta en venta *(impetratio dominii)* y en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine*.

No debe confundirse con la adjudicación la sentencia por la cual el juez, en los juicios sobre la propiedad, reconoce en el actor el derecho litigioso, puesto que tal sentencia se limita a reconocer el dominio ya existente. Ulpiano, D., 8, 0, fr. 8, §§ 4 y 6, 1, fr., 35, § 1. Tampoco debe confundirse con la adjudicación la adquisición de la cosa controvertida que, según el Derecho clásico, hacía el poseedor vencido en el juicio de reivindicación, cuando establece, en lugar de la restitución de la cosa, el pago de la *litis estimatio:* en este caso había una venta forzosa verdadera.

N. del T.—En cuanto a la *lex*, existían otros casos de transmisión inmediata de la propiedad. Así, el propietario pierde a favor del que tiene derecho al gravamen aquellas cosas por las que no ha satisfecho la prestación *(commissa):* del mismo modo el copropietario de una cosa, si no reembolsa la parte que le corresponde en los gastos necesarios para la conservación de ella, la pierde en favor del otro copropietario que los ha satisfecho. El bínubo pierde a favor de sus hijos del primer matrimonio el dominio de ciertas cosas, sobre las que no conserva más que el usufructo.—D., 39, 4, fr. 11, § 22 y fr. 14.

pietario en virtud de la ley de las XII tablas, luego que había aceptado el heredero la sucesión (Ulpiano, XIX, § 17. V. n.° 608, 1); b) La ley *Papia Poppœa* atribuye de pleno derecho a ciertas personas que favorece y, en su defecto, al *aerarium*, las partes caducas *(caduca)*, es decir, las liberalidades testamentarias de las cuales declara decaídos a *ciertos herederos y algunos legatarios* (Ulpiano, *eod.*, V. n.° 636, 639 y 639 bis); c) Una Constitución de Adriano atribuye la mitad del tesoro al propietario del fundo sobre el cual ha sido descubierto (V. número 172, 4).

Capítulo II.—De las servidumbres

1.—Nociones y principios comunes.

215.- *El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre*, es decir, el de procurar al propietario sólo todas las ventajas que ella tolera. Pero mientras que el *jus abutendi* no puede pertenecer más que al propietario, otros derechos, tales como el *jus utendi*, el *jus fruendi*, están algunas veces, en todo o en parte, separados de la propiedad, que está disminuída y aminorada de esta manera; entonces se dice que está gravada con una *servidumbre*.

La servidumbre es, por consiguiente, una restricción a la propiedad de una parte, y de otra parte un derecho sobre la cosa de otro, un *jus in re aliena*. Se distinguen dos clases: 1. Las servidumbres *personales*, *servitutes personarum*, que están establecidas sobre una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada, sin pasar a sus herederos, y 2. Las servidumbres *reales* o *prediales*, *servitutes rerum* o *praediorum*, que sólo pueden existir en provecho de un fundo de tierra sobre otro fundo; es un derecho unido a un fundo y que beneficia a los propietarios sucesivos de este fundo.

216.- Al lado de las reglas especiales que gobiernan estas dos clases de servidumbres hay ciertos principios que les son comunes en razón de su misma naturaleza.

1. La servidumbre consiste en algunas ventajas desprendidas de la propiedad, de lo que resultan dos consecuencias: a) debe procurar utilidad a una persona o a un fundo: una simple incomodidad en la propiedad de otro, sin provecho para alguna persona, no puede constituir una servidumbre (1), y b) Un propietario no puede tener servidumbre sobre su propia cosa, puesto que todas las ventajas que puede sacar entran en su derecho de propiedad (2).

2. La servidumbre es un *derecho real* y no una obligación. Es la cosa quien está sujeta, y el propietario no está obligado a realizar los actos. La restricción que le impone la servidumbre sólo puede consistir en *no hacer* o en *sufrir* que sea ejercitada (3). Puede desembarazarse

---

216. (1) Pomponio, L. 15, pr., D., *de servit.*, VIII, 1: *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest non valet...*

(2) Paulo, L. 26, D., *de servit. pr. urb.*, VIII, 2: *...Nulli enim res servit.* Ulpiano, L. 5, pr., D., *si usufr.*, VII, 6.

(3) Pomponio, L. 15, § 1, D., *de servit.*, VIII, 1: *Servitutium non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

N. del T.—Véase Winscheid, *Pand.*; Dernburg, *Pand.*; Glück, *Commentario alle Pandette*, traducción de Serafini y Brugi.; Destrais, *De la propriété et de servitudes en droit romain.*, 1885. Arnó, *Las servidumbres rústicas y urbanas*, trad. de Posada.

Teniendo en cuenta que la servidumbre tiene por objeto inmediato una cosa y nunca un acto de otra persona, suele definirse como un derecho real sobre una cosa ajena, en vir-

de ella, abandonando o cediendo la cosa sometida, porque personalmente no está obligado; aunque, por eso, la servidumbre sigue persistiendo.

3. La servidumbre es una *relación* entre una cosa y una persona determinadas, o entre dos fundos igualmente determinados. Es, por consecuencia, *inalienable*, puesto que al cederla se modifica uno de los términos de relación y se desnaturaliza el mismo derecho. Por esta misma razón tampoco puede sufrir enajenación parcial; de donde procede la regla de que no se puede constituir servidumbre sobre servidumbre (4).

4. La servidumbre está sancionada por el Derecho civil, y el derecho real que confiere está también sancionado por una acción civil *in rem:* la acción *confesoria*, por la cual el titular de la servidumbre puede hacer reconocer en justicia su derecho negado (V. n.º 774).

2.—De las servidumbres reales o prediales.

(1., *de servitutibus*, II, 3.)

217.—La *servidumbre predial* es un derecho establecido sobre un inmueble en provecho de otro inmueble. Supone, por consiguiente, dos fundos vecinos pertenecientes a propietarios diferentes; uno, el *fundo dominante*, que tiene la ventaja sobre el cual está establecida; el otro, el *fundo sirviente*, que es el que está gravado.

218.—I. *Caracteres generales.*—La servidumbre, que es una restricción de la propiedad, no podía ser creada arbitrariamente, y debía encontrar su justificación, bien en interés de la agricultura, a la cual los antiguos romanos daban alta importancia, o bien en las necesidades resultantes de la vecindad de los fundos construídos y no construídos; en una palabra, debe aumentar de una manera permanente la utilidad o el placer del fundo dominante. Los romanos expresan, por consiguiente, una idea exacta diciendo que la servidumbre predial es una cualidad del fundo dominante, como la fertilidad, la existencia (1). Sacaban las consecuencias siguientes:

1. La servidumbre predial debe procurar utilidad al fundo domi-

---

tud del cual el propietario de ésta debe permitir o no hacer algún acto en favor de otro (V. D., 8, 1, fr. 15, § 1, Pomponio). Esta definición vulgar podía tener algún valor en el Derecho civil antiguo, que no conocía otros *jura in re aliena* que las servidumbres; pero posteriormente no tiene ninguna justificación, ya que todos los derechos reales sobre cosa ajena tienen como nota común la de no imponer al propietario de la cosa obligación alguna de hacer.

Por eso la servidumbre se ha considerado como un derecho limitativo del dominio, que consiste, bien en conferir a un tercero el derecho de hacer actos de uso sobre un fundo que no le pertenece, o en restringir el ejercicio de algún derecho al propietario de él, o, dicho de otra manera, un derecho real sobre una cosa ajena, constituído en beneficio exclusivo de una persona o de un fundo determinados, y que consiste en la facultad de usar de cierta manera, distinta según los casos, de la misma cosa. Por lo menos resulta así en el Derecho justinianeo, que da el nombre de *servitutes*, no solamente a las prediales, sino también al usufructo y derechos análogos. No obstante, parece probable que sea ésta una innovación justinianea introducida en el *Digesto* por interpolación. De aquí se deduce, como afirma Winscheid, que la servidumbre es un derecho del no propietario, o, lo que es igual, que la cosa sobre que recae la servidumbre no sea propia, si bien tampoco es de necesidad absoluta que grave una cosa ajena, aunque esto es lo más corriente, porque puede existir sobre la *res nullius*.

N. del T.—En cuanto a la distinción de las servidumbres en personales y reales o prediales, nos parece más exacta la idea de Arnó. Si las servidumbres se constituyen en beneficio de una persona determinada como tal, como entonces la idea de persona es la predominante, tendremos las *servidumbres personales;* en cambio, serán *prediales* cuando es considerada la persona únicamente en cuanto es propietario *pro tempore* de los fundos, de suerte que viene a desaparecer en ellos la idea de persona.

(4) Paulo, L. 1, D., *de us. et usufr.*, XXXIII, 2: *...Servitus servitutis esse non potest.*

218. (1) Celso, L. 86, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Quid aliudi sunt jura praediorum quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas amplitudo.*

nante, sin poder consistir en una ventaja puramente personal para el propietario. Por eso, no existe ni puede haber servidumbre predial autorizando al propietario de un inmueble a pasearse o a recoger los frutos del fundo vecino, porque este acuerdo dañaría a un fundo sin beneficiar al otro (2).

2. La servidumbre predial sólo puede establecerse a *perpetuidad* y no por una duración determinada. En efecto, los fundos de tierra tienen una existencia y necesidades permanentes; la servidumbre, por ser una cualidad de un fundo, debe ser permanente. Siendo temporal, respondería más bien al interés de una persona que al de un inmueble.

Sin embargo, el Derecho pretoriano ha corregido lo que esta solución del Derecho civil podía tener de contraria a la voluntad de las partes, cuando ellas han establecido una servidumbre por un tiempo limitado. A la expiración del término fijado, si el propietario del fundo dominante quiere ejercer la servidumbre, a pesar de la cláusula aceptada, y obra por la acción confesoria para vencer la resistencia del propietario del fundo sirviente, el pretor concede al demandado una excepción de pacto o de dolo que le asegura la victoria del pleito (3).

3. La servidumbre debe tener una *causa perpetua*, es decir, que exige en el fundo sirviente una cualidad natural y permanente que permita el ejercicio de la servidumbre indefinidamente renovado e independiente del hecho del propietario del fundo sirviente. Por eso se pued establecer una servidumbre de sacar agua o de acueducto sobre un curso de agua alimentado por una fuente, pero no sobre un estanque o una cisterna (4).

Esta consecuencia lógica, pero rigurosa, del carácter de la servidumbre predial, recibe, fuera de esto, una interpretación bastante amplia, y por eso se admite como servidumbre el derecho a coger arena o piedra de un fundo, en beneficio del fundo vecino. Sin duda, una excavación debe terminar por agotarse. Pero, en realidad, estando limitada la servidumbre a las necesidades del fundo dominante, no es posible prever el término.

4. Por último, la servidumbre es *indivisible* (5). Es una consecuencia de su naturaleza, puesto que la servidumbre, siendo una cualidad del fundo dominante, sólo se comprende perteneciendo al fundo entero o a una parte divisa del fundo, y no a una parte indivisa. Por la misma razón, debe gravar el fundo sirviente todo entero, o alguna parte determinada, sin que pueda concebirse que grave una porción indivisa. De esto resulta que una servidumbre no puede ser *establecida* ni *extinguirse* en parte.

Por consiguiente, si un fundo está indiviso entre varios copropietarios, una servidumbre no puede ser creada sobre este fundo o en su beneficio más que con el consentimiento de todos (L. 6, § 1, D., *com. praed.*, VIII, 4), y, una vez constituída, no puede extinguirse por el hecho de uno solo de los copropietarios del fundo dominante (L. 140, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1. V. n.º 224, 1, 3 y 4). La indivisibilidad de

(2) Paulo, L. 8, pr., D., *de servit.*, VIII, 1: *Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* Cf. art. 686, C. C.—Semejante derecho no tiene, sin embargo, nada de ilícito, pero puede constituir más que una servidumbre personal o un simple derecho de crédito, y no servidumbre predial.

(3) Papiniano, L. § 4, pr., D., *de servit.*, VIII, 1: *Servitutes ipso quidem jure neque... ad tempus... neque ad certam conditionem... constitui possunt... Sed tamen si haec adficiantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius retulit et sibi placere.*

(4) Paulo, L. 28, D., *de servit., pr. urb.*, VIII, 2: *...Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent: et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest.* Ulpiano, L. 1, § 4, D., *de fonte.*, XLIII, 22.

(5) Pomponii fragmentum: *Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam ejus corrumpat.*

la servidumbre no se opone por lo demás a regular el modo de ejercitarla. Así se puede establecer que la servidumbre de paso se ejercerá sobre tal parte del fundo sirviente, o bien en una época y a horas determinadas (L. 4, § 1, y L. 5, § 1, D., *eod.*).

219.—II. *División.*—Las servidumbres prediales se dividen en servidumbres *rurales* y *urbanas*, que los textos designan bajo el nombre de *servitutes praediorum rusticorum* y *servitutes praediorum urbanorum*. Es preciso entender por *praedium urbanum* todo edificio situado en la ciudad o en el campo (Ulpiano, L. 198, D., *de verb. sign.*, L. 16), y por *praedium rusticum* todo terreno no construído. Pero aunque los jurisconsultos precisan con toda claridad esta noción, no definen la servidumbre rural y la servidumbre urbana; por eso los intérpretes no están de acuerdo sobre este punto.

Sin embargo, nos parece cierto que desde su origen ha sido calificada la servidumbre según la naturaleza del fundo dominante. La costumbre de los romanos era, en efecto, designar una servidumbre por el sujeto al cual beneficiaba; por eso dicen *servitutes personarum* o *rerum*, según que están establecidas en favor de las personas o de los fundos de tierra. Por tanto, las *servitutes* o *jura praediorum urbanorum* o *rusticorum* son *derechos* establecidos *en beneficio* de los fundos rurales (1).

Resulta de esta interpretación, la única conforme al lenguaje de los jurisconsultos, que la misma servidumbre podía ser igualmente rural que urbana, según la naturaleza del fundo dominante. Pero si la consecuencia es poco satisfactoria para el espíritu, sin embargo, da una nueva fuerza al sistema de donde procede, por estar sancionada por los textos para algunas servidumbres, particularmente las referentes a los derechos de sacar agua y de acueducto (2). Es, por consiguiente, un vicio de la misma división, a la cual no puede darse un carácter de claridad que jamás tuvo; aunque tampoco hay que exagerar el alcance práctico de este inconveniente. Las consecuencias eran bien limitadas: por la misma razón de la naturaleza del derecho que toleran, la mayor parte de las servidumbres prediales son necesariamente rurales o urbanas. Por eso es imposible, en general, cambiar sus condiciones de existencia, y si el hecho se produce para algunas, es a título excepcional. Por esta sencilla razón, los jurisconsultos han podido enumerar de una manera casi invariable las servidumbres que figuren en cada clase.

Esta noción de las servidumbres rurales y urbanas permite comprender con facilidad el origen y principal interés de esta división. Entre los antiguos romanos, muy dados a la agricultura, se dió una importancia

---

219. (1) Marciano, L. 1, D., *de servit.*, VIII, 1: *Servitutes aut personarum sunt... aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* Gayo, II, 29: *Jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt: rusticorum vero etiam mancipari possunt.* Ad. L. 2, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2.

(2) Estas dos servidumbres están citadas de ordinario entre las servidumbres rurales (L. I, pr., D., *de serv. prust.*, VIII, 2), y lo mismo ocurre con la servidumbre de acueducto en la L. II, § 1, D., *de public.*, VI, 2. Estos textos son la condenación de los sistemas que asignan a cada servidumbre una naturaleza fija e inmutable. Tal es la teoría, según la cual una servidumbre sería *rural* cuando puede comprenderse independientemente de toda construcción, y *urbana* cuando no puede concebirse sin alguna construcción.

N. del T.—El criterio para diferenciar las servidumbres rústicas y urbanas, que se expone en el texto, es el seguido por la mayoría de los autores hasta Glück, siguiendo en este punto a los glosadores. Esta misma opinión es defendida por Puchta. Contra esta teoría ha expuesto otra modernamente Pfordten, y que consiste en afirmar que la servidumbre será rústica o urbana según la cualidad del fundo sirviente. Vangeroun y Winscheid se fijan en el contenido de la servidumbre (urbanas, *habendi* y *prohibendi*, y rústicas, *faciendi*, sin cuidarse del fundo dominante ni sirviente.

Doctrina más clara nos parece la que, inspirándose en un pasaje de Javoleno, distingue las servidumbres diciendo que las rústicas son las *quae pertinent ad solum*, y las urbanas las *quae pertinent ad superficiem*. Las servidumbres rústicas tienen su esencia en el suelo; si se aplica este principio a las servidumbres rústicas romanas se podrá ver que todas las allí conocidas con este nombre tienen ese carácter de referirse al suelo y no a la superficie

excepcional a las servidumbres destinadas a facilitar o hacer más productiva la explotación de los fundos itálicos, es decir, a las servidumbres rurales; por eso fueron colocadas entre las *res mancipi*. Las servidumbres urbanas, que sólo benefician a las casas, fueron, sin duda, admitidas más tarde, a causa de su menor utilidad, quedando en la categoría de las *res nec mancipi* (V. n.º 144). Tenemos que señalar todavía otras diferencias entre estas dos clases de servidumbres, en cuanto a su extinción por el *no uso*, y también a propósito de la *hipoteca* (V. núms. 224, I, y 248, nota 2) (3).

220. III. *Enumeración.*—1. *Servidumbres rurales.*—Las principales eran éstas: a) La servidumbre de *pasaje*. Está calificada diversamente según su extensión: el *iter* permite pasar sobre el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera; el *actus* comprende el *iter*, dando, además, derecho para pasar las bestias y los carros; en fin, la *via* confiere el derecho de pasaje más completo, y permite un camino de un largo fijado por la ley de las XII tablas (Gayo, L. 8, D., *de serv. pr. rust.*, VIII, 3); b) La servidumbre de *acueducto*, o derecho de conducir el agua a través del fundo sirviente con ayuda de regueras o tubos, para llevarla al fundo dominante; c) La servidumbre de estanque, *aquae hauriendae*, para las necesidades del fundo dominante; d) El derecho de pastar, *jus pascendi;* el derecho de abrevar los rebaños en el fundo de otro, *pecoris ad aquam adpulsus*, limitados los dos a las bestias unidas al fundo dominante; e) También varias servidumbres, que dan derecho a coger del fundo sometido, pero siempre en el límite de las necesidades del fundo dominante, arena, piedras y demás materiales (1).

2. *Servidumbres urbanas.*—Sólo citaremos las más importantes, que son: a) La servidumbre *tigni immittendi*, o derecho de hacer penetrar vigas en la muralla del vecino; b) La servidumbre *oneris ferendi*, o derecho de hacer descansar un edificio sobre un muro o sobre una construcción del vecino. Esta presentaba la particularidad de que el propietario del fundo sirviente debía conservar en buen estado la construcción gravada con la servidumbre. Parece ser que esta regla, que no fué admitida sin controversia, resultaba de una convención hecha habitualmente en este sentido fuera de la constitución de la servidumbre (Paulo, L. 33, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2). En todo caso, y a juicio de Labeon, esta carga era impuesta, no a la persona, pero sí al fundo sirviente: el propietario podía liberarse abandonando el inmueble sometido (L. 6, § 2, D., *si servit.*, VIII, 5); c) La servidumbre *stillicidii vel fluminis recipiendi*, o servidumbre de cloaca, obligaba a los fundos sirvientes a recibir las aguas pluviales que caían de las casas vecinas, bien fuese gota a gota *(stillicidii)*, o recogida por algún conducto *(flumen)*, y d) La servidumbre *altius non tollendi, ne luminibus officiatur*, impide levantar las construcciones del fundo sirviente, con el fin de no molestar la vista ni quitar la luz al fundo dominante (2).

(3) La división de las servidumbres en urbanas y rurales está reproducida en el artículo 687, C. C.: *pero en nuestro Derecho no tiene ningún interés.*

220. (1) Cf. Ulpiano, L. 1, pr., y § 1, D., *de serv. pr. rust.*, VIII, 3 y L. 5, § 1, D., *eod.* Neratio, L. 2, D., *eod.* Paulo, L. 6, § 1 y L. 7, pr., D., *eod.* I, pr., y § 3, *ht.*

(2) Cf. Gayo, L. 2, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2. I, §. 1, *ht.* Además de las servidumbres *stillicidii recipiendi* y *altius non tollendi*, los textos citan las servidumbres contrarias: *stillicidii non recipiendi* y *altius tollendi* (I, § 1, ht.—Gayo, II, 31). Es una anomalía. Lo mismo que un propietario tenga que recibir las aguas del vecino, o que pueda construir a la altura que quiera, es, al parecer, el estado ordinario de la propiedad y la negación de la idea de la servidumbre. Se han dado dos explicaciones: *a)* Según la frase de Teófilo *(I, ht. II, 3), si un fundo gravado de una servidumbre stillicidii recipiendi, o altius non tollendi* adquiere la abolición o la atenuación, no hay vuelta total o parcial al estado libre de la propiedad, pero sí establecimiento de una servidumbre contraria: *stillicidii non recipiendi o altius tollendi* (En este sentido, Gayo, IV, 3. Ulpiano, L. § 7, D., *si serv. vind.*, VIII, 5. En sentido contrario: Paulo, P. 4, § 23, D., *de usurp.*, XLI, 3), y *b)* En otro sistema han encontra-

221.—Esta enumeración permite comprobar que las servidumbres consideradas en general como rurales suponen un hecho ejercido sobre el fundo sirviente por el propietario del fundo dominante; consisten, por consiguiente, *in faciendo*, y como este hecho sólo se ejerce en intervalos más o menos lejanos, tienen un carácter de *discontinuidad*. Se ve, por el contario, que las servidumbres tratadas casi siempre como urbanas consisten, bien sea en mantener cierto estado de cosas en detrimento del fundo sirviente, *in habendo*, o bien en impedir que ciertos trabajos sean realizados *in prohibendo;* el hecho del hombre no es necesario para que sean ejercidas, y tienen, por consiguiente, un carácter de *continuidad* (1).

222.—IV. *Constitución.*—El establecimiento de una servidumbre puede presentarse bajo dos aspectos: a) El propietario de un fundo puede ceder sobre este fundo, en provecho de un inmueble vecino, las ventajas formando una servidumbre predial; entonces hay constitución directa o *translatio servitutis*, y b) El propietario de dos fundos puede enajenar uno, reservando sobre este fundo una servidumbre en provecho de aquel que la retiene para sí: entonces hay *deductio* o *retentio servitutis*.

Los procedimientos que permitían establecer una servidumbre de una u otra manera han variado según las épocas.

1. *Antiguo Derecho civil.*—Una servidumbre rural o urbana podía ser directamente creada: a) Por *in jure cessio* (Gayo, II, § 29); era el modo ordinario de constitución entre vivos; b) Por *adjudicatio*, pronunciada por el juez entre dos fundos comprendidos en un proceso de partición o de deslinde (1), y c) Por testamento en virtud de un legado *per vindicationem* (2). Los mismos procedimientos permitían también establecer una servidumbre *per deductionem*.

Hay que añadir la *mancipatio*, aunque con una aplicación más limitada, porque no podía servir para constituir directamente más que las servidumbres rurales, que son únicamente *res mancipi* (Gayo, II, § 29. V. n.º 219, nota 1). Pero enajenando un fundo itálico, podía el propietario reservar sobre este fundo, en beneficio de algún otro fundo, alguna servidumbre urbana o rural, puesto que el fundo itálico es *res mancipi* y no la servidumbre que es entonces objeto de la mancipación (Argt. Fr. Vat., § 47). Éstos eran los únicos modos, porque la tradición, en efecto, no era aplicable a las cosas incorporales, ocurriendo lo mismo con la usucapión (3). Sin embargo, Paulo nos enseña que la usucapión de las servidumbres había sido prohibida por una ley *Scribonia* (4). Se

---

do su aplicación estas servidumbres cuando los reglamentos de Roma, y más tarde en todo el Imperio, limitaron el derecho del propietario que hace construir, ordenándole guardar la forma y el estado de los antiguos edificios (L. II, §, 1, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2. L. 1, y L. 12, § 1, C., *de aedif. priv.*, VIII, 10). De manera que si quiere modificar el antiguo estado de los lugares, construyendo más alto, o esquivando la comodidad del vecino, debe adquirir la servidumbre *altius tollendi* o *stillicidii non recipiendi* (En este sentido, L. 1, C., *de serv.*, III, 34).

221. (1) La división en servidumbres *continuas* y *discontinuas* ajenas a la clasificación romana, pero que también se encuentra en germen, está sancionada por el artículo 688, C. C.

222. (1) L. 21, § 3, D., *fam. ercisc.*, X, 2. Era necesario que el proceso fuese un *judicium legitimum* (Gayo, IV, § 104). De lo contrario, la servidumbre hubiese sido establecida en Derecho pretoriano, pero no en Derecho civil. Por lo menos, es la solución dada para el usufructo por Paulo (Fr. Vat., § 47).

(2) Ocurría lo contrario con el legado *per damnationem*, que tenía por efecto no crear la servidumbre, pero sí únicamente obligar al heredero a constituirla por uno de los procedimientos usados entre vivos. Gayo, L. 16, D., *com. praed.*, VIII, 4. V. n.º 608, 1 y 2.

(3) Gayo, L. 43, § 1, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.* Paulo, L. 14, pr., D., *de servit.*, VIII, 1.

(4) Se ignora la fecha de esta ley, que sólo está citada por Paulo (L. 4, § 29, D., *de usurp.*, XLI, 3). Por regla general se la coloca después de Cicerón, que hace todavía alusión a la usucapión de las servidumbres (*Pro Caecina*, 26), y verdaderamente en 719 de Roma, bajo el consulado de L. Scribonius Libo.

debe concluir que, antiguamente, ciertas servidumbres podían ser usucapidas, acaso por haber sido primeramente tratadas como cosas corporales, y confundidas con los fundos de que eran objeto. Por otra parte, los procedimientos del Derecho civil, siendo inaplicables a los fundos provinciales, no podían servir para crear servidumbres (5). Pero se llegó a establecer una relación análoga entre dos fundos de esta naturaleza por un modo indirecto *pactionibus et stipulationibus;* las partes regulaban, con la ayuda de una convención o *pacto*, la extensión y las condiciones de la servidumbre, y por una *estipulación*, el que había prometido la servidumbre se obligaba a observar la convención y a pagar a la otra una indemnización, para el caso en que se opusiera al ejercicio de la servidumbre (Gayo, II, § 31. Teófilo, Par., § 4, *ht.)*. Este procedimiento no tenía por efecto constituir un derecho real de servidumbre, porque sólo creaba un lazo personal entre las partes (6). Pero de hecho, resultaba entre los fundos, mientras no cambiaban de dueño, una relación equivalente a una servidumbre.

2. *Derecho pretoriano.*—Hacia el fin del siglo I de nuestra era, y después de alguna incertidumbre, vino a prevalecer una idea nueva. Los jurisconsultos admiten que el ejercicio del derecho equivale, para las servidumbres, a la posesión de las cosas corporales (Javoleno, L. 20, D., *de servit.*, VIII, 1). Es una *quasipossessio* o *possessio juris*. Debe manifestarse como la posesión *animo et corpore*, es decir, que el propietario del fundo dominante debe *ejercer* la servidumbre *como un derecho* que le pertenece (7).

Gracias a este progreso, el pretor sanciona nuevos modos de establecimiento de servidumbres: a) La *quasitradition*, cuando, seguido de una venta, o de otra causa engendrando la obligación de crear una servidumbre, el propietario del fundo sirviente haya dejado ejercer esta servidumbre por el propietario del fundo al cual es debida (Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de serv. pr. rust.*, VIII, 3). Desde entonces se pudo establecer por este modo servidumbres sobre los fundos provinciales (Fr. Vat. § 61); b) La reserva de una servidumbre hecha en la tradición de un fundo provincial; c) El largo uso *diuturnus usus* o *longa consuetudo*. Si una servidumbre ha sido ejercida durante largo tiempo sobre el fundo vecino, sin oposición del propietario, y que esta *quasipossessio* ha sido exenta de vicios, el pretor considera que la servidumbre está adquirida legítimamente (8). Por otra parte, parece no exige ni justo título ni plazo determinado (Ulpiano, L. 10, pr., D., *si servit. vind.*, VIII, 5).

En estos diversos casos. la servidumbre no está constituída en Derecho civil, pero el pretor reconoce la existencia y protege el ejercicio, desde luego, con ayuda de *interdictos quasi possessorios* (Javoleno, L. 20, *in fine*, D., *de servit.*, VIII, I), y después dando al propietario del fundo dominante una *excepción* y aun una acción (Juliano, L. 16, D., *si servit. vind.*, VIII, 5), es decir, bien sea una acción confesoria *útil* (V. nota 8)

---

(5) Tampoco se podía, haciendo tradición de un fondo provinciano, reservarse una servidumbre sobre este fondo. La constitución de las servidumbres no podía, en efecto, resultar de un procedimiento del derecho de gestes. Fr. Vat., § 47, *in fine; civili enim actione constitui potest non traditione quae juris gentium est.*

(6) Esta solución está confirmada. Hay también quien admite la constitución de un derecho real de servidumbre. V. más abajo, nota 9.

(7) Paulo, L. 25, D., *quem. servit. amit...* VIII, 6: *Servitute usus non videtur nisi is qui suo jure uti se credit...*

(8) Ulpiano, L. 1, § 23, D., *de aqua...* XXXIX, 3: *...In servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precaris neque clam, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur. Erítque ista quasi servitus in quam in rem utilem actionem habemus vel interdictum.*jAd. I, 10, pr., D., *si servit. vind.*, VIII, 5.

o bien una acción publiciana (Ulpiano, L. II, § 1, D., *de public.*, 2. V. n.º 778).

3. *Derecho de Justiniano.*—En el último estado del Derecho Romano cayeron en desuso ciertos modos de constitución; éstos eran la *mancipatio* y la *in jure cessio;* y, por otra parte, el Derecho civil admite los que estaban sancionados por el Derecho pretoriano. Una servidumbre predial puede, por consiguiente, ser constituída por los procedimientos siguientes:

a) Por *cuasitradición* operada en ejecución de una convención a la cual se une una cláusula penal: *pactis et stipulationibus* (I, § 4, *ht.).* Es el procedimiento señalado por Gayo con ocasión de los fundos provinciales, que llegó a ser, gracias a la *cuasitradición*, un modo general de constitución entre vivos para las servidumbres (9); b) Por una *reserva* en la *tradición* de un fundo (10); c) Por *testamento*, en virtud de un legado en cualquier forma que estuviese (I., 4, *ht.);* d) Por *adjudicatio;* e) Por la *prescripción*, es decir, por una cuasiposesión exenta de vicios prolongada durante diez años entre presentes, veinte años entre ausentes, y satisfaciendo las condiciones requeridas para la usucapión de la propiedad (11).

223.—La constitución de una servidumbre predial podía tener lugar pura y simplemente, o estar suspendida por una modalidad, de manera que la servidumbre fuese creada únicamente a la llegada de un *término* o la realización de una *condición.* La naturaleza misma de este derecho no tiene nada que a ello se oponga, y por eso precisamente los textos prevén el *legado* de una servidumbre bajo condición (Marcelo, L. 3, D., *de servit. leg.*, XXXIII, 3). Pero algunos modos de constitución,

---

(9) Algunos autores están de acuerdo en que los pactos y estipulaciones hacen nacer por ellos mismos y sin cuasitradición un derecho real de servidumbre sancionado primeramente en provincias por el edicto provincial y después en Roma y en Italia por el *edicto del pretor, y bajo Justiniano por el edicto civil.* Se apoyan en la palabra *constituere*, empleada por Gayo, II, § 31... *Sive quis usumfructum... ceteraque similia jura vellit constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest...*—y reproducida en la *Instituciones* de Justiniano para las servidumbres prediales (§ 4, II, 3) y para el usufructo (§ 1, II, 4), añaden también que el principio en virtud del cual el simple pacto no puede crear un derecho real, es muy general: que es exacto para la propiedad y no para los derechos reales; que la hipoteca, la superficie, el *jus in agro vectigali* se establecen por un simple pacto, y que ocurre lo mismo con las servidumbres. Pero estas razones no son decisivas. 1.º La palabra *constituere* no prueba nada. Se ha observado que durante bastante tiempo el mismo Gayo la emplea para un usufructo legado, *per damnationem:* ahí donde es cierto que no hay constitución de un derecho real. L. 3, pr., D., *de usufr.*, VII, 1: *...Jure legati potest constitui usufructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum...* 2.º No está probado que los derechos reales, por oposición a la propiedad, puedan establecerse por simple pacto. Es verdad que la hipoteca sí puede, pero los textos lo señalan como el único. Paulo dice en la L. 17, § 2, D., *de pact.*, II, 14: *De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio...* ¿Por qué no habla de la hipoteca? Es verdad que el derecho de superficie parece el contrario del establecido para el texto del edicto y para el *jus in agro vectigali:* por eso la analogía conduce a la misma solución (V. n.º 238, notas 3 y 4, n.º 239, nota 4). 3.º ¿Puede preguntarse por qué razón podía ser la utilidad de la cuasitradición, si la convención era suficiente para constituir el derecho real de la servidumbre? Por de pronto hay que reconocer que las dos teorías llegan al mismo resultado para las servidumbres que consisten *in prohibendo*, y que se llaman *negativas.* No se puede concebir un acto de cuasitradición para estas servidumbres, que suponen sencillamente la abstención del propietario del fundo sirviente; al mismo tiempo que son debidas están también constituídas.

(10) En este sentido, L. 6, pr., *com. praed.*, VIII, 4. En este texto de Ulpiano, los redactores del *Digesto* han sustituído la tradición a la mancipación para expresar el Derecho en vigor bajo Justiniano.

N. del T.—Sobre si las servidumbres pueden constituirse por *quasitraditio*, véase el tan discutido texto de Gayo, *Insts.*, II, 31. La opinión afirmativa es sostenida por Vangerow, Lenel, Brinz, Van Wetter y otros autores. Véase a Manenti, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, 1891.

(11) No es fácil dudar que sea así en el Derecho de Justiniano, puesto que la ley 12, *in fine*, C., *de pr. long. temp.*, VII, 33, está formulada de esta manera: *Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes.* Año 531. La consecuencia natural de este texto es que la buena fe y el justo título son exigidos como para la usucapión de las cosas corporales.

tales como la *mancipatio* y la *in jure cessio*, no permitían la inserción de ninguna modalidad de las expresadas (1).

224.—*Extinción.*—La extinción de una servidumbre predial hace desaparecer la restricción impuesta a la propiedad del fundo sometido, que recobra su libertad natural. He aquí las causas que conducen a este resultado.

1. *El no uso.*—Existe no uso cuando una servidumbre no es ejercida ni por el propietario del fundo dominante ni por ninguna otra persona obrando por su interés (1). Un ejercicio parcial impide la extinción de la servidumbre, porque es indivisible. En cambio, hay no uso, limitándose a hacer actos ajenos al ejercicio de la servidumbre (Paulo, L. 10, § 1, D., *quem serv. a amit.*, VII, 6).

Para que la servidumbre sea extinguida por el no uso, es preciso que haya durado todo el tiempo requerido para la usucapión de los inmuebles, es decir, dos años en la época clásica, y bajo Justiniano diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (L. 13, C., *de servit.*, III, 34, año 531).

Esta causa de extinción se aplica a las servidumbres urbanas lo mismo que a las rurales. Sin embargo, hay sobre esto, entre las dos clases de servidumbres, una diferencia importante. Para que una servidumbre rural se extinga por no uso es suficiente con que no sea ejercida y que el plazo corra del último acto de ejercicio, por ejemplo, desde el día en que se ha pasado por última vez sobre el fundo sirviente. Siendo la servidumbre urbana, es necesario que el propietario del fundo sirviente haya hecho un acto contrario a la servidumbre; por ejemplo, que haya construído más alto de lo que le permitía una servidumbre *altius tollendi* (2).

Esta diferencia no tiene nada de arbitraria, puesto que explica el carácter dominante de cada clase de servidumbres. La base de la extinción de las servidumbres por el no uso es que el fundo sirviente queda en libertad durante el término fijado. De manera que tratándose de una servidumbre rural, que da al propietario del fundo dominante el derecho para hacer ciertos actos, el fundo sirviente queda en libertad por la sola razón de no haber realizado ningún acto. Por el contrario, la servidumbre urbana, confiriendo en general al fundo dominante el derecho de hacer mantener cierto estado de cosas sobre el fundo sirviente, subsiste mientras que las cosas queden en este estado. Para que el fundo recobre su libertad es necesario hacer un acto contrario a la servidumbre, y cuando el nuevo estado de esta manera creado haya durado suficientemente, este fundo sirviente habrá consolidado su libertad, esto es, ha *usucapido;* de donde vienen las expresiones *usucapio libertatis* (3).

2. *La pérdida de uno de los fundos.*—Para que la servidumbre sea extinguida hace falta también que uno de los fundos haya sufrido tales

---

223. (1) Es, sin duda, a una servidumbre constituída por *mancipatio* o *in jure cessio* a lo que se refiere Papiniano en la L. 4, pr., D., *de servit.*, VIII, 1.

224. (1) Paulo, L. 5 y Celso, L. 6, pr., D., *quem serv. amit.*, VIII, 6: *Servitus et per socium et fructuariem et bonae fidei possessorum nobis retinetur, nam satis est fundi nomine itum esse.*

(2) Gayo, L. 6, D., *de ser. pr. urb.*, VIII, 2: *Haec autem jura (praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat...* Si una servidumbre de paso está establecida en provecho de una casa y constituye de esta manera una servidumbre urbana, pensamos que hay, sin embargo, no uso, por la misma razón de que no hace un acto de ejercicio; la naturaleza del derecho que confiere lo exige la servidumbre, y puede admitirse con razón que los principios anotados en los textos, principalmente por la ley 6, apuntan la generalidad de los casos, sin ocuparse de excepciones ni siquiera en corto número.

(3) Los textos dicen en este sentido *libertatem usucupare;* Cf. L. 6 y L. 32, § 1, D., *de serv. pr. urb.*, VIII, 2. L. 18, § 2, D., *quem. serv. amit.*, VIII, 6.

cambios que no pueda ser ejercida. Sin embargo, si esta modificación sólo es temporal, por ejemplo, si un fundo sometido a una servidumbre de paso se inunda y las aguas se retiran después de cierto tiempo, la servidumbre no deja de existir, al menos que en este intervalo haya perecido por el no uso (Javoleno, L. 14, pr., D., *quem se.v. amit.*, VIII, 6).

3. *La confusión.*—Es la reunión, sobre la misma cabeza, de la propiedad de los dos fundos; y entonces la servidumbre está extinguida, puesto que no se puede tener servidumbre sobre su propia cosa (Gayo, L. 1, D., *quem. serv. amit.*, VIII, 6). Si más tarde el propietario vende uno de los fundos, la servidumbre no vuelve a revivir; es necesario, para restablecerla, una nueva constitución (Paulo, L. 30, pr., D. *de serv. pr. urb.*, VIII, 2) (4). Esta causa de extinción no produce su efecto si el propietario de uno de los fundos sólo adquiere una parte del otro; la servidumbre sobrevive, siendo indivisible (L. 30, § 1, D., *eod.).*

4. *La renuncia del propietario del fundo dominante.*—Según el Derecho civil antiguo, la renuncia no podía extinguir la servidumbre únicamente si estaba hecha con ayuda de la *in jure cessio* (Argat, Gayo, II, 30). En el caso en que el propietario hacía abandono de la servidumbre por una simple convención, el derecho real no se extinguía. Pero, más tarde, si quería prevalerse, y ejercía la acción confesoria, el pretor concedía al demandado, para rechazar este ataque, la excepción de pacto o de dolo (Ulpiano, L. 4, § 12, D., *de doli mali*, XLIV, 4). Además, en el Derecho clásico se admite la extinción de la servidumbre cuando con autorización del propietario del fundo dominante han sido realizados sobre el fundo sirviente actos contrarios a esta servidumbre (5). Por lo demás, cuando el fundo dominante pertenece a varios copropietarios, la servidumbre que es indivisible sólo se extingue si la renuncia emana de todos (Papiniano, L. 34, pr., D., *de serv. pr. rustic.*, VIII, 3).

3.—De las servidumbres personales.

225.—Las servidumbres *personales* son derechos separados de la propiedad de una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada. Ya hemos visto cómo las servidumbres prediales tienen frecuentemente una importancia agrícola muy considerable, o son una consecuencia casi necesaria de la vecindad de los fundos de tierra. En todos los casos, sólo imponen a la propiedad sujetada una restricción muy limitada y largamente compensada por la utilidad general que resulta. Ocurre lo contrario con las servidumbres personales: llevan a la propiedad un menoscabo de los más graves, sin otra ventaja que el provecho de una persona. Por eso, es natural que estas servidumbres sean consideradas con menos favor, y muy lejos de ser perpetuas, como las servidumbres prediales, son esencialmente *temporales.* Unidas también a la suerte de la persona que las disfruta, mueren con ella. Su número, además, es muy limitado. Durante mucho tiempo, el Derecho civil sólo ha conocido el *usufructo* y el *uso.* Bajo Justiniano, se consideraban también como servidumbres personales la *habitación* y el derecho a los servicios del esclavo de otro, *operae servorum.*

(4) El Derecho Romano no ha conocido el establecimiento de las servidumbres por el *destino del padre de familia*, admitido en nuestro Derecho por los artículos 679 a 694, C. C.

(5) Paulo, L. 8, pr., D., *quem servit. amit.*, VIII, 6: *Si stillicidii recipiendi jui habeam in aream tuam, et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidis, immittendi jus amitto, et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi in ea loco per quem via mihi aliquid facere amitto jus viae.*

I.—Del usufructo.

(I., *fe usufructu*, II, 4.)

226.—El usufructo es el derecho de usar de la cosa de otro y de percibir los frutos sin alterar la sustancia (1). Es la más importante de las servidumbres personales, puesto que comprende el *jus utendi* y el *jus fruendi*.

El propietario de la cosa gravada con usufructo sólo conserva el *jus abutendi*, limitado por la necesidad de respetar el derecho del usufructuario y la ventaja de guardar algunos productos. Su propiedad, por tanto, está destituída de sus principales atributos: se la califica de *nuda proprietas* (Gayo, II, § 30), y él mismo es un *nudo-propietario*.

El usufructo puede establecerse sobre todas las cosas corporales, muebles o inmuebles, que estén en el patrimonio de los particulares, salvo las que se consumen por el uso, pues el *jus utendi* se confunde entonces con el *jus abutendi* (L. § 2, *ht.* V. n.° 234).

A diferencia de las servidumbres prediales, el usufructo está considerado como *divisible*, de lo que resulta que este derecho puede ser constituído en parte (2), y es susceptible de extinción parcial (V. n.° 223, *in fine*).

227.— I. *Derechos del usufructuario.*—Se resumen todos en el *jus utendi* y el *jus fruendi*.

1. *Jus utendi.*—Es el derecho de retirar toda utilidad de la cosa y de sus accesorios fuera de los frutos (I., § 1, *de usu.*, II, 5). De manera que el usufructuario puede, según el objeto del usufructo, habitar una casa, emplear un esclavo en diferentes trabajos y ejercitar las servidumbres prediales unidas a un fundo. El propietario no debe hacer nada que pueda perjudicar este uso (Ulpiano, L. 15, § 7, D., *de usufr.*, VII, 1).

2. *Jus fruendi.*—Es el derecho de percibir los *frutos* de la cosa (Ulpiano, L. 9, *pr.*, D., *eod*). No hay distinción entre los frutos naturales, industriales o civiles; el usufructuario los adquiere todos, cualquiera que sea su procedencia. Pero su derecho está limitado a los *frutos*. Los productos que no tienen nada de periódicos y no son de ningún modo una renta conforme con el destino de la cosa, entonces pertenecen al nudo-propietario y no al usufructuario (V. núms. 188 y 189). He aquí las aplicaciones de este principio:

a) El usufructuario de un *esclavo*, que tiene derecho al producto directo de sus trabajos, puede también *alquilarlos* a un tercero mediante un salario que forma un fruto civil y que le pertenece. Se beneficia también de las adquisiciones del esclavo cuando son hechas con el capi-

---

226. (1) Paulo (L. 1, D., *de usufr.*, VII, 1) y además, las *Instituciones* de Justiniano (pr., ht.), definen de esta manera el usufructo: *Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.* Las palabras *salva rerum substantia* se prestan a interpretaciones diversas. Pero lo mismo si se entiende por esto la obligación impuesta al usufructuario de no alterar la sustancia de la cosa, o la imposibilidad de establecer un usufructo *sobre las cosas que se consumen por el uso, o, en fin, esto mismo* hecho de que el usufructo cesa cuando la cosa perece, o que la sustancia sufre una modificación tal como no poder ser susceptible de la misma utilidad; poco importa. Todas estas ideas son exentas en sí mismas, y la cuestión de averiguar cuál ha sido el pensamiento de los redactores de las *Instituciones* no tiene interés ninguno.

N. del T.—Véase Glück Serafini, *Com. alle Pandette*. Pooli, *Delle servitú personali*, Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*. Winscheid, Dernburg, *Pand.* Puchta. *Inst.*, II.

(2) Papiniano, L. 5, D., *de usufr.*, VII, 1. Gayo, L. 81, pr., D., *ad leg. falcid.*, XXXV, 2.

tal sacado de su mismo patrimonio: la equidad lo ve de este modo (1). Pero todo otro producto del esclavo pertenece al nudo-propietario; y por eso son así las adquisiciones hechas por el esclavo con un valor suministrado por el propietario, las sucesiones, donaciones o legados recogidos por el esclavo, puesto que es un producto que no tiene nada de periódico (2); y también los *hijos* de una mujer esclava (V. n.º 188).

b) El usufructuario de un fundo de tierra no tiene derecho a cortar los árboles de monte alto, porque es un producto y no un fruto; pero no ocurre así con un bosque de monte tallar, cuya vuelta periódica de los cortes constituye un verdadero fruto (Paulo, L. 11, y L. 48, § 1, D., *de usufr.*, VII, 1). Si se abren carreteras o minas sobre el fundo, el usufructuario puede beneficiarse como lo hará el propietario; y puede abrir asimismo otras nuevas, con tal que ellas no desnaturalicen el fundo, y que le hagan más productivo (Ulpiano, L. 9, § 2, y L. 13, § 5, D., *eod.*).

228.—El usufructuario sólo puede hacerse propietario de los frutos por la *percepción*, es decir, recolectándolos o haciéndolos recolectar por su cuenta (1); tiene, en efecto, el *jus fruendi*, y sólo se apropia de los frutos percibiéndolos, es decir, ejercitando su derecho.

Las consecuencias que resultan son las siguientes: a) Si los frutos han sido robados por un ladrón antes que el usufructuario los haya percibido, no puede reivindicarlos, puesto que no es propietario; entonces sólo tiene contra el ladrón la acción *furti* dada a todo interesado (Ulpiano, L. 12, § 5, D., *eod.*); b) Si a su muerte el usufructuario deja sobre el fundo frutos no recolectados, esos frutos no pertenecen a sus herederos, pero sí al nudo-propietario (L., § 36, *in fine*, *de rer. div.*, II, 1). Además, y por una justa reciprocidad, si el usufructo da principio en este caso, estando el fundo cubierto de una recolección, el usufructuario tiene derecho a recogerla (Ulpiano, L. 27, pr., D., *de usufr.*, VII, 1).

El principio en virtud del cual el usufructuario adquiere los frutos por la percepción, recibe algunas excepciones: a) Los pequeños animales le pertenecen desde su nacimiento (2); b) Los frutos civiles, es decir, el precio de alquiler de las cosas sometidas al usufructo, se le atribuyen al usufructuario proporcionalmente al tiempo que dure el usufructo. Por eso, cuando los servicios de un esclavo han sido arrendados por año, y que el usufructo termina después de seis meses, el alquiler se reparte por mitad entre el usufructuario y el propietario (Paulo, L. 26, D., *de usufr.*, VII, 1). Pero ocurre lo contrario con el arriendo de un bien rural:

---

227. (1) Gayo, L. 10, § 3, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *De his autem servis in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit ut quidquid ex re nostra, vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur: si quid vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet.*

(2) Gayo, L. 43, § 2, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. L. 10, § 3, D., *eod: ...Itaque si is, servus heres institutus sit legatumve quid, aut ei donatum fuerit non mihi sed domino proprietatis adquiritur.* Sin embargo, es el usufructuario el que se aprovecha de la liberalidad, estando probado que ésa ha sido la voluntad del donante o testador: Ulpiano, L. 21 y L. 22, D., *de usufr.*, VII, 1.

228. (1) 1, § 36, *de rer. div.*, II, 1: *Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus, efficitur quam si eos ipse perceperit.* Es una diferencia importante con el poseedor de buena fe, que, estando asimilado al propietario en lo referente a los frutos, los adquiere desde el momento que están *separados*. Juliano, L. 25, § 1, *in fine*, D., *de usur.*, XXII, 1. V. n.º 190 y nota 3.

(2) Gayo, L. 28, pr., D., *de usufr.*, XXII, 1: *In pecudum fructu etiam fetus est... Itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.* Ad. Ulpiano, L. 70, § 4, D., *de usufr.*, VII, 1. Sin embargo, tratándose de un rebaño y habiendo cabezas muertas para reemplazar, véase el n.º 231 y nota 3.

N. del T.—La razón por la que, en Derecho Romano, no basta la simple separación, sino que se requiere la percepción, está en que el usufructuario tiene la cuasiposesión de su derecho, pero no es poseedor de la cosa y, por tanto, tampoco de los frutos que forman parte de ella; y así como lo que conduce a la propiedad es la posesión, así para adquirir los frutos debe tomar posesión de ellos.

el precio representa los frutos, es decir, el goce procurado al arrendatario, y es debido al usufructuario en proporción de lo que ha sido recolectado mientras ha durado el usufructo (Scaevola, L. 58, pr., D., *eod.*). Si, por ejemplo, el usufructo se extingue al final de los seis meses, y durante estos seis meses hubiesen sido recolectados todos los frutos, el usufructuario tiene derecho a todo el alquiler (3).

229.—Según el Derecho civil, el usufructuario no puede ceder su usufructo, es decir, hacerle pasar a un tercero, por ser un derecho inherente a la persona e inalienable (1). Pero puede, en lugar de ejercitarlo él mismo, arrendar o vender las ventajas contenidas en el usufructo, y hasta puede hacer donación. Entonces el tercero sólo es un *acreedor*, y el derecho real queda al usufructuario (Ulpiano, L. 12, § 2, D., *eod.*). Sin embargo, parece ser que el Derecho pretoriano admitió otros principios, permitiendo al usufructuario ceder o hipotecar su derecho, puesto que protege al concesionario y al acreedor hipotecario (Marciano, L. II, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). Por otra parte, asimismo, en ese caso, el usufructo queda limitado a la existencia del cedente, puesto que no se puede ceder más derecho del que se tiene (2).

230.—II. *Obligaciones del usufructuario.*—Según el Derecho civil, el usufructo, siendo un derecho real, no crea ningún lazo de obligación entre el nudo-propietario y el usufructuario. Sólo existen entre ellos las relaciones del derecho común que existen entre dos personas independientes la una de la otra. Por eso los únicos recursos que tiene el propietario para proteger su propiedad son los siguientes: a) Si el usufructuario, por su *hecho*, deteriora la cosa sometida al usufructo, el nudo-propietario puede pedirle reparación por la acción de la ley *Aquilia*, pero queda desarmado contra las *negligencias* del usufructuario, porque la ley *Aquilia* sólo reprime los hechos perjudiciales (Ulpiano, L. 13, § 2, D., *de usufr.*, VII, 1. V. n.º 456, c.); y b) Al final del usufructo sólo tiene para hacerse devolver la cosa la *rei vindicatio*, sanción de su derecho de propiedad.

231.—El Derecho pretoriano concedió al nudo-propietario una situación más favorable, permitiendo exigir al usufructuario, antes de su entrada en el goce, una doble promesa. El usufructuario, debe comprometerse por estipulación: a) A disfrutar de la cosa como buen padre de familia; y b) A restituir lo que quede de la cosa al final del usufructo (1). Debe, además, proveerse de fiadores, esto es, de personas solventes que garanticen su promesa, adquiriendo ellas la misma obligación que él (Paulo, S., III, 6, § 27). Mientras el usufructuario no haya dado garantía, puede el propietario negarse a entregarle la cosa, como puede también reivindicarla, si está ya entre sus manos (2).

Gracias a esta medida pretoriana, el nudo-propietario queda desde entonces acreedor del usufructuario. Posee la acción *ex stipulatu* para

---

(3) Esta distinción no ha sido admitida en nuestro Derecho actual, donde se aplica la regla general: los *frutos civiles* se adquieren por el usufructuario día por día (art. 586, C. C.).

229. (1) Gayo, II, § 30, *in fine... Alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

(2) Es la teoría pretoriana y no la del Derecho civil, la que parece sancionada en nuestro Derecho por el artículo 595, C. C.

231. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *usufr. quem. cav.*, VII, 9: *Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.* Ad. L. 1, §§ 6 y 7, D., *eod.* Creada primeramente para el usufructo establecido por legado, esta garantía se generalizó en seguida (Alex. Severo, L. 4, C., *de usufr.*, III, 33, año 226). Es considerada de tanta importancia, que el testador no puede dispensarla al legatario del usufructo (L. 7, C., *ut in pos.*, VI, 54, año 225).

(2) Ulpiano, L. 7, pr., D., *usufr. quem. cav.*, VII, 9. La simple tardanza en suministrar garantía arrastra para el usufructuario la privación de las ventajas unidas a su derecho.—El artículo 604, C. C., sanciona un principio más equitativo.

obligarle a devolver la cosa al final del usufructo y también para reclamarle indemnización, bien sea al final o durante el curso del usufructo, todas las veces que haya faltado a su promesa de disfrutar como padre de familia.

En virtud de esta obligación, el usufructuario es responsable, no solamente de los deterioros causados por su *hecho*, sino también de los que resulten de su *negligencia*, puesto que tiene que emplear toda su diligencia de buen administrador para la conservación de la cosa.

Por ejemplo, si el usufructo recae sobre un rebaño, debe reemplazar todos los años las cabezas muertas, hasta la concurrencia del aumento, y sólo beneficiarse en lo excedente (3). Si tiene el usufructo de un fundo, debe renovar las viñas y los árboles frutales que perezcan (Paulo, L. 18, D., *de usufr.*, VII, 1). Debe pagar también los impuestos y hacer los gastos de conservación; pero sin ninguna obligación de levantar lo caído por antigüedad ni hacer en general grandes reparaciones. El nudo-propietario tampoco está obligado, puesto que no ha contratado ninguna obligación con el usufructuario (Ulpiano, L. 7, § 2, D., *eod.* Cf. art. 607, Código Civil.

232.—III. *Constitución del usufructo.*—El usufructo se establece por los mismos procedimientos que las servidumbres prediales; así que no volveremos sobre los principios ya expuestos acerca de esto, según el *Derecho antiguo*, el *Derecho pretoriano* y el *Derecho de Justiniano*, que encuentran su aplicación en materia de usufructo (V. n.º 222). Nos limitaremos a las observaciones siguientes: a) Cosa *nec mancipi:* el usufructo no puede hacer objeto de una constitución directa por mancipación, pero un propietario que enajena por mancipación una cosa *mancipi* puede reservarse el usufructo (Gayo, II, § 33.—Fr., Vat., 47); b) El legado ha sido siempre para el usufructo el modo de constitución más usado, por la sencilla razón de que un propietario consiente mejor en despojar del goce de su bien al heredero escogido que privarse él mismo durante su vida (Paulo, S., III, 6, § 17), y c) Ningún texto permite creer que el pretor admitiese, como para las servidumbres prediales, la constitución del usufructo por *largo uso*. Pero en el Derecho de Justiniano, la L. 12, *in fine*, D., *de pr. long. temp.*, VII, 33, decide formalmente que el usufructo y las otras servidumbres puedan adquirirse por *prescripción*, lo mismo que la propiedad: quiere decir que es necesaria una posesión exenta de vicios, empezada con justo título y buena fe, y continuada diez años entre presentes y veinte entre ausentes, tratándose de un inmueble, y tres años tratándose de un mueble (V. n.º 222, nota II).

233.—IV. *Extinción del usufructo.*—El Derecho Romano ve con agrado la extinción de las servidumbres personales, puesto que son más perjudiciales que útiles. En principio, estando extinguido el usufructo, el nudo-propietario recobra el pleno y entero goce de su bien (1). Pero, por excepción, si el usufructo de una misma cosa ha sido adquirido por varias personas, en virtud de un legado, llegando el término para una de ellas, su derecho aprovecha a los otros (n.º 635).

Veamos cuáles son las causas de la extinción del usufructo:

1. *La muerte del usufructuario.*—El usufructo es un derecho unido a la persona y esencialmente vitalicio; no pasa jamás a los herederos del

---

(3) Según Juliano, la propiedad de los animales pequeños que nacen habiendo huecos en el rebaño queda en suspenso hasta que el usufructuario haya llenado estos huecos. Su juicio prevaleció contra la opinión de Pomponio, que daba inmediatamente esta propiedad del acrecentamiento al usufructuario, salvo resolución de su derecho. Cf. L. 69 y L. 70, § 1, D., *de usufr.*, VII, 1; I, § 38, *de rer. div.*, II, 1.

233. (1) I, § 4, *de usufr.*, II, 4: *Cum... finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.*

usufructuario (Ulpiano, L. 3, § 3, D., *quib. mod. usufr.*, VII, 4). Cuando pertenece a una persona moral, por ejemplo, a un Municipio o una Corporación cuya existencia jurídica es susceptible de prolongarse indefinidamente, el usufructo no puede durar más de cien años, lo que los romanos consideraban el término más largo de la vida humana (Gayo, L. 56, D., *de usufr.*, VII, 1. Cf. art. 719. C. C.).

2. *La "capitis deminutio" del usufructuario.*—La extinción de la persona civil que resulta produce sobre el usufructuario el mismo efecto que la muerte natural (Fr. Vat., § 61). Esta extinción era, por regla general, contraria a la intención del constituyente, en caso de *capitis deminutio minima*, y el testador que legaba un derecho de usufructo tenía casi siempre buen cuidado de evitarlo por una cláusula especial o por otro procedimiento indirecto (Fr. Vat., § 64. V. n.° 623, 1, *in fine*). Justiniano puso el derecho de acuerdo con la práctica, decidiendo que el usufructo no se extinguiese más que por la *mínima capitis deminutio* (L. 16, § 2, C., *de usufr.*, III, 33, año 530).

3. *El no uso.*—El usufructo se extingue por el no uso, es decir, cuando ni el usufructuario, ni persona alguna en su nombre, realizan los actos de uso y de goce que lleva consigo este derecho real, y que el defecto de ejercicio se hubiese prolongado en el Derecho clásico, un año para los muebles y dos para los inmuebles (Paulo, S., III, 6, 30). Justiniano sustituyó el término de diez a veinte años para el usufructo sobre un inmueble (L. 13, C., *de servit.*, III, 34, año 531); y es natural suponer que sobre esto no haya texto preciso que admita para los muebles el término de tres años.

4. *La pérdida de la cosa sometida al usufructo* (2).—No es necesario que la cosa esté completamente aniquilada para que el usufructo se extinga; es suficiente que esté transformada o modificada de manera que sus cualidades esenciales hayan desaparecido, y que ya no sea susceptible del mismo destino: esto es lo que los textos llaman *mutatio rei*. Por tanto, el usufructo se extingue, lo mismo si estribaba sobre un campo invadido por las aguas o sobre una laguna desecada, que si tenía por objeto una casa destruída (L. 5, § 2, y L. 10, §§ 2, 3, D., *quib. mod. usufr.*, VII, 4). Cuando la transformación sólo es temporal y la cosa vuelve a su primitivo estado, el derecho de usufructo revive a condición de que no haya perecido en el intervalo por el no uso (L. 5, § 3, y L. 7, D., *eod.*). Pero el usufructo no revive cuando la cosa que ha perecido está reemplazada por otra cosa parecida; por ejemplo, cuando se reconstruye una casa destruída por un incendio (Paulo, S., III, 6, § 31).

5. *La renuncia del usufructuario en beneficio del propietario.*—Si en principio el usufructuario no puede ceder su derecho a un tercero, puede hacerlo al nudo-propietario, que de esta manera recobra la plenitud de su propiedad. Esta cesión, en la época clásica, debía hacerse por la *in jure cessio* (3). De otra manera, el derecho real no se extinguía, porque el propietario sólo podía oponer una excepción de pacto o de dolo a las pretensiones del usufructuario (V. n.° 224, 4). Bajo Justiniano, la *in jure cessio* ya no estaba en uso, siendo lo más probable que la renuncia, con restitución de la cosa por el usufructuario, fuese desde entonces suficiente (L., § 3, *ht.*).

6. *La consolidación, es decir, la adquisición por el usufructuario de la propiedad de la cosa sometida al usufructo* (L., § 3, *ht.*, II, 4). El usufructuario hecho propietario no puede tener servidumbre sobre su propia cosa.

---

(2) Celso, L. 2, D., *de usufr.*, VII, 1: *Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.* Cf. I, pr., *ht.*

(3) Gayo, II, § 30: *...Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit ut a se discedat et convertatur in proprietatem...* V. el fin del texto, n.° 229, nota 1.

7. *La expiración del tiempo fijado.*—El usufructo es esencialmente temporal, por estar unido a una persona cuya existencia es limitada. Por eso el Derecho civil admite que se extingue a la llegada de un término, o a la realización de una condición que hayan sido fijadas fuera de su constitución (4).

Siendo el usufructo *divisible*, pueden todas las causas citadas no extinguirle más que parcialmente, salvo la muerte y la *capitis deminutio*, que siempre lo extinguen por entero (Pomponio, L. 14, D., *quib. mod. usufr.*, VII, 4).

234.—V. *Del cuasi-usufructo.*—Resulta de la misma naturaleza del derecho de usufructo que no puede establecerse sobre cosas que se consumen por el uso, tales como el dinero, el vino, el trigo y toda mercancía en general, porque no se puede disfrutar sin alterar la sustancia (I., § 2, *ht.)*.

Sin embargo, ocurría frecuentemente que un testador legara el usufructo de todos sus bienes, y esto comprendía necesariamente cosas de este género. Igual liberalidad era frecuente entre esposos, y el legatario se encontraba privado, a pesar de la voluntad del difunto, de una parte importante de su legado (Cicerón, Topic., 3, *in fine)*. Para remediar este inconveniente, un senadoconsulto habido bajo Augusto, o bajo Tiberio, decidió que se pudiese legar el usufructo de *todas las cosas que componen el patrimonio;* y esto, naturalmente, comprendía también las cosas que se consumen por el uso (1). Sin embargo, y aun dando efecto a semejante legado, no se podía constituir sobre estas cosas un verdadero usufructo, que repugnaría a su naturaleza; se procura solamente al legatario, y con ayuda de un expediente, una ventaja análoga a la que resulta del usufructo, es decir, un *cuasi-usufructo* (2).

He aquí cómo se procede: el legatario recibe las cosas en plena propiedad, dando garantía al heredero de devolver las cosas de la misma naturaleza, cantidad y calidad, o su valor en dinero, cuando han sido estimadas (Gayo, L. 7, D., *de usufr., ear. rer.*, VII, 5). Esta restitución debe tener lugar a la muerte, o a la *capitis deminutio* del cuasi-usufructuario. Si ha sido omitida la garantía, el heredero puede ejercitar una *condictio sine causa*, para exigirle en el curso del cuasi-usufructo, o aun habiendo terminado, para reclamarle lo que le es debido (Ulpiano. L. 5, § 1, D , *eod.)*.

La situación del cuasi-usufructuario difiere sensiblemente de la de un usufructuario ordinario, porque, en efecto, es propietario y está obligado a devolver, no las mismas cosas, pero sí el equivalente. De manera que si las cosas que ha recibido perecen por caso fortuito, no está liberado, y queda deudor del heredero. Éste no conserva ningún derecho real sobre las cosas legadas y no es más que un acreedor, no teniendo, para obtener lo que le es debido al final del usufructo, más que una acción

(4) Paulo, S., III, 6, § 33.—Pomponio no admite que pueda reservarse en una *mancipatio o en una in jure cessio* un usufructo por cierto tiempo limitado. Pero su juicio queda aislado (Cf. Fr. Vat., § 50). Este texto da fórmulas de *mancipatio* y de *in jure cessio* aplicables a una reserva de usufructo.

N. del T.—En la extinción del usufructo por cesión de su derecho el usufructuario al nudo propietario, *in jure cedendo*, decía Gayo, II, 30: Justiniano pone simplemente *cedendo*, porque en su tiempo, aunque no estuviera derogada expresamente la cesión *in jure*, no era indispensable y había caído en desuso. La cesión puramente convencional, a la cual en el Derecho anterior dieron los pretores indirectamente efecto por medio de una excepción, fué suficiente en el nuevo procedimiento, en el que no hay excepciones propiamente dichas para extinguir directamente el usufructo.

234. (1) Ulpiano, L. 1, D., *de usufr. ear rer.*, VII, 5: *Senatus censuit ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum quae usu tolluntur, vel minuuntur ususfructus legari.*

(2) Gayo, L. 2, § I, D., *eod: Quo senatusconsulto non id effectum est ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit: sed, remedio introducto coepit quasi-ususfructus haberi.* Ad. I, §, 2, *in fine ht...*

ex stipulatu, bien sea contra el legatario o sus herederos, o bien contra los fiadores que garantizaron la promesa. En fin, el cuasi-usufructo sólo puede establecerse por *legados*, y no concluye más que únicamente por la *muerte* o la *capitis deminutio* del cuasi-usufructuario (Paulo, L. 9, D., *eod.)*.

II.—De las otras servidumbres personales.

(I., *de usus et habitatione*, II, 5.)

235.—I. *Del uso.*—Según nuestros antiguos intérpretes, el *uso* era un usufructo limitado y reducido a las necesidades de la persona que tiene derecho (1). Pero ésta no es la verdadera teoría romana. El *uso* no es otra cosa que el *jus utendi* todo entero, es decir, el derecho de retirar de una cosa todo el uso de que pueda ser susceptible, pero sin percibir ningún fruto (2). El usuario puede usar la cosa, pero no arrendarla o ceder el ejercicio de su derecho, porque este precio de alquiler sería un fruto civil, y no existe el *jus fruendi* (I, § 1, *in fine, ht.*). Por eso el usuario de un esclavo puede aprovecharse de sus servicios, pero si los alquila, el precio vuelve al propietario (Ulpiano, L, 14, pr.. D., *de usu.*, VII, 8).

Este era el derecho estricto. Pero ocurría frecuentemente que por razón de la naturaleza de la cosa, el uso sólo daba ventajas ilusorias; por ejemplo: el uso de un fundo de tierra se reducía para el usuario a residir y a pasearse; el uso de un rebaño, al derecho de abonar su campo. Por otra parte, el uso casi siempre era legado, como el usufructo, y por eso las disposiciones testamentarias deben ser ampliamente interpretadas. En semejante caso, admitían los jurisconsultos por favor que el derecho del usuario pudiese ser un poco más extenso: el usuario de un fundo puede recoger las legumbres, frutas y maderas para sus necesidades cotidianas; el usuario de un rebaño está también autorizado a tomar un poco de leche (3), y, por último, el usuario de una casa puede habitarla con su mujer, sus hijos y sus libertos. Puede hasta alquilar parte de ella, con tal de que continúe él habitándola (Ulpiano, L. 2, § 1 y L. 8, pr., D., *de usu*, VII, 8).

El uso está considerado como *indivisible* (Paulo, L. 19, D., *de usu.*, VII, 8). Se *establece* y se *extingue* como el usufructo (I., pr. *ht.)*. El usuario generalmente está sometido a las mismas *obligaciones* que el usufructuario, porque debe, como él, dar al propietario la *garantía* establecida por el Derecho pretoriano (Ulpiano, L. 5, § 1, D., *usufr. quem.*, VII, 9).

236.—*De la habitación.*—Habiendo legado a una persona la habitación de una casa, ¿cómo había que interpretar este legado? Según el juicio que prevaleció entre los jurisconsultos, era una simple ventaja de hecho, adquirida por el legatario, día por día, sin que pudiera extinguirse ni por la *capitis deminutio* ni por el no uso (Modestino, L. 10, D., *de capit. min.*, IV, 5). Salvo esta diferencia, la habitación, limitada a la vida del legatario, no le daba más que el derecho de uso, estando

---

235. (1) Esta noción del derecho de uso es la que está hoy sancionada en nuestras leyes. Cf. art. 630, C. C.

(2) Gayo, L. 1, § 1, C., *de usu.*, VII, 8: *Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu.* Ulpiano, L. 2, pr., D., *eod; Cui usus relictus est, uti potest, fruit non potest.* L. 12, pr., D., *eod; Plenum autem usum debet habere.*

(3) Véanse sobre este punto las dudas y divergencias de los jurisconsultos referidas por Ulpiano: L. 12, § 1, D., *de usu.*, VII, 8. Ad. L. 12, § 2, *eod; Etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.*

también sometida a las mismas reglas (1). Justiniano ha hecho de la habitación una verdadera servidumbre personal, habiendo permitido también a quien la goza alquilar la casa como si fuese usufructuario (I., *ht.*).

237.—III. *De los trabajos de los esclavos.*—(D. *de operis servorum*, VII, 7). En la época clásica, el legado que tenía por objeto los trabajos de un esclavo confería al legatario el derecho de aprovechar sus servicios y asimismo de alquilarlos, como lo hubiese hecho un usufructuario. Pero esto sólo era una ventaja de hecho, adquirida día por día, no extinguiéndose ni por el *no uso* ni por la *capitis deminutio* del legatario (1). Justiniano, consagrando a las *operae servorum* un título del *Digesto*, entre el usufructo y el uso, parece haber hecho una verdadera servidumbre personal.

Capítulo III.—De los derechos reales pretorianos

§ 1.—De la superficie.

238.—El Estado y las ciudades buscaron pronto el medio de utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus dominios, arrendándolos a perpetuidad o a largo término a personas que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas mediante un precio llamado *pensio* o *solarium* (1). Este uso fué seguido por los particulares, y es con ocasión de las casas así edificadas *superficiarias aedes* (2) por lo que el pretor sancionó, en beneficio del superficiario, un verdadero derecho real, el derecho de *superficie*.

Según el Derecho civil, el locatario del terreno de otro no es propietario del edificio que él ha construído, porque el propietario del terreno es quien tiene la propiedad de la superficie, es decir, de las edificaciones construídas sobre su terreno (V. n.º 184, c, nota 2). Por tanto, si el concesionario era perturbado en su goce por el propietario, podía tan sólo reclamarle los daños e intereses por la acción *conducti*, y si era perturbado por terceros, obtener del propietario la cesión de sus acciones (L. I., § 1, D., *de superf.*, XLIII, 18). El pretor juzgó equitativo concederle una protección más eficaz. En primer lugar, el edicto ofrece al superficiario un interdicto *de superficie* para hacerse mantener en posesión. Además, y únicamente en caso de arriendo a perpetuidad o a largo término, el pretor promete darle, después del examen de hechos: a) una acción, *in rem*, para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario; b) una excepción contra la *rei vindicatio* del propietario; c) y, en fin, cualquier otra acción de que tuviera necesidad (3).

---

236. (1) Ulpiano, L. 10, pr., D., *de usu.*, VII, 8. L. 5, § 3, D., *usufr. quem.*, VII, 9.

N. del T.—El uso era en realidad el derecho de usar de una cosa ajena, según su naturaleza y destino, sin el derecho de percibir los frutos.

Según una opinión algún tiempo dominante, el *usus* no se distingue del *ususfructus* por la clase de disfrute a que da derecho sobre la cosa, sino por la medida de tal disfrute, y así el uso vendría a ser, según esta opinión, un *fructus* limitado, reducido, como dice el texto, a las necesidades personales de aquel a cuyo favor se constituyó.

N. del T.—Con respecto a la habitación, Ihering sostiene que por Derecho Romano no es posible el arrendamiento de la habitación. *Arch. gutur.*, XXIII, 501.

237. (1) Ulpiano, L. 2, D., *de op. serv.*, VII, 7: *Operae legatae capitis deminutione non amittuntur.*

238. (1) Se encuentran ejemplos en dos inscripciones del siglo II de nuestra era. Están referidas por Girard (*Textos*, págs. 836 y 837).

(2) Gayo, L. 2, D., *de superf.*, XLIII, 18: *Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.*

(3) Ulpiano, L. 1, pr., D., *eod: Ait praetor; Uti ex lege locationis, sive conductionis*

Desde entonces el superficiario fué investido de un derecho real que podía enajenar entre vivos, hipotecar y transmitir a sus herederos (L. I., § 7, D., *eod.*). La creación de este derecho real está subordinada a dos condiciones: un contrato de arrendamiento perpetuo, o a un término largo, y por lo menos, a nuestro juicio, la cuasitradición, que llevaba para el superficiario el libre ejercicio de su derecho (4). Este se extinguía por la pérdida de la cosa y por la llegada del término fijado para final del arriendo.

2.—Del "jus in agro vectigali" y de la enfiteusis.

239.—*Del "jus in agro vectigali".*—El origen de este derecho es muy antiguo. Los Municipios tenían costumbre de arrendar sus tierras a perpetuidad, mediante un censo o *vectigal* (1), cuyas tierras, por este motivo, se llamaban *agri vectigales*. Por razón de la perpetuidad del arriendo, el pretor encontró natural dar al colono una protección más eficaz que la acción personal nacida del contrato. Le ofrece una acción *in rem*, reconociendo de esta manera un verdadero derecho real en beneficio del colono (2).

El *jus in agro vectigali* procura, sobre poco más o menos, las mismas ventajas que el usufructo, pero se diferencia en varios puntos: a) El colono que le disfruta adquiere los frutos *separatione*, como el poseedor de buena fe (Juliano, L. 25, § 1, *in fine*, D., *de usur.*, XXII, 1); b) Tiene la posesión protegida por los interdictos, estando además dispensado de suministrar la fianza exigida al usufructuario (Marcer, L. 15, pr., y § 1, D., *qui satisd.*, II, 8); c) Por último, puede ceder también su derecho y transmitirle a sus herederos (Paulo, L. I, pr., D., *si ager vect.* VI, 3).

Este derecho se diferencia también del usufructo por sus modos de constitución, porque generalmente resulta de un arrendamiento (3), seguido de cuasitradición, como el derecho real de superficie (4), aunque puede también ser establecido por legados (Ulpiano, L. 71, § 6, D., *de leg.* 1.°, XXX). Termina si el colono cesa de pagar el *vectigal* (L. 2, D., *si ager vect.*, VI, 3).

---

superficie, qua de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quominus ita fruamini, vim fieri veto: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. L. 1, § 3, D., *eod. Et qui non ad modicum tempus conduxit superficiem in rem actio competit.* Ad. L. 1, § 4, D., *eod.* Ulpiano y Paulo, L. 73, § 1, L. 74 y L. 75, D., *de rei vind.*, VI, 1.

N. del T.—Véanse Woechter, *Superficiar oder Platzrecht*, y Degenkolb, *Platzrecht und Miethe.*

Con relación a las primeras concesiones a que alude el autor en la nota 1 del párrafo 238, véanse los dos monumentos relativos a la construcción de edificios sobre el suelo público en Bruns, *Fontes*, ed., 7, pág. 345: *...ei permissum sit aedificare pecunia sua, praestaturus solarium, sicut caeteri.*

(4) Esta solución resulta de los términos del edicto: *Uti ex lege locationis... fruemini*, (V. nota 3). Es una condición impuesta a la concesión de la acción y del interdicto.

239. (1) Gayo, III, § 145: *...Si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praedis municipium quae ea lege locantur ut quamdiu vectigal praestetur neque ipsi conductori neque heredi ejus praedium auferatur.*

(2) Paulo, L. 1, § 1, D., *Si ager vect.*, VI, 3: *...Placuit competere eis in rem actionem.* Ad. Papiniano, L. 66, pr., D., *de evict.*, XXI, 2. Ulpiano llama a esta acción *actio vectigalis* (L. 15, § 26, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2).

(3) La perpetuidad del beneficio concedido hacía dudar si era una venta o un arriendo, aunque se admitía que era un arriendo. Gayo, III, § 145... *Magis placuit locationem conductionemque esse.* La misma cuestión se presenta en caso de enfiteusis. Zenón hizo un contrato especial (V. n.° 379).

(4) El *Digesto* no conserva el texto del edicto. Pero la analogía de la superficie impone, a nuestro juicio, la misma solución, conforme al principio general que hemos admitido (V. n.° 222, nota 9).

240.—*De la enfiteusis* (1).—En el Bajo Imperio, y probablemente desde el siglo III, los emperadores tomaron por costumbre alquilar sus tierras incultas a perpetuidad o a un largo término, con la obligación por el colono de cultivarlas y plantarlas, de donde le viene el nombre de *agri emphyteuticarii*. A medida que las invasiones de los bárbaros y la creciente miseria hacían casi imposible el cultivo del terreno, las tierras situadas en las provincias lejanas quedaban casi siempre sin cultivo. También esta práctica fué seguida por los grandes propietarios. Se extendió el régimen de los *agri vectigales*, y el colono llamado *enfiteuta* fué investido de un derecho real, el derecho de *enfiteusis* (2). Bajo Justiniano, ya no se distinguen las dos instituciones. Las expresiones *ager vectigalis* y *emphyteuticarius* son sinónimas (D., *Si ager vectigales id est emphyteuticarius apelatur*, VI, 3).

3.—De la hipoteca.

241.—La hipoteca se diferencia de los demás derechos reales en que es por necesidad el *accesorio* de una obligación, y constituye una *seguridad real*. En principio, el patrimonio de un deudor servía de garantía a todos sus acreedores, y haciéndose insolvente, cada uno de ellos corría el peligro de perder todo o parte de lo que les es debido. Pero un acreedor puede encontrar contra este peligro una protección más o menos eficaz, obteniendo garantías especiales. Se distinguen dos clases: a) La *garantía personal*, es decir, el compromiso de una o varias personas que se obligan con el deudor principal cerca del acreedor, de manera que pueda dirigirse al más solvente para hacerse pagar (1); b) La *garantía real*, que es la afectación de una cosa al pago de una deuda. A este último orden de garantías es al que está unida la *hipoteca*. Durante largo tiempo, los romanos sólo emplearon, para dar a los acreedores una seguridad real, la enajenación con *fiducia*, recurriendo después al *pignus*. En fin, la hipoteca se introdujo y desarrolló bajo la influencia del Derecho pretoriano.

242.—1. *De la enajenación con fiducia.*—He aquí en qué consiste este procedimiento, que parece ser el más antiguo. El deudor, de quien el acreedor exige una seguridad real, le transfiere por mancipación, o *in jure cessio*, la propiedad de una cosa que formaba parte de su patrimonio (Gayo, II, § 59). Ellos añaden a esta enajenación un pacto de *fiducia*, por el cual el acreedor se compromete a transferir nuevamente la propiedad de la cosa al deudor después del pago (1). Mientras tanto

---

240. (1) *Emphyteose* procede del griego plantar, sembrar. Se encuentra la expresión *jus* empleada por primera vez por Ulpiano en la época clásica, en la L. 3, § 4, D., *de reb. eor.*, XVIII, 9. Pero el texto probablemente está añadido.

(2) Por su carácter de enajenación, los derechos de enfiteusis y de superficie se separan de las servidumbres, pero se acercan en lo referente a que su extinción beneficia al propietario del terreno que recobra la plenitud de su derecho. Es sobre este punto de vista donde Juliano da al derecho de superficie el nombre de servidumbre (L. 86, § 4, D., *de legat.*, 1.°, XXX).

241. (1) Véanse para el estudio de la garantía personal, sobre sus diversas formas, los números 317 a 328, 396 a 398 b. y 413.

242. (1) Los textos dan también el nombre de *fiducia* a la cosa objeto de la mancipación (Paulo, S., II, 13). Véase sobre el pacto de *fiducia* el número 272, y nota 1.

N. del T.—Véase Dernburg, *Das Pfandrecht;* Herzen, *Origine de l'hypothéque romaine;* Ascoli, *Le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, y Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno.*

También fué usado el mancipar a los hijos que estaban en la patria potestad del padre; pero había cesado en tiempo de los jurisconsultos clásicos.

El inconveniente de perder el deudor con fiducia el disfrute de la cosa trató se de remediar dejando al deudor la cosa mancipada como *precarium* y en arrendamiento mediante una *locatio nummo uno*. Gayo, *Inst.*, II, 60.

él consentía frecuentemente en dejar al deudor la detención y uso a título de *arrendamiento* o de *precario* (Gayo, II, § 60).

De la enajenación con fiducia resultaban las consecuencias siguientes: a) Si el deudor paga, el acreedor debe transferirle nuevamente la propiedad de la cosa por la *usureceptio*, poseyéndola durante un año (V. n.° 208, 2); b) Si el deudor no paga, la *usureceptio* no es posible para él más que si no tiene la detención de la cosa a título de arrendamiento o de precario (Gayo, II, § 60). El acreedor propietario de la cosa puede venderla; pero si saca de ella un precio superior al importe del crédito, debe entregar la diferencia al deudor (Paulo, S., II, 13, § 1).

Este sistema ofrecía al acreedor una gran garantía: la propiedad y la *rei vindicatio*, que es su sanción. Por eso se la encuentra usada todavía en el Bajo Imperio en el año 395 (Honorio y Arcadio, L. 9, C., *Th., de infirm.*, XV, 14). Desapareció, sin duda, con la *mancipación*. Pero este sistema tenía para el deudor graves inconvenientes: a) Cuando el acreedor, abusando de su derecho, había enajenado prematuramente la cosa, el deudor que pagaba no estaba seguro de recuperarla; porque no tenía acción real contra los terceros adquirentes, sino solamente la acción personal *fiduciae* contra el acreedor y el recurso de la *usureceptio;* b) No estaba asegurado de conservar la detención y el uso de la cosa, porque el acreedor podía negarse a dejársela a título de arrendamiento o de precario, y c) Por último, el deudor, por no ser propietario de la cosa, no podía servirse de ella para dar garantías a un acreedor ni aun en el caso de que su valor fuese muy superior a la primera deuda: su crédito estaba de este modo comprometido.

243.—II. *De la prenda.*—En una fecha imprecisa, el Derecho civil admitió un procedimiento más sencillo y más favorable al deudor; es el contrato de *prenda*, (1). El deudor entrega al acreedor, a título de *prenda*, la *posesión* de una cosa, y el acreedor se obliga a devolverla después del pago. No es, pues, necesario que el deudor sea propietario de la prenda, puesto que él no transfiere la propiedad (2).

El acreedor pignoraticio tiene más que la simple detención de la prenda: él *posee;* o más bien, las ventajas de la posesión están repartidas entre él y el deudor. El acreedor es tratado como si poseyese por sí mismo, en cuanto que tiene la protección de los interdictos. Cualquiera que sea la persona que le arrebate la cosa, aun el mismo deudor, puede dirigirse al pretor para hacerse poner nuevamente en posesión de ella. Gracias a esta protección, el acreedor puede retener la prenda hasta el pago, lo que constituye su garantía. Pero si el deudor estaba en vías de usucapir la cosa, le queda esta ventaja. Con respecto a esto, el acreedor posee por cuenta del deudor (3). Además, él no se beneficia con los frutos de la cosa; debe imputarles a los intereses de la deuda y después al capital (L. 1, C., *de pign., act.*, IV, 24), y está obligado a rendir cuentas hasta de aquellos que ha sido negligente en percibir (L. 3, C., *eod.)* Para evitar esto arregladamente, las partes establecían a veces una convención en virtud de la cual el acreedor tenía derecho a recoger los

---

243. (1) La etimología de la palabra prenda *(pignus)* la ha dado así Gayo en el L. 238, § 2, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Pignus appellatum a pugno quia res quae pignori dantur manu traduntur...* Véase, sobre el origen de este contrato, el n.° 272, y sobre las obligaciones que crea entre el acreedor y el deudor, el n.° 356.

(2) Florentino, L. 35, § 1, D., *de pign. act.*, XIII, 7: *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potes tamem precario et pro conducto debitor re sua uti.*

(3) Javoleno, L. 16, D., *de usurp.*, XLI, 3: *...Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinent, qui accepit possidet.*

frutos de la cosa, y este disfrute hacía las veces de los intereses del crédito: de ahí el nombre de *anticresis* dado a este pacto (4).

En resumen, la garantía que el acreedor encuentra en la *prenda* consiste en el derecho de retener la posesión de la prenda hasta que se le haya pagado. Pero si la *prenda* ofrecía al acreedor una seguridad suficiente, tenía aún muchos inconvenientes para el deudor, quien, al mismo tiempo que conservaba la propiedad de la cosa, perdía su posesión y uso. Es verdad que el acreedor consentía a menudo en restituírsela a título de arrendamiento o de precario (5); pero podía también negarse a este arreglo. Por otra parte, cualquiera que fuese el valor de la cosa dada en *prenda* no podía servir más que para la garantía de un solo acreedor. Se sentía la necesidad de un progreso más completo; era preciso un procedimiento que, al mismo tiempo que procurase al acreedor una garantía igual, dejase la cosa al deudor al menos hasta el vencimiento. Este fué la *hipoteca*.

244.—III. *De la hipoteca.*—1. *Origen y desenvolvimiento.*—Los inconvenientes de la enajenación fiduciaria y de la *prenda* se dejaban sentir, sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. Para dar una seguridad al propietario, el colono, que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo por el colono *(invecta, illata)* estarían afectos al pago del arrendamiento por *simple convención* y sin que se privase el colono de su posesión (1). En fecha desconocida, un pretor permitió al arrendador, si no había sido pagado, el obtener del colono la posesión de las cosas afectas al pago por medio del interdicto *salviano* (2). Después se le concedió una protección más eficaz. Otro pretor dió al arrendador una acción *in rem*, la acción *serviana*, por la cual, en defecto de pago a su vencimiento, pudo hacer valer contra el colono y contra cualquier otro tercer detentador un verdadero derecho real sobre las cosas sujetas al pago, y hacerse poner en posesión, a menos que el demandado prefiriera pagar la deuda (3).

Las ventajas de esta práctica impulsaron a los pretores siguientes a generalizar su aplicación, cualquiera que fuese la naturaleza del crédito. Desde entonces, todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes. Una simple convención que afecte a uno o varios objetos al pago de la deuda, fué suficiente para procurar al acreedor un derecho real, el derecho de *hipoteca*, sancionado por una acción *in rem*, que no es más que la acción *serviana* extendida, y que se llamó *cuasi-serviana* o *hipotecaria* (4). Este progreso no se menciona en los textos sino a mediados

(4) La palabra ἀντιχρήσις *(mutuus usus)* viene de ἀντὶ χρῆσθαι. L. 11, § 1, D., *de pign.*, XX, 1. Cf. art. 2.089, C. C.

(5) Véase antes la nota 2. Se habían tenido dudas sobre la validez de esta concesión, por la anomalía de tener su propia cosa en precario: pero se admite, por razón de utilidad práctica. Ulpiano, L. 6, § 4, *de precar.*, XLIII, 26: *...Et est haec sententia etiam utilissima: quotidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.*

244. (1) Cf. Scaevola, L. 32, D., *de pign.*, XX, 1. Catón *(De re rustica,* 146) hace ya mención de este uso.

(2) Gayo, IV, § 147: *Interdictum... salvianum... adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas in pro mercedibus fundi futuras pepigisset.* Ad. L. 1, C., *de precar.*, VIII, 9.

(3) *I*, § 7, *de act.*, IV, 6. Se ignora la fecha del interdicto salviano y la de la acción serviana. Pero parece cierto que el interdicto es anterior a la acción.

(4) *Hipotheca* viene del griego ὑποτίθημι. La hipoteca era, en efecto, practicada en el Derecho griego; pero es dudoso que los pretores se hayan inspirado en ella. La hipoteca del Derecho romano difiere sensiblemente de la hipoteca del Derecho griego, y los jurisconsultos romanos han llevado su teoría a un grado de perfección que no ha alcanzado nunca en Grecia.

del siglo I de nuestra era (Casio, citado por Paulo, L. 18, § 3, D., *de pign., act.*, XIII, 7).

Los intereses del acreedor y los del deudor estaban así felizmente conciliados: a) El acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho especial que le permite en momento oportuno, es decir, si no se le ha pagado al vencimiento, hacerse poner en posesión y tener una situación igual a la que le hubiese *dado la prenda*, y b) El deudor, mientras que su deuda no está extinguida, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada. Puede, pues, utilizarla y *afectarla a la seguridad de los demás acreedores.*

245. Estos principios nuevos dejaron sentir sus efectos en el contrato de la *prenda* y modificaron la situación del acreedor pignoraticio. En efecto, puesto que la simple convención bastaba para crear el derecho real de hipoteca, con mayor razón debió ser constituído cuando en la convención se añadía la remisión de la posesión. En lo sucesivo, el contrato de *prenda* procuró, pues, al acreedor el derecho real de hipoteca, siempre que no obstante estuviese hecho con el propietario de la c sa *dada en prenda* (1). El acreedor pignoraticio que perdía la posesión no tuvo ya para recuperarla solamente los interdictos, recurso temporal y de una eficacia relativa, sino también la acción *in rem* perpetua y dada contra cualquier detentador de la cosa (2).

246.—La hipoteca, en su concepción primitiva, no daba al acreedor más que el derecho de reclamar y obtener la posesión de la cosa si no se le había pagado, y el de guardarla hasta que hubiese recibido satisfacción del deudor. El interés de las dos partes exigía otra solución. De ahí la costumbre de *añadir al contado de prenda o a la convención de hipoteca* pactos accesorios para asegurar un desenlace rápido del conflicto.

a) Por la *lex commissoria*, las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa dada en prenda. Este pacto era muy peligroso para el deudor, quien, forzado por la necesidad, podía dar en prenda una cosa muy superior al valor de su deuda. Por eso, después de haber sido lícito durante toda la época clásica, fué justamente prohibido por Constantino (L. 3, C., *de pact. pign.*, VIII, 35, año 326) (1).

b) Otra convención completaba de un modo mas equitativo la seguridad del acreedor: es la que le permitía, a falta de pago, *vender* la cosa. Podía entonces pagarse con su precio, quedando a salvo la restitución al deudor, de lo que excediera del importe de la deuda.

Esta cláusula fué desde luego necesaria para que el acreedor tuviese el derecho de vender (Javoleno, L. 73, D., *de furt.*, XLVII, 2). Pero en

---

245. (1) Si el deudor da en prenda la cosa de otro, el contrato de *prenda* es válido; pero no puede tener en ello un derecho real en cuanto al beneficio del acreedor, porque el deudor no ha podido gravar con derecho real una cosa de la cual no es propietario. Es con esta restricción como es preciso entender esta frase de las *Institutas: Inter pignus et hipothecam, quantum ad actionem hipothecariam attinet, nihil interest* (I, § 7, *de act.*, IV, 6). C. Marciano, L. 5, § 1, D., *de pign.*, XX, 1.

(2) Ulpiano, L. 27, D., *de pign.*, XX, 1. Es por lo que la acción hipotecaria se llama también *indicatio pignoris:* Marciano, L. 16, § 3, D., *de pign.*, XX, 1. El acreedor pignoraticio podía ejercerlo antes del vencimiento, si perdía la posesión, porque la voluntad de las partes es que posea mientras llega esta época (Ulpiano, L. 14,pr., D., *de eod*). Debía ser muy distinto para el acreedor hipotecario que no tiene el derecho de posesión en tanto que la deuda no se ha pagado.

246. (1) C. art. 2.078, C. C. Las partes convenían a veces que la cosa no pertenecería al deudor no pagado sino después de la estimación hecha a su vencimiento y hasta la concurrencia del importe de la deuda (Marciano, L. 16, § 9, D., *de pign.*, XX, 1). Esta forma de la *lex commissoria* era menos perjudicial. ¿Estuvo comprendida en la prohibición? El texto de la ley 3 no está explícito en esta cuestión.

seguida se hizo usual, y a fines del II siglo era sobreentendida (2). Desde entonces se puede considerar el derecho a vender como una consecuencia *natural* de la hipoteca. Se ha realizado un gran progreso: la seguridad hipotecaria no consiste ya para el acreedor solamente en una toma de posesión, que hace la cosa incapaz de disponer de ella entre sus manos y no le da sino una satisfacción indirecta; le permite transformar la cosa en dinero y pagarse con su precio. Esta facultad no le puede ser quitada sino por una cláusula expresamente formulada.

Parece que, bajo Justiniano, se ha dado un último paso y que el derecho de vender sea la *esencia* de la hipoteca. El acreedor puede usarle a pesar de que haya cláusula en contrario, la cual no tiene ya más efecto que el de obligar a dirigir previamente tres notificaciones al deudor (3).

247.—2. *Caracteres del derecho de hipoteca.*—a) Es un derecho real *accesorio*. Supone una deuda cuyo pago asegura. Poco importa, por otra parte, la naturaleza de la deuda, que sea civil o natural, pura y simple, a término o condicional. La hipoteca puede asimismo garantizar una deuda futura (Marciano, L. 5, pr., D., *pign.*, XX, 1).

b) Es un derecho *indivisible*. Esta indivisibilidad no tiene el mismo sentido que la de las servidumbres prediales, la cual resulta de su naturaleza. Un copropietario puede hipotecar su parte indivisa. La indivisibilidad de la hipoteca se funda en la voluntad presunta de las partes. Significa que la hipoteca subsiste toda entera sobre el bien gravado, aun cuando una parte de la deuda haya sido pagada, mientras se siga debiendo algo al acreedor (L. 6, C., *de distr. pihn.*, VIII, 28).

248.—3. *De las cosas susceptibles de hipoteca.*—Todas las cosas susceptibles de ser vendidas pueden ser hipotecadas, sean *muebles* o *inmuebles* (1). El principio se aplica a las cosas *corporales* y a la mayor parte de las cosas *incorporales*. Por eso el propietario de una cosa puede hipotecar el *usufructo*. El usufructuario puede también hipotecar su derecho de *usufructo:* el pretor que le permite cederlo le permite hipotecarlo (L. 11, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). Sucede lo mismo con el derecho de *superficie* y con el *jus in agro vectigali* (L. 16, § 2, D., *de pign. act.*, XIII, 7). Un acreedor hipotecario puede asimismo hipotecar su derecho de hipoteca a su propio acreedor *(pignus pignoris)*, lo cual permite a éste el ejercitar la acción hipotecaria en su provecho (Marciano, L. 13, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). En cuanto a las *servidumbres prediales*, es necesaria una distinción. Las servidumbres urbanas no pueden ser hipotecadas ni dadas en prenda; pero se admite, por razón de utilidad práctica, que un propietario pueda dar en prenda una servidumbre rural de paso o de acueducto a un acreedor que posee un fundo vecino (2). Por último, se puede hipotecar un *crédito*, en tanto que lo permita

---

(2) Ulpiano, L. 4, D., *de pign. act.*, XIII, 7: *...Etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat. Ubi vero convenit ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

(3) El final del L. 4, D., *de pign. act.*, XIII, 7, parece indicar que este último progreso se había realizado desde la época de Ulpiano. Pero este final *(nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit)* se relaciona mal con el resto del texto y está manifiestamente interpolado.

248. (1) Gayo, L. 9, § 1, D., *de pign.*, XX, 1: *Quod emptionem venditionemque recepit etiam pignorationem recipere potest.* Es una diferencia con nuestro Derecho, en que los inmuebles sólo son susceptibles de hipoteca (C. artículos 2.118 y 2.119, C. C.).

(2) El acreedor puede usar de la servidumbre, y si no ha sido pagada a su vencimiento, venderla a un vecino (Marciano, L. 11, § 3, y Paulo, L. 12, D., *de pign.*, XX, 1). Pero esta facultad implica una situación muy especial. Es preciso que la servidumbre sea útil al acreedor y al vecino que la compra. No se puede, pues, sacar de aquí de un modo general la conclusión de que las servidumbres rurales sean susceptibles de hipoteca.

la naturaleza del derecho. Esto es más bien una cesión a título de prenda *(pignus nominis)* (3).

No solamente podía el deudor hipotecar cosas especialmente determinadas, sino que le estaba permitido también comprometer el conjunto de su patrimonio, concediendo al acreedor una hipoteca *general* sobre todos sus bienes presentes y aun sobre sus bienes futuros; es decir, sobre los que pudiese adquirir más tarde (4).

249.—4. *De la constitución de la hipoteca.*—La hipoteca puede ser *convencional, testamentaria* o *tácita.*

a) El *pacto*, es decir, el acuerdo establecido entre las partes, basta para crear el derecho real de hipoteca. Es una grave derogación a los principios, puesto que el derecho real se establece por simple convención, sin que haya habido ninguna tradición (1). Nacía con mayor razón del contrato de *prenda*, es decir, de la convención a que acompañaba la remisión de la posesión de la cosa dada en prenda al acreedor: lo que se practicaba, sobre todo, para los muebles (J., § 7, *in fine de act.*, IV, 6).

b) La hipoteca puede ser establecida por *testamento*. Desde luego, limitada al caso en que el testador quería dar una garantía a un legatario de renta vitalicia o de alimentos, esta facultad se generalizó en el Bajo Imperio (2).

En todos los casos, la hipoteca puede constituirse en provecho del acreedor, no solamente por el deudor, sino también por un tercero que compromete su cosa para la seguridad de la deuda de otro. Pero es preciso siempre, para que sea válida, que el constituyente sea propietario de la cosa hipotecada (3), o al menos que la tenga *in bonis* (Paulo, L. 18, D., *de pign.*, XX, 1), y que tenga la capacidad que se requiere para enajenar, porque la hipoteca lleva consigo lo más frecuentemente a la enajenación.

c) La hipoteca se establecía a veces *tácitamente* en provecho de ciertos acreedores: bien haya sido consagrada por el uso, como fundada en la voluntad presunta de las partes, bien hubiese sido creada por la ley (4).

Entre las hipotecas tácitas, unas estribaban sobre cosas determinadas. Tales eran, por ejemplo: 1.° La hipoteca del arrendador de un fundo rural sobre los frutos del inmueble (Pomponio, L. 7. D., *in quib. caus.*, XX, 2). 2.° La hipoteca del arrendador de una casa sobre las cosas que el arrendatario ha introducido en ella, *invecta et illata (Neratius*, L. 4, pr., D., *eod.)*. 3.° La hipoteca creada por Justiniano en provecho del legatario sobre la parte de sucesión del heredero gravada con el legado (V. n.° 612, 3).

---

(3) No puede ser cuestión para el acreedor el ejercer la acción hipotecaria. El *pignus nominis* le permite perseguir, *utilitatis causa*, al deudor y pagarse con el importe del crédito si tiene por objeto dinero; si es cuerpo cierto tiene el derecho de retenerlo en prenda hasta que se le haya pagado. Pomponio, citado por Marciano, L. 13, § 2, D., *de pign.*, XX, 1; Paulo, *L. 18*, pr., D., *de pign. act.*, *XIII*, 7; Diocleciano, L. 7, C., *de hered. vel act. vend.*, IV, 39.

(4) Papiniano, L. 1, pr., D., *de pign.*, XX, 1: *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est...* Ad. Justiniano, L. 9, C., *quae res pign.*, VIII, 17, año 528. Esta facultad, tan peligrosa para el deudor y tan perjudicial a su crédito, le ha sido retenida en nuestro Derecho, salvo en ciertos casos excepcionales (Cf. arts. 2.120 y 2.180, C. C.).

249. (1) Gayo, L. 4, D., *de pign.*, XX, 1: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum.* Paulo, L. 17, § 2, D., *de pact.*, II, 14: *De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio...*

(2) Ulpiano, L. 26, pr., D., *de pign. act.*, XIII, 7. Justiniano, L. 1, C., *com. de leg.*, VI, 43: *Cum enim jam hoc jure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare...*

(3) Este principio no impedía la validez de la convención, por la cual el deudor hipotecaba sus bienes futuros (L. 15, § 1, D., *de pign.*, XX, 1). Pero no se creaba el derecho real sobre cada bien, sino a su entrada en el patrimonio.

(4) Cf. D., *in quibus causis pignus hypotheca tacite contrahitur*, XX, 2. En el Derecho moderno, esas hipotecas se llaman *legales*. Cf. art. 2.117, C. C.

Otras gravaban sobre todos los bienes del deudor. He aquí las principales: 1.ª Desde la época de Antonino Caracalla, el fisco tiene hipoteca tácita sobre los bienes de sus deudores (L. 1 y 2, C., *in quib. caus.*, VII, 15, años 214 y 215). 2.ª Constantino dió hipoteca a los pupilos y a los menores de veinticinco años sobre los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones que resultan de la tutela y de la curatela (L. 20, C., *de adm. tut.*, V., 37, año 312). Justiniano concedió la misma garantía a los locos (L. 7, § 5, *in fine*, C. *de curat. fur.*, V. 70, año 530). 3.ª Justiniano decidió también que la mujer casada y sus herederos tuvieran hipoteca tácita sobre los bienes del marido, para garantizar la restitución de la dote después de la disolución del matrimonio (L. 1, § 1, C., *de rei ux, act.*, V, 13, año 530) (5).

250.—5. *Derechos del acreedor hipotecario.*—El acreedor que no ha sido pagado a su vencimiento puede prevalerse de la seguridad que le confiere la hipoteca. Si se considera la institución en su completo desarrollo, esta seguridad consiste en las ventajas siguientes: a) Derecho de ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la acción *in rem* hipotecaria para hacerse poner en posesión; b) Derecho de vender la cosa hipotecada; c) Derecho de pagarse con el precio con preferencia a los demás acreedores que no tienen garantía real, salvo la obligación de restituir al deudor lo que exceda el importe del crédito (1). Volvamos a ver con detalle estos diversos elementos del derecho hipotecario.

a) *Ejercicio de la acción hipotecaria, o derecho de persecución.*—El acreedor no pagado a su vencimiento puede ejercitar la acción hipotecaria no solamente contra el deudor que tenga en su mano la cosa hipotecada, sino también contra cualquier otro detentador. Hace así valer su derecho real opuesto a todos, y puede perseguir la cosa en cualquier parte en que se encuentre (2). El demandado en la acción hipotecaria debe abandonar la cosa al acreedor, a menos que prefiera pagar la deuda (V. n.º 781, II).

El tercero que no es personalmente deudor, y que no es demandado más que por detentar la cosa hipotecada, puede oponer al acreedor ciertas excepciones. He aquí las principales: 1.ª Si el demandado tiene él mismo sobre la cosa una hipoteca preferente a la del demandante, puede oponer una excepción a la acción hipotecaria (3). 2.ª El tercero deten-

(5) Se cita a veces otra fuente de la hipoteca: es la decisión del magistrado en los dos casos siguientes: a) El acreedor, puesto por el pretor en posesión de los bienes de su deudor, adquiere por el hecho de esta posesión un verdadero derecho de prenda, *pignus praetorium* (L. 26, D., *de pign. act.*, XIII, 7. C., *de praet. pign.*, VIII, 22); b) Antonino el Piadoso decidió que, si un deudor condenado no paga en el plazo fijado, el magistrado puede asegurar la ejecución de la sentencia por el embargo de ciertos bienes del deudor, los cuales son atribuidos como prenda al acreedor y vendidos a falta de pago; es la *pignus causa judicati captum* (L. 31, D., *de re judic.*, XLII, 1. C., *si in caus. judic.*, VII, 23). Pero en estos dos casos no hay verdadera hipoteca, porque el derecho del acreedor está subordinado a la posesión. Si la pierde, no tiene acción *in rem*. Es solamente por Justiniano, en caso de *pignus praetorium*, cuando le ha sido concedida esta acción (L. 2, C., *de praet. pign.*, VIII, 22, año 530).

250 (1) En el Derecho moderno, estas diversas ventajas se llaman *derecho de persecución, derecho de venta* y *derecho de preferencia*. Usaremos estas expresiones para más comodidad, aunque sean extrañas a la terminología de los jurisconsultos romanos.

(2) En realidad, el derecho de persecución pertenece a cualquiera que goce de un derecho real; pero tiene para el acreedor hipotecario una importancia capital. En efecto, el propietario, el usufructuario y en general todos los que disfrutan de un derecho real, tienen la cosa a su disposición: ellos no obran *in rem* más que si un tercero se la arrebata, y esto es un caso excepcional. Pero el acreedor hipotecario no posee la cosa: obrar *in rem* para reclamar la posesión constituye el ejercicio de su derecho. Es claro que para el acreedor pignoraticio que está en posesión, la acción *in rem* no es, por el contrario, sino un recurso excepcional.

(3) Marciano, L. 12, pr., D., *qui pot.*, XX, 4: *Creditor qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est; si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata...*

tador goza del beneficio *cedendarum actionum*, que le permite forzar al acreedor a cederle sus acciones mediante el pago de la deuda (Scaevola, L. 19, D., *qui pot.*, XX, 4.—V. n.º 327). 3.º Por último, Justiniano le concede el *beneficio de discusión*, merced al cual puede exigir que el acreedor ejercite desde luego su acción personal contra el deudor principal y contra los fiadores (Nov. 4, c. 2).

b) *Derecho de venta.*—El acreedor no pagado a su vencimiento que tiene la posesión, o que la ha obtenido ejercitando la acción hipotecaria, tiene derecho a vender la cosa hipotecada. No está obligado a ello: no es para él más que una facultad.

Esta venta no está sometida a ninguna forma especial. El acreedor mismo procede a ello amistosamente, después de la notificación hecha al deudor. Justiniano ha decidido que, si las partes no han regulado las condiciones de la venta, el acreedor debe dirigir una intimación al deudor, u obtener sentencia contra él, y esperar dos años para proceder a la venta (L. 3, § 1, C., *de jur. dom. imp.*, VIII, 34, año 530). Si hay una cláusula que impide vender, esta cláusula no se observa ya en el Derecho de Justiniano; pero el acreedor debe hacer tres notificaciones al deudor (V. n.º 246, *in fine* y nota 3). Por último, cuando el acreedor no encontraba comprador, podía dirigirse al emperador y hacerse atribuir la propiedad de la cosa, *dominium impetrare*, mediante un precio fijado según estimación (Alejandro Severo, L. 1, C., *eod.*, año 229).

El acreedor hipotecario que ha vendido la cosa hipotecada transfiere su propiedad al comprador, aunque él por sí mismo no sea propietario, sino porque obra como mandatario del deudor, bien por una convención expresa, bien, en la época clásica, en virtud de una cláusula tácita (Cf. Gayo, II, § 64. Ulpiano, L. 46, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. Véase, sin embargo, a continuación. n.º 251, c).

c) *Derecho de preferencia.*—Después de la venta, el acreedor hipotecario tiene el derecho de pagarse con su precio con preferencia a todos los demás acreedores. Es la consecuencia natural de la hipoteca, en virtud de la cual la cosa vendida estaba especialmente afecta a la seguridad de su crédito. Si el precio es inferior a lo que se le debe, el acreedor conserva por la diferencia su acción personal contra el deudor (L. 3, C. *de distr., pign.*, VIII, 28). Si, por el contrario, hay un resto, debe restituirlo (L. 24, § 2, D., *de pign., act.*, XIII, 7).

251.—6. *Conflicto entre varios acreedores hipotecarios.*—Se pueden haber establecido sucesivamente varias hipotecas sobre un mismo bien en beneficio de diversos acreedores. Las hipotecas coexisten e importa desde luego regular el conflicto entre estos acreedores.

En principio, las hipotecas se clasifican según la fecha de su constitución; la más antigua aventaja a todas las demás (1). Esta regla es muy equitativa, porque una cosa que está hipotecada a un acreedor no la puede el deudor hipotecar a otro sino respetando el derecho del primero. Pero el Derecho Romano ha exagerado su alcance, dando al primer acreedor hipotecario en fecha una situación especialmente favorable. La superioridad de su derecho se manifiesta desde distintos puntos de vista: a) Únicamente el primer acreedor puede, ejerciendo la acción hipotecaria, triunfar de todos los detentadores, cualesquiera que sean, y obtener una posesión de la cual no puede ser despojado por nadie. Un acreedor hipotecario posterior en fecha puede también obrar *in rem* y arrebatar la cosa, bien al deudor, bien a un tercer adquirente; pero sucumbe si obra contra un acreedor que tiene una hipoteca anterior,

---

251. (1) Ant. Caracalla: L. 4, C., *qui pot.*, VIII, 18: *...Sicut prior es tempore, ita potior es jure.* L. 2, C., *eod.*: *...Cum de pignore utraque pars contendat, praevalet jure qui praevenit tempore.*

y, si está en posesión de la cosa, puede ser despojado por el primer acreedor (Marciano, L. 12, pr. y § 7, D., *qui pot.*, XX, 4); b) El primer acreedor, una vez puesto en posesión, es libre de vender cuando quiera, sin preocuparse de los intereses de los demás acreedores hipotecarios; c) Si el primer acreedor vende, procura una seguridad completa al comprador, que no puede ser despojado por ningún otro acreedor hipotecario. No quiere esto decir que un acreedor que esté en segundo lugar y que está en posesión, no tenga derecho de vender. La venta que hace es válida; pero el primer acreedor puede ejercitar la acción hipotecaria contra el comprador y despojarle (Papiniano, L. 1, D., *de distr. pign.*, XX, 5), y d) Por último, si el primer acreedor ha vendido la cosa hipotecada, el comprador adquiere una propiedad libre de toda hipoteca. Los acreedores hipotecarios posteriores no tienen ya acción real (2). No conservan más que el derecho de hacerse pagar por su turno sobre el excedente del precio, cuando el primero está desinteresado; pero corren el riesgo de su insolvencia, o de la del deudor, si le ha sido entregado ese excedente. En una palabra, su garantía real ha desaparecido.

252.—Para evitar los inconvenientes de este sistema hubiese sido preciso dar publicidad a la constitución de la hipoteca. Los terceros hubiesen estado advertidos de la existencia de una primera hipoteca y no habrían hecho trato con el deudor sino con conocimiento de causa. Pero la hipoteca ha quedado siempre oculta en el Derecho Romano. Los peligros de esta clandestinidad para los acreedores que obtenían una hipoteca sobre una cosa ya hipotecada se atenuaban solamente de dos maneras:

a) El que hipoteca o enajena una cosa debe declarar si está ya gravada con hipoteca (Gayo, L. 15, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). Cuando falta fraudulentamente a esta prescripción, se hace culpable de un delito llamado *estelionato*, y se expone a una persecución criminal si causa por ello un perjuicio al adquirente o al nuevo acreedor hipotecario (C., *de crim. stellion.*, IX, 34).

b) Los acreedores hipotecarios inferiores en clase pueden aún hallar un recurso en el *jus offerendae pecuniae*. Se llama así el derecho que asiste a todo acreedor hipotecario de desinteresar de ello a otro y tomar el puesto de aquel cuyo crédito se ha extinguido: hay *successio in locum*. Casi siempre, como puede comprenderse, es un acreedor posterior que desinteresa al primero para obtener las ventajas de esta prioridad. No es de ninguna manera la hipoteca del primer acreedor la que él adquiere, porque la ha extinguido pagándola. Es la suya, que pasa a primer lugar (1). La situación de los demás acreedores no se modifica. El primer acreedor debía usar muy raramente del *jus offerendi* para desinteresar a un acreedor posterior; pero no era imposible que tuviese en ello interés, y tenía a ello derecho (Paulo, S., 13, § 8). En todos los casos, la facultad de ejercitar el *jus offerendi* constituía, para los acreedores inferiores en precedencia, una ventaja de la que no pueden aprovecharse más que si tenían dinero a su disposición (2).

---

(2) Alejandro Severo, L. 1, C., *si antiq.*, VIII, 20: *Si vendidit is qui ante pignus accepit persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.*

252. (1) Esta solución es disputada, pero nos parece que resulta suficientemente de los textos siguientes: L. 22, C., *de pign.*, VII, 14: *Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus...* L. 5, C., *qui pot.*, VII, 18: *...Pignoris tui causa firmabitur.*

(2) Se encuentran en Derecho Romano otras hipotecas en que hay una *successio in locum creditoris*, como la que resulta del *jus offerendi*. He aquí dos de ellas: a) El deudor toma a préstamo dinero para pagar a un acreedor hipotecrio; puede convenir con el nuevo acreedor que le será hipotecada la misma cosa y que gozará del orden de preferencia que tenía el acreedor desinteresado (Ariston, citado por Paulo, L. 3, D., *quae res. pign.*, XX, 3. Severo y Antonino, L. 1, C., *de his qui...*, VIII, 19, año 209); b) El comprador de una cosa hipotecada emplea el precio de venta en pagar al primer acreedor hipotecario; sin duda, no puede adquirir hipoteca sobre su propia cosa; pero él sucede en las ventajas a ese pri-

253.—*De las hipotecas privilegiadas.*—La regla según la cual las hipotecas que pesan sobre un mismo bien se clasifican según su fecha, tenían una excepción. Ciertas hipotecas, en razón de la naturaleza del crédito, tenían primacía sobre todas las demás, aun más antiguas. Entre estas hipotecas *privilegiadas* nos limitaremos a citar: 1.° La del acreedor cuyo dinero ha servido a la adquisición y a la conservación o mejora de la cosa hipotecada (Ulpiano, L. 5 y 6, D., *qui pot.*, XX, 4). 2.° La de la mujer sobre los bienes del marido, para la restitución de la dote. Justiniano decidió, en el año 531, que esta hipoteca pasase delante de todas las demás, aun anteriores a la celebración del matrimonio (L. 12, C., *qui pot.*, VIII, 18. Véase n.° 435, *in fine*).

254.—7. *De la extinción de la hipoteca.*—Siendo la hipoteca un derecho accesorio, se extingue por *vía de consecuencia*, al mismo tiempo que el crédito que garantiza (L. 43, D., *ne solut.*, XLVI, 3). Es preciso, además, que la extinción del crédito sea completa y absoluta. Si no es más que parcial, la hipoteca, que es indivisible, subsiste toda entera (L. 6, C., *de distr. pign.*, VIII, 28).

La hipoteca se extingue también *directamente* por causas que le son propias. He aquí las principales: 1. *La pérdida de la cosa hipotecada* (L. 8, pr., D., *quib. mod. pign.*, XX, 6). Pero si la cosa se ha transformado simplemente, la hipoteca subsiste (L. 16, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). 2. La *confusión*, es decir, la adquisición de la propiedad de la cosa hipotecada por el acreedor hipotecario; porque uno no puede tener derecho real sobre su propia cosa (L. 30, § 1, *in fine*, D., *de exc. rei jud.*, XLIV, 2). 3. La *renuncia* del acreedor. Puede ésta ser expresa o tácita. Se la presume cuando deja vender o hipotecar la cosa sin reservar su derecho (L. 4, § 1, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6). 4. *La prescripción extintiva de cuarenta años.* En el caso en que la cosa hipotecada quedase en manos del deudor, el tiempo no surtía efecto, en principio, sobre la hipoteca. Estuvo así hasta el emperador Justino, que limitó a *cuarenta años la más larga duración de la acción hipotecaria* (L. 7, § 1, C., *de praescr. trig.*, VII, 39, año 525). 5. La *praescriptio longi temporis.* Cuando la cosa hipotecada ha pasado a manos de un tercer adquirente hemos visto que la usucapión llevada a cabo por ese tercero no extingue la hipoteca. Pero si ha poseído la cosa con justo título y buena fe con relación al acreedor hipotecario, y su posesión ha durado diez años entre presentes o veinte años entre ausentes, puede oponer a la acción hipotecaria la *praescriptio longi temporis* (Paulo, L. 12, D., *de div. tempor.*, XLIV, 3). Es lo mismo en el Derecho de Justiniano (L. 8, pr., C., *de praescr., trig.*, VII, 39, año 528).

Capítulo IV.—Del poder de enajenar y de adquirir.

255.—Después de haber estudiado la propiedad y los derechos reales, nos falta ver cuáles son las personas que tienen el poder de enajenar una cosa, es decir, de transferir su propiedad a otro, y por intermedio de qué personas puede ser adquirida la propiedad. Por lo demás, sobre estos dos puntos, los principios establecidos para la propiedad son, en general, aplicables a los derechos reales, los cuales no son sino sus desmembraciones.

---

mer acreedor, y puede rechazar la acción hipotecaria de los acreedores posteriores como lo hubiese hecho aquel que ha desinteresado (Paulo, L. 17, D., *quae res pign.*, XX, 3. Alejandro Severo, L. 3, C., *de his. qui...*, VIII, 19, año 224. Estos diversos casos de *successio in locum* han llegado a ser en nuestro Derecho casos de *subrogación* (Cf. arts. 1.250 y 1.251, C. C.).

§ 1.—Del poder de enajenar.

(I., *quibus alienare licet vel non*, II, 8.)

256.—No se puede transferir a otro más derecho que el que uno tiene por sí mismo (1). De esta regla evidente resulta que, para enajenar, es preciso ser propietario, y que todo propietario puede, en general, enajenar.

Sin embargo, hay excepciones a cada uno de estos principios (2).

1. *Ciertas personas pueden enajenar sin ser propietarios* (3):

a) Los *tutores* de los impúberos y los *curadores* pueden enajenar, pero sólo a título oneroso, los bienes de los incapaces cuyo patrimonio tienen la misión de administrar. Este poder fué limitado por el senadoconsulto de Severo y de Antonino prohibiendo enajenar los *praedia rustica vel suburbana* de los pupilos y de los menores de veinticinco años (V. n.° 116, 2).

b) El *mandatario* puede enajenar un bien que pertenezca a otro cuando se le ha encargado especialmente por el propietario. El que ha recibido simplemente el mandato de administrar un patrimonio no tiene el poder de enajenar todos los bienes que le componen, sino solamente los frutos y las cosas que pueden perecer, porque esto es un acto de administración (Modestino, L. 63, D., *de procur.*, III, 3). Pero si un propietario ha confiado a un mandatario la *libre* administración de sus bienes, comprende el poder general de enajenar a título oneroso (Gayo, L. 9, § 4, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).

c) El *acreedor pignoraticio* o *hipotecario* puede, en la época clásica, vender la cosa dada en prenda, si no ha sido pagado al vencimiento, y transferir su propiedad al comprador. A título de mandatario expreso o tácito, ejerce este poder (V. núms. 246 b y 250 b).

2. *Ciertos propietarios no pueden enajenar.*—Conocemos ya la mayor parte de las personas que están comprendidas en esta excepción, porque son *incapaces:*

a) El *pupilo* no puede enajenar sus bienes sin la *auctoritas tutoris*, porque no puede él solo hacer su condición peor (4). La misma incapacidad sometía a la mujer a tutela perpetua, pero únicamente para sus *res mancipi* (Gayo, I, § 192.)

b) El *furiosus* no puede proceder por sí mismo a una enajenación válida mientras esté en estado de locura. Lo mismo hay que afirmar del *pródigo interdicto* mientras dure su interdicción (V. núms. 122 y 123).

c) El *menor de veinticinco años* en curatela es tratado como el pupilo, en el último estado del derecho. Le es preciso, para enajenar, el consentimiento del curador (V. n.° 128, 2).

d) Por último, el *marido*, propietario de los bienes que le han sido dados en dote, ha perdido completamente, bajo Justiniano, el derecho de enajenar o de hipotecar los inmuebles dotales (I., pr., *ht.*). (V. número 434).

---

256. (1) Ulpiano, L. 54, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* y L. 20, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

(2) I., pr., *ht.*: *Accidit aliquando ut qui dominus sit alienare non possit, et contra qui dominus non sit alienandae rei potestatem habeat...*

(3) En el Derecho anterior a Justiniano, esta excepción no concierne más que a las enajenaciones por la tradición, que transfiere la propiedad de las *res nec mancipi*, y para las *res mancipi* da solamente la *in bonis* al adquirente. En cuanto a las enajenaciones por medio de la mancipación y la *in jure cessio*, han necesitado siempre la intervención del propietario.

(4) I, § 2, *in fine*, *ht.*: ...*Cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.*

§ 2.—Por quién se adquiere.

(I., *per quas personas nobis adquiritur*, II, 9.)

257.—Según el antiguo Derecho civil, un ciudadano *sui juris* puede adquirir la propiedad y los derechos reales, no solamente por sí mismo, sino también por las personas que tiene bajo su potestad; es decir, por los esclavos, los hijos e hijas de familia, las mujeres *in manu* y las personas *in mancipio*, porque la personalidad de éstos se confunde con la suya. Por el contrario, no se puede adquirir nada por una persona libre e independiente, *per liberam et extraneam personam*. Pero, desde los comienzos del Imperio hasta Justiniano, estos principios han recibido grandes restricciones. La desaparición de la *manus* y del *mancipium* por una parte, el desarrollo de los peculios para los hijos de familia por otra, han limitado los casos en que el jefe de familia adquiere por medio de las personas sometidas a su potestad. La regla de que no se puede adquirir por una persona extraña ha cesado, por sí misma, de ser exacta. El principio de la adquisición por los esclavos es el único que ha quedado intacto: le estudiaremos desde luego.

258. I. *De la adquisición por los esclavos.*—Sabemos que el esclavo no puede tener nada propio (V. n.° 65, 2). Todo lo que adquiere pertenece a su dueño, y la regla ha subsistido en todas las épocas del Derecho Romano. Las condiciones según las cuales se efectúa esta adquisición varían según que se trate de la *propiedad* o de la *posesión*.

1. *Adquisición de la propiedad.*—Cuando el esclavo recibe tradición o mancipación de una cosa, de suerte que hubiese llegado a ser propietario si fuera libre y *sui juris*, la propiedad la adquiere el dueño *sin saberlo y contra su voluntad* (1). Pero es muy distinto si se trata de una sucesión que el esclavo está llamado a recoger; es un patrimonio que comprende bienes y deudas, y no debe el dueño llegar a ser deudor sin haber consentido en ello (Ulpiano, L., 6 pr., D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2). El esclavo no puede, por consiguiente, aceptar la sucesión sin la autorización del dueño. Pero, por una aceptación así hecha, el dueño adquiere la sucesión como si fuese él mismo heredero (Gayo, II, § 87, *in fine*). Por el contrario, el legado que no lleva consigo ninguna obligación en las deudas, se adquiere por el dueño sin saberlo (Ulpiano, XIX, § 19).

2. *Adquisición de la posesión.*—También adquiere el dueño la posesión por intermedio del esclavo (Gayo, II, § 89). Pero esta adquisición no se efectúa sin su voluntad, como la de la propiedad. Para poseer, en efecto, es preciso tener por sí mismo el *animus domini* (V. n.° 166). Ahora bien; el dueño no puede tenerla más que cuando ha autorizado la toma de posesión, o si se ha efectuado espontáneamente por el esclavo cuando se le ha informado de ello (2). En todos los casos, es preciso que haya sido advertido de la entrada en posesión para que pueda usucapir, porque la buena fe implica la conciencia de la posesión (Paulo, L. 47, D., *de usurp.*, XLI, 3. V. n.° 261, nota 4).

---

258. (1) Gayo, II, § 87: *Quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa adquirant, id nobis adquiritur...* L. 32, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Etiam invitis nobis per servos adquiritur paene ex omnibus causis.* Hay, sin embargo, un modo de adquirir del que el esclavo no puede hacer aprovechar al dueño: es la *in jure cessio*: porque es la ficción de un proceso, y el esclavo no puede afirmar en justicia un derecho que no sabría si le pertenece. La misma observación es aplicable a toda persona *alieni juris*; Gayo, II, § 96.—V. n.° 195, *in fine*.

(2) Papiniano, L. 44, § 1, *in fine*, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam sed corpore servi quaeri possessionem.*

Estos principios sufren, sin embargo, una excepción. El dueño llega a ser poseedor, aun sin saberlo, de las cosas que el esclavo hace entrar en su peculio. El *animus* del esclavo reemplaza entonces al del dueño, lo que prueba que, si el esclavo es de buena fe, la usucapión puede llevarse a cabo sin saberlo el dueño (3). Esta derogación del derecho común había sido establecida en interés del dueño para que no se viese obligado a inquirir a cada instante de los bienes que entran en el peculio (4).

259.—Cuando un esclavo pertenece a varios dueños, sus adquisiciones aprovechan a cada uno de ellos proporcionalmente a su derecho de propiedad sobre el esclavo. Por excepción, el esclavo adquiere para un solo dueño, si le ha designado como el único a aprovecharse de ello, o si ha obrado según la orden de uno sólo: ésta era, al menos, la solución sabiniana, que fué la que prevaleció (Gayo, III, § 167. I, § 3, *per quas pers.*, III, 28) (1).

260.—II. *De la adquisición por los hijos de familia.—De los peculios.*—El jefe de familia adquiere por los hijos sometidos a su potestad, como por los esclavos, y según las mismas reglas (Gayo, II, § 87). En efecto, según los antiguos principios, los hijos bajo potestad no pueden tener nada propio. Sus adquisiciones entran en el patrimonio familiar, sobre el cual únicamente el jefe de familia ejerce los derechos de propietario (V. n.º 83, 2).

Para dejar cierta independencia al hijo de familia y favorecer su actividad, el padre tenía la costumbre de abandonarle, como al esclavo, el disfrute de ciertos bienes que formaban un peculio *profecticio (a patre profectum)*. El hijo tenía sobre este peculio poderes de libre administrapión. Podía consentir enajenaciones a título oneroso, pero no donaciones (1). Si está emancipado, guarda el peculio cuando el padre no se lo retira expresamente, y puede llegar a ser propietario de ello por usucapión (Fr., Vat., § 260). Pero mientras está bajo potestad, la propiedad del peculio sigue perteneciendo al padre. Esta concesión no llevaba, *por consiguiente, ningún ataque al principio según el cual el jefe de* familia adquiere por las personas sometidas a su potestad.

Pero mientras que, para los esclavos, ese principio está aún intacto en tiempo de Justiniano, para los hijos de familia se ha modificado profundamente. A partir del reinado de Augusto, se admite que los hijos de familia sean propietarios de los bienes que han adquirido con ocasión del servicio militar, y que forman para ellos un verdadero patrimonio, con el nombre de *peculium castrense*. Esta modificación se fué extendiendo sucesivamente en el Bajo Imperio a los demás bienes que puedan llegarles por cualquier motivo, y que formaron, bien el *peculium quasi-castrense*, bien los *bona adventitia*. En tiempos de Justiniano, esta reforma ha recibido toda su extensión, y los principios del antiguo Derecho han cesado de ser exactos. Veamos de qué se componían los peculios *castrense* y *quasi-castrense* y los bienes *adventicios*.

1.—*Peculio castrense.*—Creado por Augusto, confirmado por sus

(3) Paulo, L. 3, § 12, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *...Quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt; nam videmur eas eorumdem et animo et corpore possidere.* L. 2, § 11, D., *pro empt.*, XLI, 4: *Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine apiscitur possessionem, id etiam ignoranlem me usucapere: quod si non peculiari nomine non nisi sciente me.*

(4) Papiniano, L. 44, § 1, D., *de adq. vel amit. pos.*, XLI, 2: *Quaesitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possesio quaereretur. Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere.*

259. (1) Las adquisiciones del esclavo se reparten a veces entre el propietario y otras personas, tales como el usufructuario o el usuario del esclavo. V. números 227, 2 a) y 235.

260. (1) Ulpiano, L. 7, pr., D., *de donat.*, XXXIX, 5: *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat. Non enim ad hoc el conceditur libera peculii administratio, ut perdat.*

sucesores, está incluído entre los numerosos privilegios que los primeros emperadores han concedido a los militares (I., *quib. non est permis.*, II, 12). Forman parte de este peculio todos los bienes que el hijo de familia adquiere con motivo del servicio militar, tales como su sueldo, la parte que se le atribuye en la repartición del botín y las distribuciones de tierras, las liberalidades que le son hechas por terceros, por motivo de su cualidad de soldado (2). Tiene sobre estos bienes los derechos de un propietario; puede enajenarlos a título oneroso o a título gratuito. Puede hasta llegar a ser, por esta causa, acreedor o deudor del padre de familia bajo la potestad del cual se encuentra; y tiene el derecho de ejercitar por sí mismo las acciones que le correspondan con ocasión de este peculio. Por último, le ha sido especialmente concedida la facultad de disponer de ello por testamento. En una palabra: se le trata, en cuanto al peculio *castrense*, como un verdadero jefe de familia (3).

2.—*Peculio quasi-castrense.*—Es Constantino el que organiza este peculio, en el año 320 de nuestra era. Considera que es preciso tratar con tanto favor como a los que están en los campamentos a los hijos de familia que tienen un oficio en el palacio del emperador *(palatini)*; guardan, pues, como propias las economías hechas sobre sus salarios y los dones recibidos del príncipe, a título de peculio *quasi-castrense* (L. 1, C., *de castr. omn. pal.*, XII, 31). El mismo favor se extendió más tarde a las ganancias hechas por los hijos de familia en las profesiones liberales, como la de abogado, y por último, a los emolumentos anexos a todas las funciones públicas. El hijo de familia tiene sobre este peculio los mismos derechos que sobre el peculio *castrense*, salvo el derecho de testar, que no le ha sido concedido a título definitivo más que por Justiniano (L. 37, C. *de inof., test.*, III, 28, año 532).

3.—*Bienes adventicios.*—Los peculios *castrense* y *quasi-castrense* no estaban reservados más que a ciertos hijos de familia: los soldados y los funcionarios. Al crearlos, los emperadores habían más bien cedido a consideraciones políticas que a la voluntad de reaccionar contra los efectos del poder paterno. Sin embargo, el carácter absoluto de ese poder conducía frecuentemente a consecuencias inicuas. Así, suponiendo que uno de los hijos de familia hubiese hecho por sucesión adquisiciones considerables, que habían venido a acrecentar el patrimonio del padre, su parte de la herencia paterna no se aumentaba con ello; sus hermanos y hermanas participaban de ello como él, y el testamento del padre podía aún favorecerles en su detrimento (I., § 1, *ht.*). Es para remediar estos abusos para lo que la legislación imperial trató de conciliar el interés de los hijos con el respeto debido al poder del padre, estableciendo un régimen especial para los *bona adventitia*.

Esta reforma, comenzada por Constantino, completada por los emperadores siguientes, no recibió su completo desarrollo más que bajo Justiniano. Constantino decidió desde luego que los bienes recogidos por un hijo bajo potestad, en la sucesión materna, le pertenecían como propios, y que el jefe de familia no tendría más que su usufructo (L. 1, C., *de bon. mat.*, VI, 60, año 319). Esta medida fué sucesivamente extendida a todos los bienes que provenían a título gratuito de la línea materna (L. 2, C., *eod.*, año 395); después, a todos los que venían de un esposo (L. 1, C., *de bon. quae lib.*, VI, 61, año 426) o de un prometido (L. 5, C., *eod.*, año 471). Por último, Justiniano sometió a la misma

(2) Macer, L. 11, D., *de castr. pec.*, XLIX, 17: *Castrense peculium est quod... in militia agenti donatum est, vel quod ipse filius familias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset.*

(3) Ulpiano, L. 2, D., *de S. C. Macedon.*, XIV, 6: *...Cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.* Tertuliano, L. 4, § 1, D., *de castr. pec.*, XLIX, 17. Papiniano, L. 15, §§ 1 y 2, D., *eod.*

regla, además de los peculios *castrense* y *quasi-castrense*, todos los bienes que el hijo bajo potestad adquiere por una causa cualquiera, salvo los que le vienen del padre (L. 6, pr., C., *eod.*, año 529). Todas estas adquisiciones forman los *bona adventitia*, en oposición a las que provienen *ex re patris*, y que componen el peculio *profecticio*, sobre el cual el padre conserva sus antiguos derechos (4).

El hijo bajo potestad, hijo o hija de familia, es propietario de los bienes adventicios; pero no puede disponer de ellos por testamento, ni aun bajo Justiniano (5). El padre de familia tiene su usufructo; es decir, la administración y el disfrute. No tiene que rendir cuentas de ninguna clase, pero le está prohibido enajenar e hipotecar (L. 4, C., *de bon. quae lib.*, VI, 61). Este usufructo se extingue cuando el hijo llega a ser *sui juris*. Era de temer desde entonces que el interés del padre impidiera emancipar al hijo. Por eso Constantino decidió que el padre guardaría, en este caso, en toda propiedad, un tercio de los bienes adventicios. Justiniano ha reemplazado ese tercio en propiedad por una mitad en usufructo, lo que va en ventaja de las dos partes (I, § 2, *ht.)*.

De este modo en el último estado del Derecho Romano, la antigua regla, según la cual los padres de familia adquieren por los hijos bajo potestad, no tiene ya aplicación más que en dos casos: a) Cuando el hijo realiza un acto de adquisición en nombre del padre de familia, del cual no es entonces más que el instrumento; b) Cuando se hace la adquisición con un valor suministrado por el padre de familia, *ex re* o *ex substantia patris*.

261.—III. *De la regla "nihi per extraneam personam adquiri posse"*. Si, según los antiguos principios del Derecho civil, las personas bajo potestad no son más que una sola persona con el jefe de familia, el cual se aprovecha de sus adquisiciones, la regla era completamente diferente para las personas que no están unidas entre sí por ningún lazo de potestad. El Derecho Romano no admite que se pueda llegar a ser propietario por el intermedio de una persona libre y *sui juris*. Así, pues, cuando un ciudadano ha dado mandato a un tercero de adquirir por él la propiedad de una cosa, ese mandatario no representa al mandante, y, aun cuando él reciba tradición en nombre del mandante, llega a ser, no obstante, único propietario (1).

Pero mientras que esta regla ha permanecido siempre verdadera para las adquisiciones por mancipación o *in jure cessio*, se ha transformado, desde la época clásica, para los modos de adquirir que tienen como base la posesión, a saber: la tradición y la usucapión. Resulta de ello que en el último estado del Derecho, la antigua regla ha desaparecido, al mismo tiempo que la mancipación y la *in jure cessio*, que habían tenido su único dominio, y que si las *Instituciones* de Justiniano la citan aún (§ 5, *ht.)*, ella no tiene ya, de su tiempo, más que un interés histórico.

¿De qué manera se había realizado ese progreso? Hemos visto cómo se había llegado a admitir la adquisición de la posesión por intermedio de un tercero, *corpore alieno*, siempre que se tuviese por sí mismo el

(4) I, § 1, *in fine, ht.; Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obvenial, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat., quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eam remaneat: ne quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit hoc ad alium perveniens luctuosum ei procedat.*

(5) ¿Qué llega a suceder a la muerte del hijo de familia con los bienes adventicios y los peculios *castrense* y *cuasi-castrense*? V., sobre este punto, el n.° 693.

261. (1) La regla está formulada por Gayo, II, § 95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque juri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus... nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extrancam personam nobis adquiri non posse...* V. para el final del texto n.° 166, nota 2.

animus domini; cómo esta solución dada por Neracio, en tiempo de Trajano, pero dudosa aun en tiempo de Gayo, había sido consagrada a fines del siglo II de nuestra era, en tiempo de Severo y Antonino (V. número 166 y notas).

Estos principios admitidos para la posesión influyeron naturalmente en la adquisición de la propiedad, cuando tiene por base la posesión, es decir, por la tradición y por la usucapión. En efecto: a) Ticio da a Sempronio el mandato de comprar en su nombre a él, mandante, una cosa *nec mancipi*, y de recibir la tradición de ella. Desde que el propietario vendedor ha entregado la cosa al mandatario, en ejecución de la venta, el mandante adquiere su posesión, aun antes de haber sido informado de ello. Pero como hay en él la voluntad de adquirir y, en el *tradens* la voluntad de enajenar en su provecho, el mandante Ticio llega a ser al mismo tiempo, por el efecto de la tradición hecha al mandatario Sempronio, no solamente poseedor, sino propietario (2); b) Si, por el contrario, la tradición ha sido hecha al mandatario por un no propietario, el mandante no puede obtener más que si le había sido hecha a él mismo. Es solamente poseedor, pero puede usucapir (3). Sin embargo, la usucapión no comienza más que desde el día en que ha sido informado de la tradición, porque es preciso que sea de buena fe, y no puede serlo sin tener conciencia de su cualidad de poseedor (4).

En resumen: en la época clásica, la regla, según la cual no se puede adquirir la propiedad por una persona extraña, no subsiste ya más que para la *mancipatio* y la *in jure cessio* (Modestino, L. 53, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). Pero, bajo Justiniano, cuando esos modos de transmisión han caído en desuso, así como la distinción de las cosas *mancipi* y *nec mancipi* ha cesado realmente de ser exacta, puesto que con la ayuda de la tradición o de la usucapión el mandante puede adquirir la propiedad por el mandatario.

---

(2) Neracio, L. 13, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine; dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti.* Ulpiano, L. 20, § 2, D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *...Quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

(3) 1, § 5, *per quas pers.*, II, 9: *...Et per hanc possessionem etiam dominium (vobis adquiri), si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus fuit.*

(4) Paulo, L. 47, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usucepimus in peculiaribus tantum rebus receptum est.* V. n.° 258, 2.

SEGUNDA PARTE

DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO U OBLIGACIONES

Generalidades.

(I, *de obligationibus*, III, 13.)

262.—Hemos visto que los derechos que componen el patrimonio de los particulares se dividen en *derechos reales* y en *derechos de crédito*. Hemos concluído el estudio de los derechos reales; nos falta hablar de los derechos de crédito. Se les llama también *obligaciones*. El derecho de crédito es, en efecto, una relación entre dos personas, de las cuales una, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, un hecho determinado, apreciable en dinero. Ahora bien; esa relación puede ser considerada desde dos puntos de vista diferentes: del lado del acreedor, es un *derecho de crédito* que cuenta en el activo de su patrimonio; del lado del deudor, es una *obligación*, una deuda que figura en su pasivo. Los jurisconsultos romanos se sirven exclusivamente de la palabra *obligatio*, en un sentido muy amplio, para designar el crédito lo mismo que la deuda (L. 4, *D.*, *de novat.* XLVI 2. I, § 2, *quib. al. lic.*, II, 8).

La teoría de las obligaciones es la que los romanos han llevado al más alto grado de perfección. Es que ella fué la obra de la razón misma de los jurisconsultos, que, intérpretes juiciosos de la voluntad de las partes, se aplicaron a desarrollar sus principios con la delicadeza de análisis que era su cualidad propia. Gracias a su influencia, las reglas de las obligaciones, sustraídas muy pronto al formulismo primitivo, se ampliaron, hasta el punto que han acabado por constituir un fondo común, aplicable a pueblos de costumbres y de civilizaciones diferentes. Por eso, a pesar del importante puesto que ocupa en el Derecho, los legisladores modernos han podido aceptar esta teoría, en sus elementos esenciales, tal como los romanos la habían concebido (1).

263.—I. *Definición y elementos de la obligación.*—Las *Instituciones* de Justiniano definieron así la obligación: es *un lazo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al Derecho de nuestra ciudad* (1). La obligación está así comparada a un lazo que une una a otra a las personas entre las cuales ha sido creada; es, por otra

262. (1) La mayor parte de los artículos de nuestro Código Civil sobre esta materia están tomados del *Tratado de las obligaciones*, de Pothiers, que reproduce lo más frecuentemente la teoría romana. Más recientemente, los redactores del Código Civil italiano de 1865 y del Código Civil alemán de 1896 han tomado en las mismas fuentes, conservando sobre muchos puntos, las soluciones romanas de una manera más exacta y más completa.

N. del T.—Véase Savigny, *Obligationenrech;* Winscheid, *Pand;* Dernburg, *Pand.;* Arndts-Serafini-Pandette-Molitor, *Les obligations en droit romain;* Perozzi, *La obligazione romane.*

263. (1) *Pr., de oblig.*, III, 13: *...Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura.*

parte, un lazo puramente jurídico (2). Pero si sujeta al deudor, si limita su libertad, no hemos de sacar de ahí la conclusión de que sea una molestia en la sociedad. El hombre no puede bastarse a sí mismo. Tiene necesidad de la industria, de la actividad de sus semejantes; es por medio de las obligaciones por lo que obtiene y por lo que da por sí mismo servicios recíprocos. Cuanto más se civiliza una nación, más se desenvuelve en ella el derecho de obligaciones; de donde surge la importancia capital de esta materia, que no ha cesado de perfeccionarse desde los orígenes de Roma hasta nuestros días.

264.—De la definición de la obligación surgen los tres elementos de que se compone: a) Un *sujeto activo*, el *acreedor;* puede haber uno o varios. Al acreedor pertenece el derecho de exigir del deudor la prestación que es objeto de la obligación. El Derecho civil le da, como sanción de su crédito, una *acción personal;* es decir, la facultad de dirigirse a la autoridad judicial para obligar al deudor a pagarle lo que se le debe. Esta sanción, organizada según los principios del Derecho civil romano, caracteriza a las obligaciones civiles, las únicas que son verdaderas obligaciones, que consisten en un *lazo de derecho*. En ciertos casos, sin embargo, se encontró bien admitir que una persona pudiese no estar obligada más que según el derecho natural; era un simple *lazo de equidad*. Resulta de consecuencias que los jurisconsultos y el pretor acabaron por precisar. Pero estas obligaciones imperfectas, calificadas de *naturales*, no han sido jamás sancionadas por una acción. Aquel en provecho del cual habían sido reconocidas no podía contar más que con una ejecución voluntaria de parte del deudor (1); b) Un *sujeto pasivo*, el *deudor*. Es la persona que está obligada a procurar al acreedor el objeto de la obligación. Puede haber en ella uno o varios deudores, como uno o varios acreedores (2); c) Un *objeto*. El objeto de la obligación consiste siempre en un *acto* que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, y los jurisconsultos romanos lo expresan perfectamente por medio de un verbo: *facere*, cuyo sentido es muy amplio, que comprende aun la abstención (3). Al lado de esta fórmula general están más precisos ciertos textos. Distinguen en tres categorías los diversos actos a los cuales puede ser obligado el deudor, y los resumen en estos tres verbos: *dare, praestare, facere* (Gayo, IV, § 2). *Dare* es transferir la propiedad de la cosa, o constituir un derecho real. *Praestare* es procurar el disfrute de una cosa, sin constituir derecho real. *Facere* es llevar a cabo cualquier otro acto, o aun abstenerse.

---

(2) Esta metáfora se encuentra en la palabra *ob-ligatio*, de *ob ligare*, atar, y en la palabra por la cual se expresaba en el antiguo Derecho Romano la idea de obligación: *nexum*, de *nectere*, anudar, encadenar. Ha servido aún para designar la extinción de la obligación: *solutio*: el lazo se ha desatado, *solutum*.

264. (1) En esta segunda parte del estudio del patrimonio trataremos primero exclusivamente de las *obligaciones civiles o sancionadas*, como lo hacen los jurisconsultos romanos. Volveremos después a las *obligaciones naturales* a título de apéndice (V. 526 a 530).

(2) El *acreedor* y el *deudor* se llaman en general *creditor* y *debitor*. Sin embargo, la palabra *reus*, que designa en su sentido propio a una persona comprometida en un proceso, después de la *litiscontestatio* (Festus, V.° *Reus)*, se emplea también por los textos para calificar indistintamente al acreedor y al deudor, aun antes de todo recurso a la autoridad judicial (L. 1, D., *de duob. reis.*, XLV, 2). En un sentido más especial, *reus* designa únicamente al demandado, y, por consecuencia, al deudor (Gayo, III, § 180).

N. del T.—La palabra *obligatio*, en el lenguaje de las fuentes del Derecho Romano, además del sentido estricto en que se toma su definición, se usa para denotar la fuente de la obligación, el derecho del que puede exigir la prestación, el deber respectivo del que se ve compelido a ésta, el documento que sirve de prueba de la existencia de la obligación y la sujeción de una cosa a prenda o a hipoteca.

Del concepto según el cual la obligación no establece relación alguna directa entre el acreedor y la cosa, y que solamente atribuye derecho a una prestación, se deduce que las obligaciones no pueden ser objeto de posesión o de cuasi-posesión.

(3) Paulo, L. 189, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Facere oportere et hanc significationem habet ut abstineat quis...* Ad. L. 218, D., *eod.*

La obligación tiene siempre por objeto un acto del deudor, que está personalmente obligado; resulta de ello que nunca, ni aun cuando ella consista en *dare*, transfiere por sí misma ni la propiedad ni ningún otro derecho real. El deudor está obligado solamente a efectuar esa transferencia por medio de los modos especiales creados para este efecto (4).

265.—II. *Divisiones de las obligaciones.*—Las *Instituciones* de Justiniano dividen las obligaciones según la autoridad que las has sancionado y según sus fuentes:

1. Las obligaciones sancionadas se califican de una manera general como obligaciones *civiles* cuando se contraponen a las obligaciones *naturales*, que están desprovistas de sanción. Pero cuando se quiere precisar por qué autoridad han sido provistas de acción, se las divide en obligaciones *civiles* y obligaciones *honorarias*. Se entiende entonces por obligaciones *civiles* las que han sido sancionadas por el Derecho civil, en estricto sentido, es decir, por una de las fuentes del Derecho, distinta de los edictos de los magistrados. Las obligaciones *honorarias* son aquellas que han recibido su sanción de los edictos de los magistrados, *jus honorarium*. Se las llama también *pretorianas*, porque han sido sancionadas casi todas por el pretor (1).

2. Las obligaciones se dividen en cuatro clases, según las fuentes de donde procedan. Nacen, en efecto, de un *contrato*, de un *delito*, *como de un contrato*, o *como de un delito* (V. n.° 266, nota 3).

266.—III. *Fuentes y desenvolvimiento de las obligaciones.*—De las cuatro fuentes de obligaciones admitidas en la época clásica del Derecho Romano, las principales y más antiguas son los *delitos* y los *contratos*.

Siendo la obligación una restricción a la libertad del deudor, se comprende que no puede hallarse uno en este estado de dependencia más que en razón de causas bien determinadas. Ahora bien; hay dos de ellas que reclaman naturalmente la sanción del legislador. Primeramente, el daño injustamente causado: toda mala acción, todo acto contrario al derecho, y que lleva perjuicio a los demás, debe obligar a su autor a una reparación; después, la voluntad libremente manifestada: cuando una persona ha tomado un compromiso con relación a otra que lo acepta, está obligada y debe cumplir lo que ha prometido (1).

El Derecho Romano ha reconocido estas dos grandes causas de obligaciones, pero no de una manera absoluta, y solamente bajo ciertas condiciones: si el hecho ilícito constituye un *delito;* si la voluntad se ha manifestado en un *contrato* (Gayo, III, § 88).

Las obligaciones así consagradas han sido, por otra parte, poco numerosas en su origen. Entre los primeros romanos, agricultores y gue-

---

(4) Es lo que dice Paulo en el L. 3, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7, cuyo texto se ha citado en el número 145, nota 2.

265. (1) I, § 1, *ht.: Omnium obligationum summa divisio in duo genera diducitur; namque aut civiles sunt aut praetoriae.*

N. del T.—La definición romana de la *obligatio* comprende las palabras *secundum nostrae civitatis jura*. El derecho civil abarca aquí el derecho honorario. Tómase en el sentido más lato, en oposición al derecho natural o de gentes, y sirve para indicar que el hecho que lleva consigo un deber moral o una obligación natural no bastaría para constituir una obligación propiamente dicha, si el *jus civitatis* no le hubiera dado carácter obligatorio, sancionándole con una acción.

Las palabras *alicujus solvendae rei* son una locución general que se emplea para dar a entender que se cumple la obligación que se debe, bien tenga ésta por objeto transferir el deudor al acreedor la propiedad de una cosa u otro cualquier derecho real *(dare, ad dandum aliquid;* Gayo, III, 90; Africano, D., VII, 1, 37; Paulo, D., VIII, 3, 19; Ulpiano, D., XLV, 1, 75, § 10), bien consista en hacer otro cualquier acto útil al acreedor *(facere, ad faciendum;* Paulo, fr. 2, pr., y § 5; Pomponio, fr. 5, § 1; Ulpiano, fr. 75, § 7, XLV, 1), comprendiendo dentro de él el *non facere*, o sea, los hechos negativos; por último, la palabra *praestare* se aplica para indicar aquellas obligaciones que, no teniendo una *intentio juris civilis* especial, se hacían valer por medio de acciones *in factum*.

266. (1) Ulpiano, L. 10, § 1, D., *de Justit.*, I, 1: ...*Alterum non laedere*. L. 1, pr., D., *de pec. const.*, XIII, 5: *Grave est fidem fallere.*

rreros, extraños al comercio y a la industria, las necesidades eran muy limitadas; el préstamo de dinero, el cambio, bajo sus diferentes formas, bastaba a satisfacerlas. El castigo de los actos ilícitos, que llevaba consigo una pena pecuniaria, era una fuente de obligaciones mucho más abundante. Pero cuando Roma ha entrado en relaciones con otros pueblos, la riqueza privada se ha acrecentado, y cuando una civilización más adelantada ha hecho nacer necesidades nuevas, el círculo de las transacciones se ha ensanchado. El Derecho ha debido sancionar, en un gran número de casos, el convenio de las partes, al mismo tiempo que lo somete a formas determinadas para garantizar la sinceridad. Al mismo tiempo, unas leyes extendían y completaban la lista de los delitos, cuya represión era preciso asegurar. Así se desarrollaron los *contratos* y los *delitos*.

Esta clasificación de las fuentes de obligaciones llegó a ser insuficiente a medida que el Derecho Romano se perfecciona. Los jurisconsultos, tratando de determinar las causas de las obligaciones sancionadas por el Derecho, reconocen que se puede estar obligado sin que haya habido contrato ni delito. Gayo, en una de sus obras, los *Aurei*, de la cual no tenemos más que fragmentos en el *Digesto*, estudia esas otras causas de obligaciones que no son ni contratos ni delitos, pero que se les parecen, que son como sus imágenes diversas, *variae causarum figurae*. Un análisis más preciso le permite, por otra parte, separarlas en dos categorías distintas, según que uno está obligado como a consecuencia de un contrato, *quasi ex contractu*, o como a consecuencia de un delito, *quasi ex maleficio* (2). Así, un heredero acepta una sucesión: está obligado a pagar los legados. Sin embargo, no hay contrato; pero ha habido por su parte un acto de voluntad lícito que se aproxima al contrato y no al delito: su obligación nace *quasi ex contractu*. Una persona lleva a cabo un acto ilícito que no entra en la categoría de los que el Derecho Romano califica de delitos: su obligación nace *quasi ex delicto*. Gayo reconoce, pues, implícitamente cuatro fuentes de obligaciones civiles, y esta división está más claramente formulada en las *Instituciones* de Justiniano (3).

267.—Cada obligación toma en Derecho Romano una fisonomía particular, según la causa que la ha producido. Por eso los jurisconsultos no estudian las obligaciones en sí mismas, según sus caracteres generales, sino que se limitan a describir las diferentes fuentes de donde nacen. Éste es el método que seguiremos en nuestras exposiciones.

---

(2) L. 1, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* L. 5, § 1, D., *eod.*: *Tutelae... judicio qui tenentur... quasi ex contractu teneri videndur.* L. 5, § 4, D., *eod.*: *Si judex litem suam fecerit... videtur quasi ex maleficio teneri.*

(3) I, § 2, *de oblig.*, III, 13: *...Aut ex contractu sunt (obligationes) aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.* Nuestro Código Civil distingue cinco fuentes de obligaciones: los *contratos*, los *delitos*, los *cuasi-contratos*, los *cuasi-delitos* y la *ley* (artículo 1.370, C. C.). Las obligaciones que no nacen de un hecho del hombre se consideran que vienen de la ley. En Derecho Romano nacen *quasi ex contractu*. Igualmente nuestro *cuasi-delito* no corresponde exactamente, por otras razones, a las obligaciones nacidas *quasi ex delicto* (V. n.° 462, nota 1). Sin embargo, con esta reserva haremos uso de las palabras *cuasi-contrato* y *cuasi-delito*, para más comodidad.

Capítulo I.—De las obligaciones nacidas de los contratos

§ 1.—Noción y desarrollo de los contratos.

268.—I. *Noción de los contratos.*—En todo *contrato* hay una *convención* (1). Para tener la noción del contrato es preciso, pues, saber primeramente lo que es una convención. Ahora bien, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado, se dice que hay entre ellas *convención* o *pacto* (2). Las partes que hacen una convención destinada a *producir un efecto jurídico* pueden proponerse *crear, modificar* o *extinguir un derecho.* No tenemos que ocuparnos aquí más que de las convenciones que tienden a *crear un derecho:* son las únicas que forman el género cuya especie es el contrato.

La convención no puede crear toda clase de derechos. Así es impotente para establecer por sí misma los derechos reales, los cuales están constituídos por modos especiales (V. n.º 145, 2). ¿Pero basta al menos para crear la obligación? En derecho natural es cierto que si el objeto de la convención es lícito, el que se ha comprometido libremente debe estar obligado. Este principio se ha consagrado en nuestro Derecho, donde toda convención honesta es legalmente obligatoria (artículo 1.134 C. C.). La voluntad de las partes es soberana; la ley la sanciona, y toda convención destinada a producir obligación se califica de contrato (art. 1.101 C. C.). Pero el Derecho Romano no ha admitido nunca este principio de una manera absoluta.

La regla antigua, que domina aún en la época clásica, y que subsiste aun en tiempos de Justiniano, es que el acuerdo de las voluntades, el simple *pacto*, no basta para crear una obligación civil (3). El Derecho civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas *formalidades*, cuya ventaja es dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes y disminuir los pleitos, encerrando en límites precisos la manifestación de voluntad. Consistían, bien en *palabras solemnes* (4) que debían emplear las partes para formular su acuerdo, bien en *menciones escritas;* bien, por último, en la *remisión de una cosa*, hecha por una de las partes a la otra. Estas formalidades, llevadas a cabo, venían a ser la *causa* por la que el Derecho civil sancionaba una o varias obligaciones (Ulpiano, L. 7, § 4, D., *de pactis*, II, 14). Sin embargo, se derogó esta regla en favor de ciertas convenciones de uso frecuente y de importancia práctica considerable. Fueron aceptadas por el Derecho civil tales como el derecho de *gentes las admitía*, es decir, válidas por el *solo consentimiento* de las partes, sin ninguna solemnidad (5).

---

268. (1) Ulpiano, L. 1, § 3, D., *de pactis*, II, 14: *...Ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem.* La palabra *obligatio* no se refiere aquí sino a la obligación convencional.

(2) Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de pactis.*, II, 14: *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. Pactum* o *pactio* viene de *paciscí*, tratar reunidos, ponerse de acuerdo. *Conventio* viene de *cum venire* (Cf. L. 1, §§ 1 y 3, D., *eod.*).

(3) Ulpiano, L. 7, § 4, D., *de pactis*, II, 14: *...Nuda pactio obligationem non parit.* L. 7, § 5, D., *eod...; Ne ex pacto actio nascatur.* Paulo, S., II, 14, § 1: *...Ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur.*

(4) La palabra *solemnes* significa aquí: *consagradas por el uso* (de *solere*).

(5) Ciertos autores califican de *causa civilis* las formalidades de que acabamos de hablar, y hacen de ellas una condición esencial, sin la cual no podría haber contrato. Esta teoría es demasiado *absoluta y extraña a los textos.* De un lado, en efecto, si se puede decir que las formalidades exigidas por el Derecho civil para ciertos contratos son la *causa* por la cual las sanciona, es preciso reconocer bien, a menos de caer en sutilezas, que esta causa

Cada una de las convenciones así sancionadas por el Derecho civil formaba un *contrato* y estaba designada por un nombre especial (6). Los *contratos* en Derecho Romano son, pues: *unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho civil.*

269.—Desde fines de la República se ha determinado el número de los contratos, y se distinguen *cuatro clases* de ellos, según las formalidades que deben acompañar a la convención: 1. Los contratos *verbis* se forman con la ayuda de palabras solemnes. No citaremos aquí más que el principal: la *estipulación;* 2. El contrato *litteris* exige menciones escritas; 3. Los contratos *re* no son perfectos sino por la entrega de una cosa al que viene a hacerse deudor. Son el *mutuum* o préstamo de consumo, el *comodato* o préstamo de uso, el *depósito* y la *prenda;* 4. Por último, los contratos formados *solo consensu*, por el solo acuerdo de las partes, son: la *venta*, el *arrendamiento*, la *sociedad* y el *mandato*. Toda convención que no figura en esta enumeración no es un contrato; es un simple pacto que no produce en principio obligación civil.

Si es difícil precisar en qué época se ha hallado definitivamente establecida esta lista de contratos, es cierto que no data de los orígenes de Roma. En un pueblo de costumbres sencillas y rudas, como las de los romanos de los primeros siglos, los procedimientos empleados para ligar a dos partes que quieren obligarse una con respecto a la otra debían ser poco numerosos y llenos del formalismo que caracteriza a las legislaciones más antiguas. No es sino por un progreso lento y continuo por lo que las formalidades primitivas de que estaba rodeada la convención han debido simplificarse y por lo que el Derecho Romano, sea por el perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por prestación de los usos comunes de los pueblos vecinos, es decir, el *jus gentium*, ha llegado a sancionar las cuatro clases de contratos vigentes en la época clásica. ¿Cuál ha sido el punto de partida de ese desarrollo histórico de los contratos, y cómo se ha efectuado? Es ésta una cuestión oscura. Sin embargo, los datos suministrados por los historiadores, ciertas disposiciones de la ley de las XII tablas, y aun algunos textos de jurisconsultos, han permitido formar una teoría, en la que la conjetura tiene ancho campo, y sobre la cual está lejos de llegarse al acuerdo, pero de la que es necesario indicar los principales rasgos.

270.—II. *Desarrollo histórico de las cuatro clases de contratos.*— Parece que las dos maneras más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el *nexum*, que tenía por causa un préstamo de dinero; después, la *sponsio*. Sin duda, se practicaron desde su origen otras operaciones indispensables aun en una sociedad naciente. Pero unas, tales como la venta y el cambio, se hicieron desde luego al contado; las demás, como el depósito y el mandato, quedaban fuera de la esfera del Derecho y hallaban su sanción en las costumbres.

1. El *nexum* se realizaba por medio del cobre y de la balanza, *per aes et libram*. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un *libripens*, investido, sin duda, de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y

falta absolutamente en los contratos formados *solo consensu*. Por otra parte, la expresión *causa civilis* no se vuelve a encontrar más que en el L. 49, § 2, D., *de pecul.*, XV, 1, y Pomponio la emplea allí en un sentido completamente distinto: para indicar una *fuente* de obligación civil.

(6) Ulpiano, L. 7, § 1, D., *de pactis.*, II, 14: *(Conventiones) quae pariunt actiones in suo nomine non sunt, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

púberos (1). El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre; porque esta moneda, aun tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar (Gayo, I, § 122). Pero después de la aparición de la moneda de plata no se tuvo necesidad de pesar las piezas; se las cuenta (V. n.º 360, nota 5). El empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces utilidad material. No se conservó como parte esencial del contrato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor, o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio* (2): esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus injectio* contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado *(corpus)* estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda (3).

En apoyo de la hipótesis según la cual el *nexum*, que sirve para realizar el préstamo de dinero, había sido el modo más antiguo de crear una obligación civil, se puede observar que el *mutuum* ha quedado siempre para los jurisconsultos romanos como el contrato por excelencia, el que tratan en primer lugar (D., *de reb. cred.*, XII, 1); que no se llama primeramente acreedores, *creditores*, más que a los que habían prestado dinero, y que esta palabra se extendió a continuación a todos aquellos a quienes se debía alguna cosa (Gayo, L. 11, D., *de verb. sign.* L. 16); que, por último, la antigua expresión *aes alienum*, usada para calificar la *deuda*, implica que el deudor ha tomado a préstamo el dinero de otro.

Es probable que las formas del *nexum* pudieran emplearse para dar a otras convenciones que tenían por objeto deudas de sumas de dinero, la fuerza obligatoria que les faltaba. Las partes simulaban un préstamo, a continuación del cual el deudor estaba obligado civilmente, como si hubiese tenido realmente *pecunia credita*, dinero prestado.

Las consecuencias del *nexum* son mal conocidas. Se sabe, sin embargo, que eran muy rigurosas. En virtud del contrato y sin juicio, el deudor que no pagaba estaba sometido a la *manus injecto*, especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces, el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como a su esclavo de hecho, si no de derecho (4). El *nexus* no se libertaba más que con la ayuda de un pago especial, acompañado de la solemnidad de la *aes et libra* y de una *nuncupatio* apropiada a la naturaleza de la operación (Gayo, III, § 174.—V. n.º 494, nota 1).

---

270. (1) Las mismas formas servían, pues, en el contrato, *nexum*, y en el traslado de propiedad, *mancipatio*. La palabra *nexum* ha designado primero toda operación llevada a cabo *per aes et libram*. Festus, V.º *Nexum*. Varron, *de ling. lat.*, VII, 105: *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia*. Más tarde, esta formalidad aplicada a la transferencia de propiedad tomó el nombre de *mancipium* o *mancipatio*, y la palabra *nexum* fué reservada para la creación de la obligación. Varron, *eod. (Nexum): Mutius scribit quae per aes et libram fiant ut obligentur praeter quae mancipio dentur.*

(2) La ley de las XII tablas sancionaba la declaración unida al *nexum* o a la *mancipatio* (tabla VI): *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto.* De ahí viene la expresión *nuncupata pecunia*, dinero prestado. Gayo (III, § 174) nos ha conservado los términos de la *nuncupatio* inversa, pronunciada por el deudor en el momento en que se liberaba *per aes et libram* de la obligación así contraída (V. n.º 494, nota 1). Las primeras palabras: *Quod ego tibi tot millibus condemnatus sum...* prueban que la *nuncupatio* que acompañaba al *nexum* contenía una *damnatio*.

(3) Por el *nexum*, el deudor comprometía su persona y no sólo sus servicios. En este sentido, Tito Livio, II, 23 [6]: *Id (aes alienum) cumulatum usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse deinde fortunis aliis, postremo velut tabem pervenisse ad corpus.* VIII, 28: *...Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse...* (después de la ley Paetelia Papiria: V. después, nota 5).

(4) Varron. *de ling. lat.*, VII, 106 ... *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.* Es casi imposible, a falta de datos, saber cuál era justamente la situación jurídica de los *nexi*.

La historia de los primeros siglos de Roma está llena de las luchas suscitadas por las deudas entre los patricios y los plebeyos y excesos cometidos por los acreedores sobre los deudores *nexi*. Esos abusos provocaron una medida legislativa. Hacia el año 428 de Roma, una ley *Paetelia Papiria* intervino en favor de los *nexi*. Declaró libres a los ciudadanos que eran *nexi* en el momento de su promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores, y decidió que no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes (5). Despojada de sus principales efectos, la formalidad del *nexum* cayó poco a poco en desuso.

2. Al lado del *nexum*, los ciudadanos romanos parecen haber empleado pronto la *sponsio* como medio de dar fuerza jurídica a las convenciones destinadas a producir una obligación. Desde el siglo v, la *sponsio* consiste en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor por medio del verbo *¿spondere, spondesne? spondeo*. Pero es difícil saber lo que era la *sponsio* primitiva y cuál fué su origen. Unos la hacen proceder de una simplificación del *nexum*, pues la *nuncupatio* habría llegado a ser suficiente para obligar. Pero, si era así, ¿por qué se había suprimido la solemnidad del *aes et libra*, mientras que se conservaba a título de símbolo en la *mancipatio?* Después la *nuncupatio* emana del acreedor solo; en la *sponsio*, hay una pregunta y una respuesta: es ésa una diferencia muy importante para que se pueda admitir entre esos dos contratos una relación de filiación. Otros hacen derivar la *sponsio* de un juramento prestado por el deudor sobre el altar de Hércules (Dionisio de Halicarnaso, I, 40). Lo que parece cierto es que tuvo primero un carácter religioso (6). Pero las ceremonias que la acompañaban fueron descuidadas a continuación, a medida que tomó extensión. Recibió un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes: éste fué la *stipulatio* (7). Esta manera de contratar acabó por ser accesible aun a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque la palabra *spondere* quedó especial para los ciudadanos (V. n.º 288, 1).

271.—Al mismo tiempo que la *stipulatio* venía a ser un instrumento cómodo para sancionar el acuerdo de las partes, nacían dos nuevos contratos, por decirlo así, de las ruinas del *nexum:* el *contrato litteris* y el *mutuum*.

1. Todo ciudadano acostumbraba a tener un registro, *codex*, donde consignaba los actos de su vida privada. El que había hecho un préstamo por medio del *nexum* no dejaba de hacerlo constar, escribiendo que tal suma se había pesado y entregado al prestatario: *pecunia expensa Titio lata*. Se acabó por admitir, sin duda después de la ley *Paetelia Papiria*, que la comprobación del *nexum*, escrita por el acreedor, con el consentimiento del deudor, bastaba para hacer nacer la obligación civil, como si hubiese habido realmente empleo del *aes et libra*. Una prueba de este origen del contrato *litteris* consiste en la mención que sirve todavía para realizarlo en la época clásica, y en que figura la palabra *expensum*. Se supone, pues, un peso que no ha tenido lugar, y que no tiene ya razón de ser (1).

(5) Según Tito Livio, esta ley fué para los plebeyos como la aurora de una libertad nueva. Su objeto no se nos ha revelado, por otra parte, sino de un modo incompleto, por un pequeño número de testimonios. Cf. Tito Livio, VIII, 28; Cicerón, *De Republ.*, II, 34; Dionisio de Halicarnaso, XVI, 9.

(6) *Spondere* viene del griego σπένδειν, hacer un pacto, un tratado consagrado por libaciones. Gayo hace alusión al origen griego de la palabra (III, § 93, *in fine*).

(7) Según Paulo (S., V, 7, § 1), *stipulatio* viene, en efecto, de *stipulum, id est firmum*, porque da a las convenciones la fuerza obligatoria. Esta etimología, que parece la más aceptable, está confirmada por las *Instituta*s de Justiniano (I r., *de verb. obl.*, III, 15).

271. (1) Gayo, III, §§ 129 y 130.—Como la mención contenía el nombre del deudor,

2. Por otra parte, se vino a realizar el préstamo de dinero de una manera más sencilla. Cuando la moneda de plata estuvo en uso, se tuvo necesidad de pesar la suma prestada. El empleo del *aes et libra* cesó de ser necesario para la perfección del contrato, que no exigió en lo sucesivo más que la tradición de la suma al prestatario. Sin embargo, es probable que se añadiese con anterioridad a la entrega de las especies una *estipulación* para obligar al prestatario a devolver. Después se debió libertar de esta formalidad, que necesitaba la presencia de las partes, y se consideró como obligado al que había simplemente recibido una suma a título de préstamo (2). Esto fué el contrato de *mutuum* que se formó *re*, por la tradición traslativa de propiedad de cierta suma al prestatario. El uso de añadir una estipulación se conservó largo tiempo, sin ser obligatorio en adelante, atestiguando el estado anterior del Derecho. Pero cualesquiera que hayan sido sus transformaciones, y aunque haya llegado a ser un contrato del derecho de gentes accesible a los extranjeros, el *mutuum* no ha perdido nunca su carácter originario. Como el contrato *litteris*, ha engendrado siempre una obligación de derecho estricto.

272. Con posterioridad a esos contratos nacidos del *nexum*, fueron sancionados otros por el Derecho civil, como el *mutuum*, es decir, a condición de que la convención fuera acompañada de la entrega de una cosa al deudor. Son el *comodato*, el *depósito* y el *pignus* o contrato de *prenda*.

Estas tres operaciones no eran desconocidas en absoluto de los romanos antes de que el Derecho civil hubiese hecho de ellas contratos. Las necesidades que suponen son de todos los tiempos: prestar una cosa a un amigo, depositar en su casa un objeto precioso, dar una garantía real a un acreedor, son actos que han debido realizarse muy pronto. Se procedía de la manera siguiente: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda se transfería al prestatario, al depositario o al acreedor, por *mancipatio* o *in jure cessio*. Se añadía ahí un pacto por el cual el adquirente se comprometía a volver a transferir, en momento oportuno, la cosa al antiguo propietario. Este era un pacto de *fiducia* sancionado por la acción *fiduciae* (1).

---

el crédito nacido del contrato *litteris* se llamó *nomen*. Esta expresión fué a continuación extendida y empleada para designar toda especie de créditos (Ulpiano, L. 6, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16).

(2) Según una conjetura propuesta por varios autores, esta solución fué admitida bajo la influencia de un principio, del que se encuentran en Derecho Romano aplicaciones muy antiguas, y, según el cual, el que ha recibido una cosa sin causa está obligado a restituirla (V. n.° 44, 1).

272. (1) El pacto de fiducia iba unido a una enajenación por *mancipación* o *in jure cessio* (Gayo, II, § 59), para obligar al prestatario a restituir o a abandonar su derecho sobre el objeto de la obligación en el momento fijado. Se pone a veces en el número de los contratos *re*. Para calificarle de contrato, puede uno apoyarse en el lenguaje de Gayo, que dice: *fiducia contrahitur* (II, § 60. V. a continuación nota 3). Pero ningún jurisconsulto romano le cita entre los contratos. Es, por otra parte, una pura cuestión de palabras. Porque, si primeramente ese pacto no debió tener otra sanción más que la buena fe del adquirente y la facultad para el que enajena de volver a tomar la cosa por *usureceptio* (V. n.° 209, 2), más tarde fué sancionado por una doble acción civil de buena fe, la acción *fiduciae directa* y la acción *fiduciae contraria* (Paulo, S., II, 13, §§ 6 y 7). Estas acciones se citan en el siglo VII de Roma por Q. Scaevola (V. n.° 273, nota 3). El pacto de fiducia estaba aún en uso en el siglo II de nuestra era, sobre todo para la constitución de una seguridad real (V. n.° 242) en las formalidades de la adopción (V. n.° 93, II, 1), de la emancipación (V. n.° 97, 1) y para la *coemptio fiduciae causa* (V. n.° 99). Es probable que fuese también empleado para realizar una donación por persona interpuesta, o en caso de enajenación de un esclavo con mandato de libertarlo. Pero no tiene ya aplicación en el Derecho de Justiniano. Ha desaparecido con la *mancipatio* y la *in jure cessio*. Por eso el *Digesto* no habla de él. Pero Lenel ha probado que varios textos de esa colección, que parecía que trataban del *pignus*, estaban, en realidad, consagrados a la fiducia, y que esos textos, sacados, sobre todo, del libro 30 de Ulpiano y del libro 31 de Paulo, *ad edictum*, han sido interpolados.

Aparte de ese procedimiento la entrega de una cosa en comodato, en depósito o en prenda no engendraba ninguna obligación contractual. pero la negación a restituir era un acto de mala fe condenado por las costumbres, y que acabó por ser tratado como una especie de delito, cuya represión aseguró el pretor dando al que había sido víctima de él una acción *in factum*.

Más tarde, la simple entrega de la cosa fué, por último, considerada, en nuestras tres hipótesis, como una causa suficiente de obligación civil. El que la había recibido estaba obligado a restituirla según la buena fe, y el acreedor estaba provisto contra él de una acción redactada *in jus*. Así, tres nuevos contratos, formados *re*, el *comodato*, el *depósito*, la *prenda*, se agregaron al *mutuum*, pero con caracteres diferentes. Es únicamente hacia fines de la República cuando parece realizado ese progreso (2). Por otra parte, aun en la época clásica, la práctica antigua, que consistía en transferir la propiedad de la cosa con pacto de fiducia, estaba todavía en uso (3).

273.—Nos falta hablar de los contratos consensuales.

De las cuatro clases de operaciones a las cuales se aplican, la *venta* es seguramente la más antigua. Mientras que la moneda fué desconocída, no se practicó más que el *cambio* al contado, efectuado por una doble traslación de propiedad. Después de la introducción de la moneda, la venta, en la que se adquiere una cosa mediante un precio, se distinguió del cambio (V. n.° 360, 2). Para realizarla, el vendedor transfería al comprador la propiedad de la cosa vendida por mancipación o tradición, según los casos; era un *datio* a título de venta, de donde el nombre de *venumdatio*. En cuanto al precio, era pagado inmediatamente. Más tarde, la estipulación proporcionó a las partes el medio de hacer la venta de otro modo distinto que al contado. Las obligaciones consentidas por el vendedor y el comprador se resumían y formulaban en una doble estipulación: uno se comprometía a entregar la cosa; el otro a pagar el precio. La estipulación debió permitir también crear relaciones civilmente obligatorias en caso de arrendamiento y de sociedad. Se encuentran aún bajo el Imperio vestigios de este procedimiento (1). Pero la acción de derecho estricto que sancionaba la obligación nacida de la estipulación se sometía mal a la apreciación de deudas recíprocas. Por eso el Derecho civil acabó por sancionar la simple convención en caso de *venta*, de *arrendamiento* y de *sociedad*. Fueron contratos formados *solo consensu* (2).

Por otra parte, el mandato fué en los comienzos uno de esos servicios gratuitos que se piden a un amigo, y cuya ejecución estaba suficientemente garantizada por la buena fe y por las costumbres. Es probable que fuese ofrecida primeramente por el pretor una sanción más eficaz,

(2) La enumeración de las acciones de buena fe expuestas por Cicerón, según el gran pontífice Q. Scaevola, que vivía en el siglo VII de Roma, no contiene las acciones de depósito, de comodato y de prenda (V. n.° 273, nota 3). Por otra parte, la ley *Julia municipalis*, del año 709, que cita las acciones infamantes, no habla de la acción de depósito, que tenía, sin embargo, ese carácter (V. línea 111. Girard, *Textos*, pág. 87).

(3) Gayo, II, § 60: *Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, au cum amico quo tolius nostrae res apud eum sint...*

273. (1) Cf. Para la venta y el arrendamiento, Paulo, L. 35, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1. Para la sociedad, Paulo, L. 71, pr., D., *pro socio*, XVII, 2, y tríptico de Transilvania (Girard, *Textos*, pág. 862).

(2) Se ha conjeturado, por la venta y el arrendamiento, que ese progreso se había llevado a cabo por extensión al derecho privado del uso admitido en derecho público. En efecto, cuando el Estado, por el ministerio de los censores o de los cuestores, hacía con un particular una venta o un arrendamiento, no tenía necesidad de recurrir a ninguna formalidad para obligar hacia sí al comprador o al arrendatario. En razón de su poder, la convención establecida con él hacía ley entre las partes. En apoyo de esta teoría, se ha observado que en el ejemplo de los arrendamientos consentidos por el Estado, los de los particulares se hacían de ordinario por cinco años. V. número 376, IV.

bajo la forma de una acción *in factum*, y que el Derecho civil hiciese a continuación del *mandato* un contrato productor de obligación y formado por el solo consentimiento.

En cuanto a la fecha de estas innovaciones, ningún documento cierto permite asegurar, aunque se haya dicho, que el Derecho civil haya consagrado los contratos consensuales desde el siglo VI, o aun antes. Pero se puede afirmar su existencia a mediados del siglo VII; porque el pontífice Q. Scaevola cita ya, hacia esta época, entre las acciones de buena fe, las que nacen de la sociedad, del mandato, de la venta y del arrendamiento (3).

274. III. *Otras convenciones sancionadas.*—Además de los contratos cuyo desarrollo hemos estudiado, el Derecho Romano ha reconocido fuerza obligatoria a otras convenciones, que no figuran en el número de los contratos nominados. Unas han sido sancionadas por el *Derecho civil*, bajo la influencia de los jurisconsultos; otras, por el *Derecho pretoriano;* otras, por último, por las *Constituciones imperiales.*

1. *Derecho civil.*—a) Fué admitido hacia el fin de la República que el simple acto que está unido a un contrato que se relaciona con él de una manera íntima le preste, en ciertos casos al menos, un carácter obligatorio, y produzca una obligación sancionada por la acción misma del contrato. Estos pactos se han llamado *pacta adjecta* (V. n.° 400); b) Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos están de acuerdo en que, si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas ha sido ejecutada por una de las partes, llega a ser civilmente obligatoria. Esta opinión acabó por triunfar, y las convenciones así sancionadas han recibido de los comentaristas el nombre de contratos innominados (Véase número 402).

2.° *Derecho pretorio.*—Por su parte, el pretor proveyó de acciones ciertas convenciones, tales como el *pacto de constituto* (V. n.° 410), el *pacto de juramento* (V. n.° 415) y el *pacto de hipoteca*, que se distingue de todos los demás en que está sancionado por una acción *in rem*, la acción hipotecaria (V. n.° 244).

3. *Constituciones imperiales.*—Por fin, en el Bajo Imperio, las Constituciones sancionaron la *convención de dar entre vivos*, y la que tenía por objeto la constitución de una *dote*. Se las llama *pactos legítimos* (V. n.° 416).

275.—Así, el número de convenciones sancionadas se ha encontrado, en el último estado del Derecho Romano, singularmente aumentado, pero ha quedado siempre limitado. Es verdad que se podía hacer obligatoria una convención cualquiera revistiéndola de las formas de la estipulación. Pero por sí mismo, el simple pacto, el acuerdo de las partes, que no entra en una de las categorías precedentes, no ha bastado jamás, ni aun bajo Justiniano, para producir la obligación civil. Este sistema tenía la ventaja de hacer más cierto el consentimiento de las partes, obligándolas a expresarlo en la forma de una estipulación. Pero esto era una traba a la libre manifestación de la voluntad, y ha desaparecido justamente de nuestro Derecho.

§ 2.—De las principales divisiones de los contratos.

276.—Se pueden hacer de los contratos varias divisiones. Unas están formuladas expresamente por los textos; otras se encuentran en ellos solamente en germen. He aquí las principales:

(3) Cicerón, *De offic.*, III, 17: *...Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur.*

1.ª Hemos dicho que los contratos se dividían en *cuatro clases*, según que se formasen *re*, *verbis*, *litteris* o *solo consensu* (1). No volveremos sobre esta división, ya estudiada (V. n.º 269).

2.ª Los contratos son de *derecho estricto* o de *buena fe* (2). Los contratos de *derecho estricto* son los que derivan del Derecho Romano primitivo, y ofrecen su carácter riguroso. Tales son el *mutuum*, el *contrato litteris*, la *estipulación*. Tienen por sanción la *condictio*. Para apreciar la medida exacta de la obligación que de ellos nace, el juez debe atenerse a la letra misma del contrato y no puede inspirarse en ninguna consideración de equidad. Los demás contratos son de buena fe: todo se debe arreglar en ellos según la equidad. Las acciones que los sancionan llevan un nombre distinto para cada contrato. Esta diversidad en la manera de apreciar las obligaciones contractuales tenía, sobre todo, su importancia en caso de pleito; es por lo que la misma distinción se vuelve a encontrar más netamente formulada a propósito de las acciones, que son, unas de derecho estricto, otras de buena fe (Véase número 794).

3.ª Se distinguen también los contratos *unilaterales* y *sinalagmáticos*. Los contratos unilaterales no engendran nunca obligación más que de un solo lado de las partes contratantes, *uno ex latere*. Son precisamente los contratos de derecho estricto: el *mutuum*, la *estipulación*, el *contrato litteris*. Los contratos de buena fe son *sinalagmáticos* (3); es decir, que producen obligaciones a cargo de todas las partes contratantes. Los comentaristas los subdividen en contratos *sinalagmáticos perfectos* e *imperfectos*. Los primeros son aquellos en los cuales todas las partes están inmediatamente obligadas desde que se ha formado el contrato; lo que ocurre en la *venta*, el *arrendamiento*, la *sociedad*. En los demás, no hay obligación más que de un lado en el momento en que se forma el contrato; pero puede suceder que posteriormente nazca del otro lado una obligación. En semejante caso, la obligación, nacida en el instante mismo de la formación del contrato, está sancionada por una acción *directa:* la otra, por una acción *contraria*. Son sinalagmáticos *imperfectos:* el *comodato*, el *depósito*, la *prenda* y el *mandato*.

4.ª Por último, los contratos pueden dividirse en dos clases, según el uso al cual se destinan. Unos, y es el mayor número, sirven para realizar operaciones determinadas, y cuya naturaleza está suficientemente indicada por el nombre mismo del contrato. Cuando dos personas hacen una venta, un depósito, un préstamo, de uso o de consumo, se sabe de antemano de qué clase de negocio se trata y cada uno de esos contratos no sabría tener otro destino. Son así todos los que se forman *re* o *solo consensu*. Por el contrario, la estipulación no implica por sí misma

---

276. (1) Gayo, III, § 89: ... *Aut... re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.*—Ad. I., § 2, *de oblig.*, III, 13.

(2) Pomponio, L. 57, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint...* Esta división no existe ya en nuestro Derecho, donde, en principio, todos los contratos son de buena fe.—Cf., art. 1.134, C. C.

(3) La palabra *contractus* se toma frecuentemente en un sentido especial para designar los contratos sinalagmáticos y de buena fe, por oposición a los contratos unilaterales y de derecho estricto.—Ulpiano, L. 19, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Labeo definit... contractum ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant.*—Ad. L. 10, *in fine*, D., *eod.*—Gayo, III, § 137.

N. del T.—Además de las clases de contratos expuestos por el autor, conoció el Derecho Romano como importantes los contratos *onerosos*, en que cada uno de los contrayentes obtiene un beneficio (compraventa, locación, conducción, sociedad, permuta); *gratuitos*, en que uno de los contrayentes se propone proporcionar al otro una ventaja sin compensación por su parte (donación, comodato, mandato); los *principales*, que pueden subsistir por sí mismos (venta, locación, permuta), y *accesorios*, que dependen de otros contratos *(fidejussio*, prenda, hipoteca, etc.); y los *solemnes* y *no solemnes*, según que la forma constituía o no la causa *(causa civilis)* de la obligación.

ninguna operación especial. Ésta es una manera de contratar, una forma de la cual se pueden revestir las convenciones para hacerlas civilmente obligatorias. El *contrato litteris* ofrece el mismo carácter, pero en una medida más restringida (Véanse núms. 292 y 340, 1).

277.—La variedad de aplicaciones de la estipulación le da en Derecho Romano una importancia muy superior a la de los otros contratos. Por eso los jurisconsultos exponen, al estudiarla, un cierto número de reglas que son en realidad aplicables al conjunto de las obligaciones contractuales. Nos parece, pues, lógico comenzar por la estipulación el estudio de los contratos. Pero, antes de hablar de cada contrato en particular, hay unos principios generales, unos elementos esenciales a la validez de todos los contratos, que debemos separar y exponer, para hacer más fácil la inteligencia de los detalles.

§ 3.—De los elementos generales de los contratos.

278.—Además de las condiciones de validez especiales a cada contrato, hay unos elementos que les son comunes, y que son esenciales a su existencia. Estos elementos son: 1. El *consentimiento* de las partes; 2. Su *capacidad;* 3. Un *objeto válido.*

I.—Del consentimiento.

279.—El consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado; es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato (L. 1, § 3, D., *de pactis*, II, 14.—V. n.º 268, nota 1).

Para que haya contrato es preciso que haya *acuerdo*, que el consentimiento emane de todas las partes contratantes. Nadie se obliga por su sola voluntad. El ofrecimiento hecho por el que consiente en contratar una obligación no le afecta de ninguna manera, mientras no haya acuerdo de voluntades. Es una simple *pollicitation, promesa hecha, pero no aceptada aún,* que no engendra ninguna obligación (1). Es preciso, además, que el consentimiento sea *real.* No se sabría si hay consentimiento de parte de una persona que no tiene voluntad: así, el *loco*, el *infante*, no pueden contratar (Gayo, L. 1, §§ 12 y 13, D., *de oblig.* XLIV, 7). No hay tampoco consentimiento cuando las partes han cometido un *error* tal que en realidad no están de acuerdo sobre la obligación que han querido contratar (2).

Ahora bien; los romanos consideran con razón que el *error es exclusivo del consentimiento* en los casos siguientes: a) Cuando las partes se engañan sobre la *naturaleza* del contrato. Por ejemplo: una cree entregar cierta suma en depósito; la otra cree que la recibe a título de préstamo: no hay ni depósito ni *mutuum*, porque no hay acuerdo ni para uno ni para otro de esos contratos (3); b) Cuando las partes no se entienden sobre el *objeto* mismo del contrato. Así, en una venta de esclavos, el comprador cree que se trata de Stico, mientras que el vendedor cree vender a Pánfilo; la venta es nula, porque no hay acuerdo entre las personas que han querido contratar (4). Estos principios son verdaderos, sea el contrato de buena fe o de derecho estricto.

---

279. (1) Ulpiano, L. 3, pr., D., *de pollicit.*, L. 12: *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.* Por excepción, la promesa hecha, pero no aceptada aún, obliga cuando se ha hecho a una ciudad. L. 3, § 1, D., *eod...*

(2) Ulpiano, L. 116, § 2, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Non videntur qui errant consentire.*

(3) Ulpiano, L. 18, § 1, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *Si ego quasi deponens tibi de dero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est.*

(4) Ulpiano, L. 9, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1: ... *Nam cum in corpore dissentiatur apparet nullam esse emptionem.*—Ad. I, § 23, *de inutil. stip.*, III, 9.

Pero puede suceder que, estando de acuerdo las dos partes sobre el objeto, una de ellas se engañe sobre la *sustancia*, es decir, sobre las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza propia de una cosa y la distinguen de las cosas de especies diferentes. Así, hay error *in substantia* cuando se toma un lingote de cobre por uno de oro, o vinagre por vino; pero no, si el oro que se creía puro contiene una aleación, o si el vino se encuentra ser de calidad inferior (Ulpiano, L. 9, § 2, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). En rigor, este error no impide que las partes estén de acuerdo, y el contrato es válido. Esta solución, cierta en los contratos de derecho estricto (L. 22, D., *de verb. obl.*, XLV, 1), era sostenida por Marcelo aun en la venta, aunque fuese contraria a la equidad y aunque la venta fuese un contrato de buena fe. Pero Ulpiano, en interés del comprador, consideraba, por el contrario, el error sobre la sustancia como exclusivo del consentimiento, y declaraba la venta nula (5). En cuanto al error que no afecta sino a *cualidades accesorias* del objeto, no tiene influencia sobre la validez del contrato.

280.—De esas hipótesis en que el acuerdo falta de una manera absoluta, es preciso distinguir aquellas en que el consentimiento existe, pero en las que está afectado de ciertos *vicios*, que han impedido a la voluntad manifestarse libremente. Estos vicios son el *dolo* y la *violencia*. El Derecho civil no los considera como obstáculo a la validez del contrato. Este principio riguroso tenía pocos inconvenientes prácticos. En efecto, al principio, los contratos eran en pequeño número y rodeados de solemnidades que aseguraban la libertad del consentimiento. En los contratos admitidos más tarde, siendo de buena fe, los árbitros podían atenuar o paralizar los efectos de la obligación si el consentimiento del deudor había sido viciado. En cuanto a los contratos de derecho estricto, unas reformas del pretor les permitió llegar al mismo resultado.

1. *Del dolo.*— Se entiende por *dolo* los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico (1). En materia de contrato, es preciso distinguir si esos manejos vienen de *una de las partes* o de un *tercero:*

a) Cuando se ha formado un contrato bajo el imperio del dolo por una de las partes, el Derecho civil le considera como válido. La persona que ha sido engañada habría, sin duda, discernido el dolo con un poco más de diligencia. Su consentimiento está viciado, pero existe; por consiguiente, se halla ligada por el contrato. Pero sería inicuo permitir que fuese lesionada por el fraude. Por eso, en los contratos de *buena fe*, en que todo debe regularse según la equidad, la acción misma del contrato le suministra el medio de escapar de las consecuencias del dolo de su adversario. Le bastaba hacer una prueba de ello ante los árbitros para evitar, si estaba demandada, el perjuicio de que se hallaba amenazada, o para obtener, si ejercía por sí misma la acción, la reparación del perjuicio sufrido.

Pero en los contratos de *derecho estricto* el Derecho civil no ofrecía ningún recurso para escapar de los inconvenientes del dolo. Desde que las formalidades requeridas habían sido llevadas a cabo, daban la medida exacta de la obligación nacida del contrato, y el juez de la *condic-*

---

(5) Ulpiano, L. 9, § 2, *de contr. empt.*, XVIII, 1.—L. 11, § 1, D., *eod.* Es una nulidad *absoluta* por falta de consentimiento. En nuestro Derecho, el error sobre la sustancia, entendida, por otra parte, en un sentido más amplio, es solamente un vicio del consentimiento, y la nulidad que resulta de ello es una nulidad *relativa*.—Cf., arts. 1.110 y 1.117, C. C.

280. (1) L. 1, § 2, D., *de dolo malo*, IV, 3: ... *Labeo... sic definit dolum malum esse: omnem calliditatem, allaciem, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Los romanos llaman a ese dolo *dolus malus*. Le distinguían del *dolus bonus*, es decir, de *los artificios* más o menos hábiles de que uno se puede servir para llegar a un resultado lícito. El *dolus bonus* queda extraño al Derecho.—Ulpiano, L. 1, §§ 2 y 3, D., *de dolo malo*, IV, 3.

tio no debía aportar ningún medio de conciliación por razón del dolo. Es verdad que, en caso de estipulación, el acreedor podía ponerse en guardia contra el dolo del deudor, haciéndole prometer, por las palabras mismas del contrato, que se abstendría de todo dolo presente o futuro. Esta cláusula, *clausula doli*, modificaba el carácter de la acción nacida de la estipulación, y permitía al litigante hacerse indemnizar en caso de dolo por parte del que promete (2). El procedimiento quedó siempre en uso. Pero no aprovechaba más que al acreedor. El pretor organizó, en interés de las dos partes, un sistema de protección más completo, que comprendía: 1.° Una acción especial, la *acción de dolo*, que la parte perjudicada por el dolo puede ejercitar, cuando la obligación ha sido ejecutada, para obtener reparación. Esta acción rigurosa, que llevaba consigo la nota de infamia para el demandado condenado, no se daba más que a falta de cualquier otro recurso; 2.° Un medio de defensa, la *exceptio doli*, que el deudor víctima del dolo del acreedor puede oponer a su acción cuando no ha ejecutado aún la obligación (3); 3.° Por último, la *in integrum restitutio*, por la cual las cosas se establecen nuevamente en el estado en que estaban antes del contrato (4).

b) Si el dolo emana de un tercero, la parte que ha sido engañada no puede prevalerse de ello con respecto a la otra parte, aun cuando el contrato sea de buena fe. Puede solamente ejercitar la acción de *dolo* contra el autor del dolo, para obtener daños y perjuicios (Gayo, L. 8, D., *de dolo malo*, IV, 3).

2. *De la violencia.*—La violencia, *vis ac metus*, consiste en actos de fuerza material o moral, que de ordinario hacen impresión en una persona razonable, y que inspiran a la que es objeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar su consentimiento (L. 1 y L. 6, D., *quod met. c.*, IV, 2). Lo mismo que el dolo, no impide que el contrato sea civilmente válido, porque el acuerdo de las partes existe. La persona que ha cedido por temor podía elegir entre dos partidos: soportar la violencia o consentir en el acto que se le ha querido imponer. Ha consentido por temor, pero ha consentido (5). Está, pues, obligada por el contrato.

La situación era la misma que si hubiese habido dolo. La parte víctima de la violencia, suficientemente protegida en los contratos de buena fe, quedaba indefensa en los contratos de derecho estricto. Por eso el pretor creó contra la violencia recursos análogos a los que diera contra el dolo: una acción *metus causa;* una excepción *metus causa;* por último, la *in integrum restitutio* (6).

La acción y la excepción de violencia se distinguen, sin embargo, de la acción y de la excepción de dolo por una diferencia esencial: ésta es que la parte cuyo consentimiento ha sido viciado puede usar de ello contra la otra parte contratante, aunque la violencia emane de un tercero (7). Esta solución se justifica porque la violencia lleva a la liber-

---

(2) Papiniano, L. 121, pr., D., *de verb. oblig.*, XLV, 1.—V. sobre la *clausula doli* el número 291.

(3) Gayo, IV, §§ 116 y 119.—Ulpiano, L. 36, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1: *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit et exceptio.*

(4) Véanse sobre la *excepción*, la *acción* y la *in integrum restitutio*, puestas de acuerdo en caso de dolo, y sobre sus fechas, los números 788, 804, 812, 1.

(5) Paulo, L. 21, § 5, D., *quod met. c.*, IV, 2: ... *Quia quamvis, si liberum esset, noluissem tamen coactus volui.*

(6) Véanse sobre la excepción, la acción y la *in integrum restitutio*, puestas de acuerdo en caso de violencia, y sobre sus fechas, los números 789, 804, 812, 1.

(7) Cf. para la acción, Ulpiano, L. 9, § 8, y L. 14, § 3, D., *quod met. c.*, IV, 2. Para la excepción, Ulpiano, L. 4, § 33, D., *de doli mali...*, XLIV, 4. La misma distinción entre el dolo y la violencia esta consagrada en nuestro Derecho por los artículos 1.111 y 1.116, C. C

tad del consentimiento un alcance más grave que el dolo, y porque la persona que ha sido víctima de ella tiene necesidad de una protección más amplia y más eficaz.

II.—De la capacidad de las partes.

281.—Para que un contrato sea válido es preciso que esté hecho entre personas capaces. No debe confundirse la incapacidad con la imposibilidad de consentir. El *loco* y el *infante* no pueden contratar, porque no tienen voluntad y porque no pueden consentir. Los incapaces, por el contrario, gozan de su libre albedrío, y pueden manifestar seriamente su voluntad; pero el Derecho civil, por razones diversas, anula su consentimiento. La capacidad es, pues, la regla; la incapacidad es la excepción, y no existe sino en la medida en que es pronunciada por el Derecho. Hay incapacidades especiales en ciertos contratos. No hablaremos aquí más que de las incapacidades generales. Unas alcanzan a las personas *libres*, y tienen por causa, lo más frecuentemente, la protección del incapaz; son las que derivan de la *falta de edad*, de la *prodigalidad* y del *sexo*. Las otras se refieren a los *esclavos*.

1. *Incapacidades que resultan de la falta de edad.*—a) *De los impúberos*: El impúbero, salido de la infancia, es *sui juris*, o sometido a la potestad paterna. En todo caso, tiene una voluntad, pero no puede casi apreciar las consecuencias de un contrato; por eso el Derecho Romano lo declara incapaz en cierta medida.

Hemos estudiado ya la incapacidad del impúbero *sui juris*, o pupilo *major infantia*. Establecida en su favor, no le alcanza, en materia de contratos, más que si desempeña el papel de deudor: no puede obligarse más que con la *auctoritas tutoris*. Pero es capaz de desempeñar el papel de acreedor, de estipular, por ejemplo; lo que no puede serle sino ventajoso (Véanse núms. 113, 114 y 115).

En cuanto al impúbero *major infantia* que está bajo la potestad paterna, su situación es análoga a la del pupilo, porque es capaz, en general, de figurar en un contrato, de suerte que haga nacer un crédito que aproveche al jefe de familia, y es incapaz de obligarse. Pero difiere de él porque esta incapacidad es irremediable: el padre no puede, en efecto, dar su *auctoritas* como el tutor. Ello es así, cualquiera que sea el sexo del impúbero (1).

b) *De los menores de veinticinco años.*—Durante largo tiempo, el Derecho Romano consideró como enteramente capaz al hombre *sui juris* que había llegado a la pubertad. Es únicamente bajo Diocleciano cuando se trató como legalmente incapaces a los que tenían curadores permanentes. Se les asimiló a los pupilos salidos de la infancia. Capaces de estipular y de contratar en general como acreedores, fueron incapaces de obligarse sin el consentimiento de sus curadores. Después de cesar la fuerza obligatoria de la tutela perpetua, esta incapacidad se extiende a la mujer *sui juris* menor de veinticinco años, cuando tiene un curador permanente (Véanse núms. 127 y 128).

2. *Incapacidad del pródigo.*—El que disipaba locamente su patrimonio estuvo también dotado de incapacidad, primero en interés de sus herederos agnados, después para protegerle a sí mismo contra sus seducciones. Era interdicto y puesto en curatela. Desde entonces podía

---

281. N. del T.—Respecto a lo que el autor denomina imposibilidad de consentir, debemos indicar que el Derecho Romano, además de comprender en ella a los niños, imbéciles y locos, equiparaba a los furiosos, los que por enfermedad grave, acceso de cólera o completa embriaguez estaban momentáneamente privados del uso de su razón.—Paulo, D., XXVIII, 1, 17, combinado con el fr. 3, XXIV, 2, de Gayo.

281. (1) I, § 10, *in fine*, de *inut. stip.*, III, 19: ... *Sed qui in parentis potestate est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.*—Gayo, L. 141, § 2, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1.

aún adquirir y llegar a ser acreedor en contratos; pero era absolutamente incapaz de obligarse por contrato (V. n.º 123).

3. *Incapacidad resultante del sexo.*—Si el hombre, llegado a púbero, es en principio capaz, es muy distinto de la mujer, cuyo sexo despierta entre los romanos una presunción de ligereza y de debilidad. Fuese *sui juris* o *alieni juris*, el Derecho civil la dotaba de incapacidad.

a) *De la mujer púber sui juris.*—La mujer púber *sui juris* estaba bajo tutela perpetua. Su incapacidad, que difería en ciertos aspectos de la del pupilo (V. n.º 120, 1), era la misma en materia de obligación contractual. Podía estipular, y en general llegar a ser acreedora, pero no obligarse, si no es con la *auctoritas* del tutor (Gayo, III, § 108). Esta incapacidad duró tan largo tiempo como la tutela perpetua. Ha desaparecido bajo Justiniano.

b) *De la hija de familia púber y de la mujer in manu.*—Los hijos *alieni juris* púberos eran tratados diferentemente según su sexo.

El hijo de familia era en lo sucesivo capaz de contratar con los terceros. Al contratar, *se obligaba civilmente*, o hacía nacer un crédito en provecho del jefe de familia (2).

Pero es muy distinto para la *hija de familia* púber, y para la *mujer in manu*, que le está asimilada (3). Es cierto que puede también, al contratar, hacer acreedor a aquel que tiene sobre ella la potestad. Pero, en la época clásica, como en el Derecho antiguo, la *hija de familia* y la *mujer in manu* son absolutamente *incapaces de obligarse civilmente por contrato*. Esta incapacidad, hoy día cierta (4), concordaba en sus resultados con la tutela perpetua, que tendía a la conservación del patrimonio de la mujer para sus herederos agnados. En efecto, la mujer púber *sui juris* no podía obligarse sin la *auctoritas* de su tutor y, por otra parte, la incapacidad de la mujer *alieni juris* la impedía arruinarse con anticipación contratando obligaciones civilmente válidas. Pero, en el Derecho de Justiniano, la tutela perpetua no existe ya, y los principios se han modificado. La hija de familia es en lo sucesivo capaz de obligarse al contratar, como el hijo de familia (I, § 7, *quid cum eo.*, IV, 7). En cuanto a la mujer *in manu*, no existe ya cuestión; esta potestad había caído en desuso desde hacía mucho tiempo.

4. *Incapacidad del esclavo.*—El Derecho civil considera al esclavo como una cosa dentro del patrimonio del dueño. El esclavo no tiene por sí mismo ninguna capacidad, y no puede al contratar llegar a ser civilmente ni acreedor ni deudor (Ulpiano, L. 14, D., *de oblig.*,

(2) Gayo, L. 39, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest.*—Cf. números 478, 479 y 483. Sin embargo, es preciso observar aquí que el jefe de familia y los hijos colocados bajo su potestad son considerados en Derecho civil como si no formasen más que una sola y misma persona. Son, pues, civilmente incapaces de contratar en sí, aunque el contrato tenga lugar entre el jefe y los hijos de familia, o entre dos hijos sometidos a la misma potestad.—Cf. Gayo, III, § 104.—V. n.º 529, 2.

(3) En Derecho Romano, el matrimonio no ha llevado nunca consigo por sí mismo ninguna incapacidad para la mujer. Es muy distinto en nuestro Derecho, que consagra la incapacidad de la mujer casada.—Cf. artículos 215 a 226, C. C.

(4) La incapacidad de la hija de familia resultaba ya del L. 3, § 4, D., *commd.*, XIII, 6, y del § 99, Fr. Vat. Pero, desde la restitución de Studemund, el § 104, III de las Instituciones de Gayo la consagra de una manera más clara. Se lee allí, en efecto: *Servus quidem et qui in mancipio est, et filiafamilias et quae in manu est, non solum ipsi cujus juri subjecti subjectaeve sunt obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.* Es verdad que en el L. 9, § 2, D., *de S. C. Maced.*, XIV, 6, Ulpiano aplica a la hija de familia el senadoconsulto macedoniano, que prohibía prestar dinero a los hijos de familia y protegía contra la acción del acreedor al prestatario *alieni juris* y al mismo jefe de familia. Ahora bien: si la hija de familia no puede obligarse, ¿para qué tiene necesidad de esta protección? En realidad, Ulpiano quiere solamente decir que a continuación de un préstamo de dinero hecho a una hija de familia, préstamo que no podría, por otra parte, obligarla, el padre de familia poseedor *del peculio* (L. 3, § 4, D., *commod.*, XIII, 6) puede oponer al acreedor el senadoconsulto, lo mismo que si el préstamo hubiese sido hecho a un hijo.

XLIV, 7). Pero el interés del dueño ha hecho moderar el rigor del principio: el esclavo puede ser por sí un instrumento útil de adquisición. Por eso se admitía que podía tomar de prestado en cierto modo la capacidad de su dueño, pero solamente para desempeñar en un contrato el papel de acreedor, y no para obligarse (5). Gracias a esta capacidad de prestado, el esclavo podía, al contratar, hacer nacer en provecho del dueño una obligación civil. Pero su capacidad no podía evidentemente ser más extensa que la del dueño, y el esclavo sin dueño quedaba incapaz (Javolenus, L. 36, D., *de stip., serv.*, XLV, 3). Los mismos principios se aplicaban en la época clásica a la persona *in mancipio* (Gayo, §§ 104 y 114).

III.—Del objeto.

282.—El contrato, formado por el acuerdo de personas capaces, debe aún, para ser válido, tener un objeto que reúna ciertos caracteres. En principio, el objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones. Pero si una de esas obligaciones es nula, por defecto de un objeto válido, el contrato mismo está afectado de nulidad. Se puede, pues, de hecho confundir sin inconveniente el objeto del contrato y el objeto de la obligación. Por otra parte, hemos visto ya que el objeto de la obligación consiste esencialmente en un hecho del deudor. Para que este hecho pueda ser válidamente el objeto de una obligación, debe reunir ciertas condiciones.

1. *Debe ser posible* (1).—La imposibilidad de llevar a cabo un hecho puede ser natural: así es imposible la *datio* de una cosa que no puede existir, como un hipocentauro, o que no existe ya, como un esclavo que ha muerto (I, § 1, *de inut., stip.*, III, 19). Pero uno se puede comprometer válidamente a suministrar una cosa futura con tal que exista en el momento de la ejecución de la obligación; por ejemplo: la cosecha que producirá tal campo o el niño que nazca de una esclava (2). La imposibilidad puede también resultar de una regla de Derecho; así debe considerarse como jurídicamente imposible la *datio* de una cosa *divini juris*, o de una cosa pública, o de un hombre libre. Cuando semejante imposibilidad existe en el momento del contrato, éste es nulo, porque la obligación no puede originarse. Poco importa que el obstáculo de derecho llegue a cesar, que la cosa sagrada se haga profana, que el hombre libre caiga en esclavitud; porque es en el instante en que se forma el contrato cuando debe reunir, para ser válido, los elementos esenciales a su existencia (I, § 2, *de inut. stip.*, III, 19).

Puede suceder que el contrato tenga por objeto una cosa susceptible de propiedad privada, salvo para una persona determinada. Así, un fundo provincial no puede ser adquirido por el gobernador de la provincia (L. 62, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). En semejante caso, el contrato es nulo si es el acreedor el que no puede adquirir la cosa prometida; es válido, por el contrario, si es el deudor, porque basta que la procure al acreedor. Quizá le sea difícil ejecutar la obligación; pero la dificultad de ejecución no impide la validez del contrato (3).

---

(5) Véanse para los detalles sobre los contratos realizados por los esclavos los números 477 y 480 a 482.

282. (1) Celso, L. 185, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Impossibilium nulla est obligatio.*

(2) Pomponio, L. 8, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1. Sin embargo, los romanos anularon como inmoral todo contrato sobre una *sucesión futura*. Justiniano admite por excepción la validez del contrato cuando se ha hecho con la adhesión de la persona cuya herencia está en juego (L. 30, C., *de pactis*, II, 3). En nuestro Derecho, la prohibición es absoluta (art. 1,130, C. C.); pero hay, en realidad, muy numerosas excepciones (arts. 918, 1.075, 1.082, C. C.).

(3) Ulpiano, L. 34, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—Venuleyo, L. 137, § 4, D., *eod ... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulantis pertinet.*

La buena fe del que se ha hecho prometer una cosa sagrada creyéndola profana, o de un hombre libre creyéndole esclavo, ¿impide que el contrato sea nulo? Es preciso distinguir según que el contrato sea de derecho estricto o de buena fe. Si se trata de una estipulación, que es de derecho estricto, el contrato es nulo, a pesar de la buena fe del estipulante, que no puede reclamar ni la cosa prometida, lo que es imposible, ni daños y perjuicios, porque eso sería salir de los términos de la estipulación (I, § 2, *de inut. stip.*, III, 19). Pero en un contrato de buena fe, como la venta, es de otra manera. Sin duda, el comprador no podrá obtener la cosa vendida, cuya prestación es legalmente imposible. Pero la equidad exige que pueda reclamar al vendedor una indemnización por todo el perjuicio que le ha causado su error, y la reclamará por la acción misma del contrato, por la acción *empti* (4).

2. *Debe ser lícito.*—Es preciso no confundir el hecho ilícito con el hecho cuya realización es legalmente imposible, como la *datio* de una cosa sagrada. El hecho ilícito puede ser llevado a cabo, pero está reprobado por la ley, como el robo y el asesinato. El Derecho, que prohibe tales actos, no puede permitir que sean el objeto de una obligación válida (5).

3. *Debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.*—La obligación, siendo una restricción a la libertad del deudor, no puede ser creada por puro capricho, sino únicamente si el objeto es de ordinario el procurar una ventaja al acreedor (L. 61, D., *de pactis*, II, 14). Ahora bien; puede suceder que el deudor no quiera ejecutar el acto prometido, y que el acreedor no tenga otro recurso que el de obtener daños y perjuicios: es preciso, pues, que ese acto pueda ser evaluado en dinero (6).

4. *Debe estar suficientemente determinado.*—No es necesario que el objeto del contrato esté precisado de una manera absoluta; pero es preciso que no esté demasiado incierto; porque el deudor podría entonces reducir la prestación a tales proporciones que no presentase ya ninguna utilidad para el acreedor. En general, la cuestión de saber si un objeto está suficientemente determinado debe resolverse como de hecho (Marcellus, L. 94 y 95, D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

283. —Desde el punto de vista de su determinación, los objetos de los contratos son susceptibles de ciertas divisiones.

a) Si consideramos especialmente el caso en que el objeto consiste en una *datio*, esta *datio* puede recaer bien sobre un *cuerpo cierto*, *species*, bien sobre *cosas in genere* (1). Un *cuerpo cierto* es una cosa determinada en su individualidad; por ejemplo: el esclavo Stico, el fundo Corneliano. Se entiende, por el contrario, por cosas *in genere* cosas determinadas solamente en cuanto a su especie (2); un esclavo, un caballo, mil sestercios, diez medidas de trigo. Todas las cosas de la especie designada pueden entonces, dentro de los límites del contrato, servir indiferentemente al deudor para ejecutar la obligación (3). El objeto no llega a

(4) Modestino, L. 62, § 1, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur.*—I, § 5, *de empt.*, III, 23.

(5) L. 6, C., *de pactis*, II, 3: *Pacta quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.*—Ad. L. 26; L. 27, pr.; 123, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.

(6) Ulpiano, L. 9, § 2, D., *de statul.*, XL, 7: ... *Ea enim obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt...*

283. (1) Juliano, L. 54, pr., D., *de verb. oblig.*, XLV, 1: *In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur.*

(2) La palabra latina *genus* corresponde más bien a la *especie* que al *genero*.

(3) Las cosas de la misma especie pueden así *funcionar* unas por otras, según la expresión de Paulo, L. 2, § 1, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *In genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie.* Es de eso de lo que se han hecho las cosas *fungibles:* carácter que resulta de la voluntad de las partes y no de la naturaleza de las cosas.

estar precisado sino por una elección ejercida con posterioridad al contrato, y que determina la individualidad de la cosa pagada al acreedor. Cuando no hay cláusula en contrario, es al deudor a quien pertenece la elección (Javoleno, L. 106, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). El interés de esta distinción entre los cuerpos ciertos y las cosas *in genere* se manifiesta cuando el objeto de la obligación perece por caso fortuito (Véanse números 464 y 465).

b) Desde un punto de vista más general, el objeto de un contrato puede ser *certum* o *incertum*. El objeto que consiste en un hecho que no sea una *datio* es *incertum* (4); porque, en caso de no ejecución del acto, este objeto se reduce a daños y perjuicios, cuyo importe es necesariamente incierto. El objeto que consiste en una *datio* es *certum* cuando la *datio* recae sobre un cuerpo cierto (5), o bien, sobre cosas *in genere*, con tal que el contrato determine su naturaleza, la calidad y la cantidad: *quid, quale, quantum sit*. Así, el objeto es *certum* si se ha estipulado: el esclavo Stico, mil sestercios o cien ánforas del mejor vino de Campania. Pero es *incertum* si una de esas condiciones falta; por ejemplo: si se ha estipulado un esclavo, sin decir cuál; o cien ánforas de buen vino de Campania, porque hay grados en la calidad, y el contrato carece en este respecto de precisión (6). Esta distinción ofrece interés porque la obligación es *certa* o *incerta*, según que el objeto sea *certum* o *incertum*, y porque resultan de ella consecuencias importantes desde el punto de vista de la acción ejercida por el acreedor (Véanse núms. 754 y 784).

§ 4.—De la causa en las obligaciones contractuales.

284.—En materia de obligaciones, los jurisconsultos romanos emplean la palabra *causa* en acepciones muy diversas. Bien designan por ella las fuentes mismas de las obligaciones civiles: así, los contratos y los delitos son *causas civiles* de obligaciones (L. 49, § 2, D., *de pecul.*, XV, 1), bien califican de *causa* las formalidades que deben añadirse a la convención para la perfección de ciertos contratos: las palabras en los contratos *verbis*, la escritura en el contrato *litteris*, la tradición de una cosa en los contratos *re* (L. 7, § 4, D., *de pactis*, II, 14.—V. n.º 268). Por último, la palabra *causa* sirve aún para expresar el *motivo jurídico* del consentimiento del que se obliga. Así, en una venta, la causa de la obligación que contrata el vendedor es el pago del precio, a lo cual está obligado el comprador. En la estipulación puede ser una deuda anterior que el que hace la promesa se compromete *verbis* a pagar al acreedor (Cf., D., *de cond. sine c.*, XII, 7).

285.—La *causa*, en este último sentido, constituye en nuestro Derecho un elemento esencial de las obligaciones contractuales; de suerte que una obligación que carezca de causa es nula, así como el contrato que debía producirla (art. 1.131, C. C.). ¿Era así en Derecho Romano?

El mismo principio se admitía necesariamente en los contratos que, no estando sometidos para ser válidos a formalidades artificiales, llevan, por decirlo así, su causa en sí mismos, y deben ser nulos cuando la causa falta. Tales son: a) Los contratos sinalagmáticos perfectos, en que la

(4) Ulpiano, L. 75, § 7, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Qui id quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur...*

(5) Sin embargo, el objeto se consideraba como incierto cuando la *datio* recaía sobre una cosa futura, cuya existencia es naturalmente incierta, o aun cuando consistía en el establecimiento de un derecho de usufructo, porque el valor de este derecho, unido a la vida del usufructuario, es igualmente incierto.—L. 75, §§ 3 y 4, *de verb. obl.*, XLV, 1.

(6) Gayo, L. 74, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Certum est quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantum sit; ut ecce aurei decem... homo Stichus, vini Campani optimi amphorae centum.*—Ulpiano, L. 75, §§ 1 y 2, D., *eod.*

obligación de una parte contratante sirve de causa a la obligación de la otra; si una no puede originarse, es claro que el contrato es nulo; b) Los contratos que se forman *re*, porque la obligación del deudor tiene por causa la entrega que el acreedor le ha hecho de cierta cosa. Si esta entrega no ha tenido lugar, el contrato no puede formarse; c) El mandato, que no existe sin causa lícita, y d) Los contratos *innominados*. La prestación hecha por una de las partes sirve de causa a la obligación de la otra parte; si esta prestación no ha sido efectuada, no hay contrato.

Es muy distinto en la *estipulación* y el *contrato litteris*, que son válidos con tal que hayan sido cumplidas sus formalidades. La causa reside, no en el contrato mismo, sino en una relación de negocios anterior o posterior. No es, pues, un elemento esencial para la validez de estos contratos, y el Derecho civil considera al deudor como obligado, aun cuando se haya comprometido sin causa. Por ejemplo: una persona quiere tomar a préstamo mil sestercios, y antes de que le hayan sido entregados se compromete a restituirlos, por estipulación o por contrato *litteris;* después no le es entregada la suma. El contrato regularmente formado no es menos válido, y el deudor está obligado civilmente. Poco importa que no haya causa o que la causa sea ilícita (1).

Pero el pretor hizo prevalecer un principio más equitativo. Cuando la excepción de dolo hubo sido introducida, permitió al deudor, obligado sin causa o por causa ilícita, oponerla al acreedor y paralizar así su acción (2). El mismo Derecho civil, al mismo tiempo que mantiene la validez del contrato viene en socorro del deudor. En caso de obligación *sin causa* se le permite, por una parte, proceder por adelantado y obrar contra el acreedor por medio de una *condictio sine causa*, para obtener su liberación o la restitución del documento que constituye la prueba del contrato (3). Por otra parte, si había ejecutado ya la obligación por error, puede reclamar al acreedor lo que le había pagado por medio de la *condictio indebiti* (V. n.° 443). En caso de *causa ilícita*, el deudor que ha pagado puede obrar en repetición por la *condictio ob turpem vel injustam causam*, pero únicamente si la obligación no presentaba un carácter ilícito más que por parte del acreedor (4).

Sección primera.—De los contratos formados "verbis".

§ 1.—Generalidades.

286.—Los contratos *verbis* se forman por la pronunciación de palabras solemnes, que hacen más preciso y más cierto el consentimiento de las partes. En la época clásica hay tres: la *estipulación*, la *dictio dotis* y el *jusjurandum liberti*. Estos contratos tienen como caracteres comunes el ser unilaterales y de derecho estricto. Pero mientras que la estipulación era de uso general, las otras dos no tenían sino aplicaciones muy limitadas. En la época de Justiniano, la *dictio dotis* ha caído en desuso, y

---

285. (1) Gayo, IV, § 116 a (continuación): *Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: ...eam pecuniam a te peti posse certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris...*—Paulo, L. 8, D., *de cond. ob. turp.*, XII, 5.

(2) Gayo, IV, § 116 a (continuación): *Sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.*—Ulpiano, L. 2, § 3, D., *de doli mali...*, XLIV, 4. En el siglo III, el deudor obligado sin causa que opone la excepción *non numeratae pecuniae* no tiene ni siquiera que probar nada. Es el acreedor el que debe probar que la obligación tiene una causa.—V. n.° 343.

(3) Juliano, L. 3, D., *de cona. sine c.*, XII, 7: *Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur.*—Ulpiano, L. 1, pr., D., *eod.*

(4) Paulo, L. 1, § 2, D., *de cond. ob turp.*, XII, 5: *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.*—L. 8, D., *eod.*

el *jusjurandum liberti* no se emplea sino muy raramente. La estipulación, por el contrario, no hace sino desarrollarse. Es, pues, este contrato el que debe constituir primeramente el objeto de nuestro estudio. Diremos a continuación brevemente en qué consisten los demás (Véanse números 336 y 337).

§ 2.—De la estipulación.

I.—Principios generales de la estipulación.

287.—I. *Noción y formación del contrato.*—La estipulación es una manera de contratar, que consiste en una interrogación al efecto de obligar hecha por el que quiere hacerse acreedor seguida de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta hecha por el que consiente en hacerse deudor (1). Por ejemplo: ¿Prometéis darme cinco escudos de oro? Lo prometo. *Quinque aureos dare spondes? Spondeo.* La palabra *stipulatio* se aplica en general al conjunto del contrato. Pero en un sentido más restringido, designa el papel del acreedor, mientras que el papel del deudor se llama *sponsio* o *promissio.*

Hemos hablado ya del origen probable de la estipulación (V. n.º 270, 2). Fué primeramente una institución de Derecho civil, de la cual únicamente podían participar los ciudadanos. Después, gracias a la facilidad que ofrecía para dar fuerza obligatoria a las convenciones, se generalizó su uso, y se hizo accesible a los extranjeros (Gayo, III, § 93). Pero, en razón misma de su sencillez y del carácter de precisión que debía dar al acuerdo de las partes, ha quedado sometida a condiciones de forma que, por otra parte, han acabado por ser interpretadas ampliamente.

288.—Estas condiciones pueden reducirse a tres.

1.º *Es preciso una interrogación seguida de una respuesta formuladas oralmente.*—El acreedor es el que habla primero. Resume en su pregunta el objeto del contrato. El deudor, que ha oído la pregunta y que consiente en obligarse en la medida indicada, responde a continuación afirmativamente. Resulta de este procedimiento que la estipulación no podía ser hecha por los *mudos* y los *sordos* (Gayo III, § 105). No podía tampoco tener lugar entre *ausentes:* la presencia de las partes era absolutamente necesaria para el cambio de palabras que constituye el contrato (1).

En cuanto a los términos que deben emplear las partes, es probable que en los comienzos únicamente la palabra *spondere* podía figurar con validez en una estipulación. Más tarde, cuando quedó abierto ese contrato a los extranjeros, se pudo hacer uso de otras fórmulas, tales como: *promittis? promitto; dabis? dabo; facies; faciam...* Fué aún permitido el emplear la lengua griega, si era comprendida por las dos partes (Gayo, III, § 93). Pero el verbo *spondere* ha sido siempre reservado para los ciudadanos romanos. Los extranjeros que se hubieran servido de él habrían hecho una estipulación *inútil* (2).

2.º *Es preciso que la respuesta sea conforme a la pregunta.*—Esta conformidad debía existir al principio en los términos mismos de la estipulación. El que promete estaba obligado a emplear en la respuesta el verbo de que se había servido el estipulante: *spondesne? spondeo;*

---

287. (1) Pomponio, L. 3, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est, responderit.*—I, pr., *de verb. obl.*, III, 15.

288. (1) L. § 12, *de inut. stip.*, III, 19: *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est.*

(2) Esta palabra está consagrada para expresar la nulidad de la estipulación.—Cf. I, *de inutilibus stipulationibus*, III, 19.

promittisne? promitto. En la época clásica, esta condición rigurosa, que era una garantía un poco exagerada del acuerdo de las partes, no se exige ya. Basta con que la respuesta indique claramente el consentimiento del deudor, el cual puede servirse de otro verbo, o responder en otra lengua si era comprendida por el estipulante, o aun contentarse con una expresión afirmativa, tal como *quidni*, por qué no. Pero un signo de cabeza, *nutus*, no es respuesta suficiente, porque es preciso siempre que haya cambio de palabras (Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1); eso no es un indicio cierto del consentimiento (V. n.° 529, nota 4). En el Bajo Imperio, una Constitución del emperador León, del año 472, decide por fin que no es ya necesario emplear fórmulas consagradas por el uso, y que la estipulación es válida, cualesquiera que sean sus términos, con tal que indiquen bien el acuerdo de las partes (L. 10, C., *de contr. et com.*, VIII, 38.—I, § 1, *de verb. obl.*, III, 15).

Si la concordancia literal de la pregunta y de la respuesta ha cesado pronto de ser necesaria, es preciso que haya siempre en ellas conformidad en cuanto al fondo; es decir, que el que promete se comprometa exactamente en la medida fijada por la interrogación y sin aportar a ellas en su respuesta ningún cambio. El medio más seguro de obtener este resultado es no desarrollar la respuesta, decir simplemente *spondeo* o *promitto*, porque se sobreentiende entonces todo lo que está comprendido en la pregunta, y la manifestación del acuerdo es perfecta (3). Pero si el deudor desarrolla su respuesta, debe prometer exactamente lo que el acreedor le exige; si no, no hay acuerdo, y la estipulación es inútil. He aquí unos ejemplos: a) A una interrogación pura y simple, el que hace la promesa responde comprometiéndose a pagar a término o bajo condición. El acuerdo falta y el contrato es nulo (Ulpiano, L. 1, § 3, D., *de verb. obli.*, XLV, 1); b) El estipulante ha dicho: *Spondesne dare Stichum et Pamphilum?* El que hace la promesa ha contestado: *Spondeo dare Stichum.* Se considera que hay tantas estipulaciones como objetos distintos. La que tiene por objeto a Stichus es válida, porque hay acuerdo en este punto entre la pregunta y la respuesta; pero la estipulación de Pánfilo es inútil (Paulo, L. 83, § 4, D. *eod.*). Cuando se había estipulado una suma de dinero: *Spondesne dare decem?* y la respuesta contenía una suma menor: *Spondeo dare quinque*, los jurisconsultos están en desacuerdo sobre la validez del contrato. Gayo consideraba la suma estipulada como un todo indivisible y anulaba la estipulación (Gayo, III, § 102). Ulpiano y Paulo pensaban, por el contrario, que era preciso descomponer la suma en sus unidades, y que la estipulación era válida para cinco porque había acuerdo para cinco (L. 1, § 4, y L. 83, § 3, D., *eod.*). Justiniano ha consagrado la opinión de Gayo, más rigurosa, es verdad, pero más conforme a la intención de las partes (I., § 5, *de inut. stip.*, III, 19).

En el caso en que la estipulación fuese inútil, porque la respuesta añadía o quitaba algo a la pregunta, esta nulidad fué considerada primeramente como irremediable. Las partes, que se ponían de acuerdo a continuación sobre el cambio, no tenían más que el recurso de hacer otra estipulación. Pero en el siglo III se admite una solución más amplia: si el estipulante se adhiere inmediatamente a la respuesta del que hace la promesa, la estipulación así modificada es válida, como si hubiese sido renovada (4).

---

(3) I, § 5, *de inut. stip.*, III, 19: ... *Inutilis est stipulatio si quis ad ea quae interrogatus fuerit, non respondeat... Neque necesse est in respondendo eadem omnia repeti quae stipulator expresserit.*

(4) Ulpiano, L. 1, § 3, *in fine*, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: ... *Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori diversitas responsionis, illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*—Sin embargo, ciertos autores consideran el final del texto *(nisi stipulatori...)* como interpolado.

3. *Es preciso que haya continuidad entre la pregunta y la respuesta.*— Esta regla no significa que la respuesta deba seguir inmediatamente a la pregunta, sino solamente que debe hacerse poco tiempo después, y sin que las partes se ocupen de otro asunto en el intervalo, lo que rompería la unidad del acto (Venuleyo, L. 137, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

289.—Cuando los romanos hacían una estipulación tenían la costumbre de redactar un escrito, llamado *instrumentum* o *cautio*. Relataba primeramente el objeto del contrato *(praefatio)*, después el cumplimiento de las formalidades, y terminaba por los nombres y los sellos de los testigos *(signatores)* que habían asistido al acto (1). Este escrito no era una condición para la validez de la estipulación, pero era útil desde el punto de vista de la prueba, y hacía presumir el cumplimiento regular de las formalidades. Desde fines del siglo II se admite que, si el escrito se limita a hacer constar la promesa hecha por el deudor, se debe presumir que ha habido primeramente interrogación, con tal que haya sido redactado *entre presentes* (2). Pero el que promete podía combatir esta presunción de validez probando su ausencia o la del estipulante. Esto era una fuente de pleitos. Por eso Justiniano quiso disminuir las probabilidades de éxito de un deudor poco escrupuloso, y decidió que el que promete no podría hacer caer la presunción resultante del escrito sino a condición de establecer, con ayuda de otros escritos o de testigos irreprochables, que él mismo, o el acreedor, se encontraba en otro lugar durante todo el día indicado por la estipulación (L. 14, C., *de contr. et com.*, VIII, 38, año 531.—I, § 12, *de inut. stip.*, III, 19).

290.—*Caracteres y efectos de la estipulación.*—La estipulación es un contrato *unilateral* y de *derecho estricto*. No engendra obligación más que a cargo del que promete. La medida de esta obligación está rigurosamente determinada por las palabras que han dado a la convención la fuerza obligatoria. Está sancionada en el procedimiento formulario por acciones diferentes, según el objeto de la estipulación.

Cuando el objeto es *certum*, si consiste en una suma de dinero, la acción dada al acreedor es la *condictio certae creditae pecuniae;* si consiste en cosas determinadas distintas que dinero, es la *condictio certae rei* o *triticaria* (1). Cuando el objeto es *incertum*, la obligación está sancionada por la acción *ex stipulatu* (2).

Esta última acción es de creación más reciente. Es probable que en sus comienzos la estipulación no pudiese tener más que un objeto cierto. Pero muy pronto se debió sentir la necesidad de estipular un hecho cualquiera o de una abstención. Se logró primero indirectamente, estipulando, a título de daños y perjuicios, una suma de dinero deter-

---

289. (1) Ejemplos de esos *instrumenta* se citan en el Digesto: L. 122, § 1 y L. 126, § 2, *de verb. obl.*, XLV, 1.—L. 40, D., *de reb. cred.*, XII, 1.—Cf. también Girard, *Textos*, páginas 845 y 846.

(2) Paulo, S., V. 7, § 2.—L. 134, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—Severo y Antonino, L. 1, C., *de contr. et com.*, VIII, 38, año 200.—I, § 17, *de inut. stip.*, III, 19: *Si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.*

290. (1) V. sobre la *condictio certae creditae pecuniae* y la *condictio triticaria* el número 784, 1 y 2.

(2) I, pr., *de verb. obl.*, III, 15: ... *Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, in incerta.* La acción *ex stipulatu* tenía una *demonstratio* que indicaba la fuente de la obligación: *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est*... (Gayo, IV, § 136); lo que basta para distinguirla de la *condictio incerti* que consideraremos como si no la hubiera, contrario a la opinión sostenida en nuestras primeras ediciones (V. n.° 784). Es preciso, por otra parte, observar que los jurisconsultos no se conforman siempre con la terminología que hemos indicado. Llaman frecuentemente *ex stipulatu* a la acción que sanciona aún una estipulación *certa* (Cfr. Ulpiano, L. 10, § 1, D., *de pact.*, II, 14.—Paulo, L. 132, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—L. 11, D., *de dote prael...*, XXXIII, 4). Pero la califican entonces según el contrato de donde nace y no según su naturaleza.

minada, bajo la condición de que el que promete no llevaría a cabo el acto convenido. El estipulante podía entonces, en caso de no ejecución del acto, reclamar la suma por la *condictio certae creditae pecuniae*. Después no se tuvo ya necesidad de este rodeo: se estipuló el acto mismo, y la estipulación fué sancionada por la acción *ex stipulatu*. Sin embargo, se conservó la costumbre de añadirle una cláusula penal, merced a la cual las partes fijaban por sí mismas la indemnización debida por el deudor que no había ejecutado su promesa (V. núms. 474 y 475) (3).

291.—Que la acción fuese la *condictio* o la acción *ex stipulatu*, era siempre de derecho estricto. El juez debía limitarse a la interpretación rigurosa de las palabras de la estipulación (1), y no podía inspirarse en la equidad, ni en interés del estipulante ni en el del que hace la promesa. Pero, como ya hemos visto, el deudor tenía a su disposición la excepción del dolo, que podía mandar insertar en la fórmula, y que permitía al juez el absolverle en caso de dolo por parte del demandante. El acreedor tenía también medio de prevenirse contra el dolo del deudor: éste era el modificar en consecuencia la interrogación. Después de haber dicho, por ejemplo, *spondesne mihi dare Stichum?*, añadía: *dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse?* La estipulación así hecha era *incerta;* el acreedor tenía la acción *ex stipulatu*, y el juez estaba autorizado por los términos del contrato y por los de la fórmula para establecer según la equidad en provecho del demandante (2).

292.—III. *Utilidad de la estipulación.*—La estipulación era el más usado de todos los contratos entre los romanos. En efecto, su carácter abstracto la hacía propia para crear un lazo obligatorio entre dos personas, cualquiera que fuera la naturaleza de la operación que tuviesen en proyecto, y para sancionar toda clase de convención (1).

Es, pues, imposible enumerar todos los casos en que se había recurrido a este procedimiento; eran tan varios como lo son las relaciones de negocios que, en una sociedad, determinan a los hombres a contratar entre sí obligaciones (2). Dos razones contribuyeron, sin embargo, a restringir en cierta medida las aplicaciones de este contrato. Es, primeramente, la necesidad para las partes de estar *presentes*, y de manifestar su consentimiento cambiando ciertas palabras. Es, además, el carácter *unilateral* de la estipulación. De empleo cómodo cuando se trataba de obligar a una sola parte, no podía casi servir para sancionar convenciones sinalagmáticas destinadas a crear obligaciones recíprocas. Se podía, es verdad, hacer entonces dos estipulaciones; pero resultaban de ello dos obligaciones de derecho estricto, independientes una de otra, lo que se conciliaba mal con la intención de las partes.

II.—De las modalidades de la estipulación.

293.—La estipulación puede ser pura y simple; puede también estar sometida a ciertas *modalidades*, es decir, que puede contener ciertas cláusulas particulares que afecten bien a la existencia, bien a los elemen-

(3) L, § 7, *de verb. obl.*, III, 15: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri vel non fieri: et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus interesit.*

291. (1) Las cláusulas oscuras se interpretaban favorablemente para el deudor, porque dependía del acreedor el hacer una interrogación más clara. Ulpiano, L. 38, § 18, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—Celso, L. 99, pr., D., *eod.*

(2) Crf. sobre esta cláusula contra el dolo *(clausula doli):* Juliano, L. 53, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—Papiniano, L. 119 y L. 121, D., *eod.*—V. n.° 788, 2.

292. (1) Paulo, S., II, 22, § 1: *Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.*

(2) I, § 3, *de div. stip.*, III, 18: *Quarum stipulationum totidem genera sunt quot paene dixerim rerum contrahendarum.*

tos, bien a la ejecución de la obligación. Entre estas modalidades, las más importantes son el *término* y la *condición*. Es preciso citar también el *lugar*, la *alternativa* y la *accessio* (Paulo, L. 4, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7).

Estas modalidades no tienen nada de especial en la estipulación. Pueden ser insertas en otros contratos, en los que producen, en general, los mismos efectos. Pero, en razón del carácter abstracto de la estipulación, es más cómodo exponer aquí la teoría general de ellas.

294.—I. *Del término.*—El término *dies* consiste en una fecha o en un acontecimiento *futuro* y *cierto;* es decir, que debe acontecer *ciertamente* y *en día fijo:* así las calendas de marzo.

Puede ser insertado en una estipulación de dos maneras diferentes: o bien se estipula *ex die*, de manera que el objeto de la obligación no se puede exigir más que en la época fijada—éste es el término suspensivo—, o bien se estipula *ad diem*, de manera que, según la intención de las partes, el deudor debe cesar de estar obligado a la llegada del término; éste es el término *extintivo* (L. 44, § 1, D., *de oblig.* XLIV, 7).

1. *Del término suspensivo, dies a quo.*—Es el vencimiento fijado para la ejecución de la obligación. He aquí un ejemplo: *decem aureos primis calendis martiis dare spondes?* Lo más frecuentemente, el término está expresado en la estipulación; pero puede también ser *tácito*, es decir, resultar de la fuerza de las cosas (L. 106, D., *de reg. jur.*, L. 17). Así, cuando se estipula un esclavo que está ausente, se sobreentiende que el deudor disfrutará del plazo necesario para su vuelta (I., § 27, *de inut. stip.*, III, 19).

¿Cuál es el efecto del término suspensivo? En una estipulación pura y simple, la obligación nace y es exigible inmediatamente (L. 41, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). En la estipulación a término se crea la obligación desde que el contrato es perfecto, pero la ejecución se retrotrae al día del vencimiento (1). Resulta de ello las consecuencias siguientes: a) El que ha prometido a término está obligado desde la formación del contrato; le es permitido pagar aun antes de la época fijada, porque el término se presume establecido en favor del deudor, el cual puede renunciar a esta ventaja (2). Si ha hecho ese pago anticipado, por error, no puede ejercitar la repetición por medio de la *condictio indebiti*, porque no ha pagado indebidamente: ha pagado lo que debía (3); b) Si el deudor puede hacer antes de la llegada del término un pago válido, el acreedor no puede obligarle a ello. La ejecución de la obligación no es exigible sino después del vencimiento (4). Pero importa determinar en qué momento preciso puede obrar el acreedor contra el deudor. La cuestión tenía importancia, sobre todo en caso de estipulación de un objeto cierto: la *condictio* obligaba entonces al demandante a formular una pretensión más clara, y , si la ejercía demasiado pronto, hacía

---

294. (1) I, § 2, *de verb. obl.*, III, 15: *Id autem quod in diem stipulamur statim quidem debetur, ser peti priusquam dies venerit non potest.* Los jurisconsultos romanos dicen en este sentido: *dies cedit*, el término se adelanta, la obligación ha nacido; *dies venit*, se ha cumplido el término, es exigible (Cf. L. 213, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16.—V. n.° 297, nota 2).

(2) Celso, L. 70, D., *de solut.*, XLVI, 3: *Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promisori liberum relinqui intelligitur.* Sería muy distinto si se había estipulado el término expresamente en favor del acreedor; el deudor no podría hacer un pago anticipado sino con su consentimiento.

(3) Paulo, L. 10, D., *de cond. ind.*, XII, 6: *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* Esta solución es rigurosa, porque el deudor víctima de su error pierde el disfrute de su capital, *interusurium*, durante el tiempo que deba transcurrir hasta el vencimiento. ¿Está reproducida en nuestro Código Civil? El artículo 1.186 no está claro en este punto y se presta a controversia. Pero el artículo 1.174 del Código civil italiano la consagra de una manera más clara.

(4) Por la misma razón, no se puede oponer en compensación una deuda no vencida. Ulpiano, L. 7, pr., D., *de compens.*, XVI, 2: *Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quanquam dari oporteat.*

una *pluspetitio* e incurría en la decadencia de su derecho (V. n.º 754, 1). La regla es que el acreedor no puede obrar sino después de expirar el último día del término. Así, si una suma ha sido prometida para el quinto día después de las calendas, el acreedor no puede obrar más que en el sexto día, porque el deudor ha podido diferir el pago hasta el último instante del quinto (5). Si la suma se ha estipulado pagadera durante una feria que dura varios días, Sabino permite al acreedor el obrar desde el primer día, pero Próculo no le autoriza a ello sino después del final de la feria (6).

2. *Del término extintivo, dies ad quem.*—Este es el término por el que las partes han querido limitar la duración de la obligación. El ejemplo más importante es la estipulación de una renta vitalicia: *decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* Según el Derecho civil, este término es ineficaz. Los herederos del estipulante conservan después de su muerte el derecho de perseguir al deudor. El motivo, frecuentemente expresado por los textos, es que la obligación, una vez nacida, es perpetua (7), lo que quiere decir que no puede extinguirse más que por modos determinados y consagrados por el Derecho civil, como el pago, pero que no se puede crear por una duración limitada. Esta solución rigurosa violaba manifiestamente la voluntad de las partes. Por eso, el pretor, teniendo en cuenta su intención, permitió al deudor rechazar la acción del acreedor después del vencimiento del término por una excepción de pacto o de dolo (8). El deudor podía obtener los mismos resultados en los contratos de buena fe, sin tener necesidad de hacer insertar una u otra de estas excepciones en la fórmula, porque estaban sobreentendidas (V. n.º 797, 1).

295.—II. *De la condición.*—La condición consiste en un acontecimiento *incierto*, a cuya realización han querido subordinar la existencia o la extinción de la obligación (1). He aquí unos ejemplos: *si navis ex Asia venerit; si Titius consul factus fuerit.*

La *incertidumbre* es el elemento característico de la condición; no solamente no se sabe *si se realizará*, sino que, si se realiza, no se sabe *en qué época precisa* se llevará a cabo el acontecimiento. Por esto es por lo que se la distingue del término. Cuando falta la incertidumbre, no hay verdadera condición: la obligación es pura y simple (2).

Los jurisconsultos hablan, es verdad, de condiciones *quae ad praesens vel praeteritum tempus referuntur*. Pero un hecho presente o pasado, aun cuando esté en realidad ignorado de las partes, no tiene nada de incierto. Semejantes condiciones no pueden, pues, suspender un efecto de derecho. Por ejemplo, se ha estipulado diez, si *Moevius vivit*. Una de dos: o Moevius vive aún y la estipulación es pura y simple, o ha muerto, y entonces nunca ha tenido ningún valor (3). Porque la condición no

(5) I, § 2, *de verb. obl.*, III, 15: ... *At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus in dies arbitrio solventis tribui debet.* Ad. I, § 26, *de inut. stip.*, III, 19.

(6) L. 138, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1. L. 42, D., *eod.* Para el pago de una letra de cambio, nuestro Derecho admite una solución menos favorable que la de Próculo, pero más amplia que la de Sabino. Cf. art. 133, C. Com.

(7) I, § 3, *de verb. obl.*, III, 15: *Pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur quia ad tempus deberi non potest.*

(8) Paulo, L. 44, § 1, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Quod alicui deberi caepit, certis modis desinit deberi. Nam post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli exceptione submoveri poterit.* Ad. I, § 3, *in fine, de verb. obl.*, III, 15.

295. (1) Condición viene de *condere*, fundar, porque realizándose da existencia a la obligación o a cualquier otro efecto de Derecho que estaba subordinado a su cumplimiento.

(2) Ulpiano, L. 9, § 1, D., *de novat.*, XLVI, 2: *Qui sub conditione stipulatur quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.*

(3) I, § 6, *de verb. obl.*, III, 15: *conditiones, quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt... Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem licet apud nos incerta sint.*

produce el efecto suspensivo más que si se refiere a un acontecimiento *futuro;* porque es únicamente entonces cuando hay incertidumbre sobre su realización (4).

296.—1. *De las diferentes clases de condiciones.*—Entre las condiciones, que son muy varias, las hay a las cuales no se puede válidamente subordinar la existencia de una obligación. Los textos hacen de ellas desde este punto de vista varias divisiones:

a) Condiciones *posibles* o *imposibles.*—La condición es imposible cuando no se puede realizar a causa de un obstáculo que resulta bien de la naturaleza misma, bien de la ley. Por ejemplo: *si digito caelum non attigero;* ésa es imposibilidad material; *si rem sacram Titius vendiderit:* ésa es imposibilidad jurídica (L. 137, § 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). No puede admitirse que las partes que han subordinado la existencia de una obligación a semejante condición hayan tenido seriamente la voluntad de contratar. Por eso la estipulación sometida a una condición imposible es nula, y sucede lo mismo con cualquier otro contrato (1). Sin embargo, cuando la condición imposible está formulada negativamente, *si digito caelum non attigero,* la estipulación es válida como pura y simple, porque es cierto que el hecho no se realizará nunca (I, § 11, *de inut. stip.*, III, 10).

b) Condiciones *lícitas* o *ilícitas.*—La condición ilícita consiste en un hecho cuya realización es material y jurídicamente posible, pero que está reprobado por la ley y las buenas costumbres. Inserta en la estipulación, o en cualquier otro contrato, no causa siempre su nulidad, como lo hace la condición imposible. No produce este efecto más que si tiene por objeto provocar a una de las partes a cometer un acto ilícito, y, en general, si imprime al contrato un carácter de inmoralidad. Así, la estipulación es nula si el que hace la promesa se compromete bajo la condición de que el estipulante cometerá un delito, o aun, bajo la condición de que el estipulante se abstendrá de cometer un delito, porque no se tiene necesidad de hacerse pagar para permanecer siendo honrado (2). Pero la estipulación es válida si es el que hace la promesa el que se ha obligado bajo la condición de que llevará a cabo él mismo un acto ilícito, porque su promesa está destinada a impedirle que cometa el acto, y el carácter de ella es perfectamente moral (Papiniano, L. 121, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). El contrato es aún válido cuando la condición no se refiere más que al acto ilícito de un tercero, porque no tiene entonces influencia en la conducta de las partes (3).

c) Condiciones *potestativas, casuales* o *mixtas.*— Una condición es *potestativa* cuando depende de la voluntad de una de las partes y también un poco del azar, *si Alexandriam ieris; casual,* cuando consiste en un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes, *si navis ex Asia venerit; mixta,* cuando depende de la voluntad de una de las partes y de la de un tercero : *si Seiam uxorem duxeris* (L. 1, § 7, C., *de caduc. tol.*, VI, 15).

Es importante distinguir la condición *potestativa,* tal como la hemos

(4) Papiniano, L. 39, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *Itaque tunc potestatem conditionis obtinet cum in futurum confertu.*

296. (1) Moeciano, L. 31, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus quia... procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est ut nihil agi existiment, adposita ea conditione quam sciant esse impossibilem.*

(2) Papiniano, L. 123, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.* Ulpiano, L. 7, § 3, D., *de pactis*, II, 14: *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.*

(3) La condición imposible y la condición ilícita no son causa de nulidad de las disposiciones testamentarias; se tienen por no escritas.—V. n.° 623, 3.

definido, de la que se llama *puramente potestativa*, y que hace depender la formación del contrato únicamente de la voluntad de una de las partes o de la de un tercero: *si voluero; si volueris; si Titius voluerit.* Cuando esta condición se refiere a la voluntad del estipulante o de un tercero, la estipulación es válida, porque el que hace la promesa ha consentido en obligarse bajo esta modalidad. Pero si se refiere a la voluntad del que promete, la estipulación es nula, porque, en realidad, el que promete no ha consentido en obligarse: ha reservado su consentimiento y el lazo de derecho no ha podido formarse (4).

297.—2. *De los efectos de la condición.*—Los efectos de la condición varían según el resultado que las partes han subordinado a su cumplimiento. La condición puede, en efecto, suspender, bien la *existencia* misma de la obligación, bien su *extinción*. En el primer caso, la obligación no existe más que si la condición se realiza: es una obligación *condicional, sub conditione*. En el segundo caso, la obligación existe inmediatamente, es *pura y simple;* pero las partes quieren que se extinga si la condición se lleva a cabo: está creada *ad conditionem*.

En suma: la condición *suspende* siempre un efecto de derecho y, en todo caso, puede ser calificada de *suspensiva*. Pero los comentaristas reservan esta expresión para la condición que suspende la existencia de la obligación, y llaman condición *resolutoria* a la que suspende su resolución o su extinción. Aunque esta terminología sea extraña al Derecho Romano, expresa claramente una distinción que nos servirá de base para estudiar los efectos de la condición.

297 bis.—A. *De los efectos de la condición suspensiva.*—He aquí un ejemplo de estipulación condicional: *Centum dare spondes si navis ex Asia venerit?* Para precisar cuál es el efecto de esta condición sobre la obligación, es preciso distinguir tres épocas: a) *Pendente conditione*, mientras que la condición está en suspenso; b) *Existente conditione*, cuando se realiza, y c) *Deficiente conditione*, cuando viene a faltar.

a) Pendente conditione.—La condición impide el nacimiento de la obligación (1). En la estipulación *pura* y *simple*, la obligación nace y es exigible inmediatamente; en la estipulación *a término*, la obligación nace inmediatamente, pero su ejecución está diferida hasta la llegada del término; en la estipulación *condicional*, la existencia misma de la obligación está suspendida hasta la realización de la condición (2). Resulta de ello que, si el que promete ha pagado por error mientras que la condición está en suspenso, puede reclamar lo que ha pagado, por la *condictio indebiti;* porque no debe, mientras que la condición no se ha cumplido (3).

Sin embargo, si la obligación no existe aún, puede originarse por la realización de la condición. Hay un acto jurídico que es preciso tener en consideración, y que puede producir consecuencias. Es una esperanza, *spes debitum iri*, un germen de obligación que cuenta en el patrimonio del estipulante como en el del que promete, y que transmiten a sus he-

---

(4) Ulpiano, L. 17, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione.* Paulo, L. 46, § 3, D., *eod.: Illam autem stipulationem, si volueris dari? inutilem esse constat.* Ad. Ulpiano, L. 7, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.

297. (1) L., § 4, *de verb. obl.*, III, 15: *... Sub conditione stipulatio fit cum in aliquem casum differtur obligatio...* Marciano, L. 13, § 5, D., *de pign.*, XX, 1: *... Cum nihil interim debeatur.*

(2) Esta comparación está perfectamente resumida por Ulpiano en la L. 213, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16: *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam: venire diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione.*

(3) Pomponio, L. 16, pr., D., *de cond. indeb.*, XII, 6: *Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest.*

rederos, cuando mueren antes del cumplimiento de la condición (4). Esta esperanza autoriza al estipulante a realizar actos conservatorios: a pedir un fiador, a obtener el envío en posesión de los bienes del que hace la promesa. Es por lo que ciertos textos dan al estipulante bajo condición, el título de acreedor condicional, aunque en realidad no haya aún crédito (5).

b) *Existente conditione.*—La condición se ha realizado cuando el acontecimiento previsto por las partes se ha cumplido. Esta es, sobre todo, una cuestión de hecho que hay que resolver según los términos del contrato. Sin embargo, se pueden desprender algunos principios. Así, el cumplimiento parcial de la condición queda sin efecto, porque se considera como indivisible. Si debe cumplirse en un plazo fijado por las partes, no puede ya realizarse útilmente cuando el plazo ha expirado. Por último, se considera cumplida si no ha faltado más que por el dolo o la falta del que promete (6).

Estando cumplida la condición, la *spes debitum iri* que ha nacido del contrato condicional se realiza. La obligación nace, el acreedor puede pedir su ejecución al deudor. Pero este efecto no se produce más que si los elementos esenciales de la obligación subsisten todavía cuando llega la condición; es decir, si hay aún un *acreedor*, un *deudor*, un *objeto*. Pues si por caso fortuito la cosa estipulada ha perecido completamente, la obligación no puede nacer al faltar el objeto, y el que promete soporta la pérdida. Si, por el contrario, la cosa no ha perecido más que parcialmente o ha sufrido un simple deterioro, la obligación tiene objeto; nace, y el estipulante soporta el deterioro, como se aprovecharía igualmente del aumento de valor fortuito de la cosa debida (7).

Por otra parte, la esperanza que el contrato condicional había hecho nacer entre ciertas personas, se realiza, como es natural, en provecho de las mismas personas, a la llegada de la condición. De ahí las consecuencias siguientes: Un hijo de familia ha estipulado bajo condición; después ha sido emancipado antes de que la condición se realice: el crédito no está menos adquirido para el jefe de familia que tenía sobre él la potestad paterna en el día del contrato. Sucede lo propio si el estipulante es un esclavo que cambia de dueño antes de que la condición se haya cumplido: el crédito está adquirido para el dueño bajo cuya potestad se encontraba en el momento de la estipulación condicional (8). Para explicar estas soluciones, se dice, en general, que los jurisconsultos romanos daban al cumplimiento de la condición un efecto *retroactivo*, fundado en la intención presunta de las partes (9).

c) *Deficiente conditione.*—La condición se considera que falta cuan-

(4) I, § 4, *de verb. obl.*, III, 15: ... *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus si priusquam conditio existat mors nobis contingerit.* Juliano, L. 57, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: ... *Quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.*

(5) Ulpiano, L. 54, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Conditionales creditores dicuntur et hi quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent ut competat.* Ad. L. 42., pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7.

(6) Paulo, L. 85, §§ 7 y 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1. Ulpiano, L. 161, D., *de reg. jur.*, L. 17.

(7) Paulo, L. 8, pr., *in fine*, D., *de per. et com.*, XVIII, 6: *Stipulationes... perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet rex, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.*—V. n.° 374, 2.

(8) Paulo, L. 78, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit, conditio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* Pomponio, L. 40, D., *de stip. serv.*, XLV, 3.

(9) Esta idea de *retroactividad* se apoya, sobre todo, en un texto de Gayo, L. 11, § 1, D., *qui pot.*, XX, 4: *Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset...* Pero el Derecho Romano estaba lejos de admitir todas sus consecuencias. Véanse, sobre todo, las soluciones ciertas en cuanto a los frutos y a la usucapión (números 371 y 180). Sin embargo, ha sido aceptada por Pothier *(Des obligations*, n.° 220), y ha pasado de ahí a nuestro Código civil (art. 1.119.)

do es cierto que no se cumplirá, bien de una manera absoluta, bien en un plazo fijado por las partes. Es preciso, además, que ese resultado no provenga del dolo o de la falta del que promete. La falta de la condición anula la esperanza del estipulante. Todo sucede en lo sucesivo como si no hubiese habido nunca contrato. Si el que hace la promesa ha pagado por error mientras que la condición estaba en suspenso, puede ejercer la *conditio indebiti*, porque ha pagado lo que no debía.

298.- -B. *De los efectos de la condición resolutoria.*—He aquí un ejemplo de estipulación con una condición resolutoria: *Centum aureos annuos dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* Esta modalidad no tiene de ninguna manera por efecto el suspender la existencia de la obligación, que nace inmediatamente, como si la estipulación fuera pura y simple, sino que las partes han querido que la obligación se extinguiera si la condición se realizaba; la situación es, pues, la misma que en caso de término extintivo, y la misma solución se aplica a ella. El Derecho civil no tiene en cuenta la condición resolutoria; cuando se ha realizado, el acreedor puede aún reclamar el pago al deudor. Pero, para hacer respetar la voluntad de las partes, el pretor permitió al deudor que rechazara la acción del acreedor por una excepción de pacto o de dolo (Paulo, L. 44, § 2, D., *de oblig.*, XLIV, 7).

299.—Si la condición resolutoria no puede llevar consigo civilmente la extinción de la obligación que es perpetua, ¿no puede producir la resolución del contrato, es decir, de la fuente misma de donde nace la obligación, de manera que a la llegada de la condición se considere el contrato como si no ha existido jamás, y, por consecuencia, como si no ha producido nunca obligación? La solución de esta cuestión varía según que se refiera a la estipulación o a los contratos consensuales. El cumplimiento de la condición no puede resolver la estipulación: el contrato se ha formado *verbis* por el cambio de palabras solemnes, y la llegada de una condición, como tampoco el simple acuerdo de las partes, no podría anularlo. Pero es muy distinto en los contratos consensuales. Formados por el solo consentimiento, pueden disolverse por el mutuo disentimiento; en otros términos, el acuerdo que basta para crearlos basta también para resolverlos. Por consiguiente, si las partes han subordinado su resolución a la llegada de una condición, el día en que esa condición se realice, el contrato se anula. La causa que engendraba las obligaciones no existe ya. Por consiguiente, las que no han sido aún ejecutadas se consideran como si no hubiesen existido nunca; y si se han ejecutado, es preciso que se vuelvan a poner las cosas en el estado en que estaban antes del contrato (Véanse núms. 373 y 514.)

300. -III. *Del lugar.*—La estipulación puede contener la designación de un *lugar* en que debe hacerse el pago. Por ejemplo, se ha estipulado así: *Carthagine Stichum dare spondes?* He aquí cuáles son las consecuencias de esta modalidad: a) El deudor está obligado a ejecutar su obligación en el lugar fijado (Ulpiano, L. 9, D., *de eo quod cert.*, XIII, 4); b) Por su parte, el acreedor debe perseguir al deudor ante el magistrado del lugar fijado para el pago. Ejerciendo en otra parte su acción, se expone a hacer una *plus-petitio loco* y a perder su derecho (1), y c) Por último, de la designación de un lugar para el pago resultaba frecuentemente un término *tácito*. Así, cuando se ha estipulado en Roma una suma de dinero pagadera en Cartago, el deudor goza del plazo necesario para hacer traer la suma al lugar indicado, porque la ejecución inmediata de la obligación es imposible. Por tanto, si la estipulación hecha en

---

300. (1) El pretor lo remedió creando la acción *de eo quod certo loco*.—V. n.° 790.

Roma estaba concebida en estos términos: *Hodie Carthagine dare spondes?*, era nula (2).

301.—IV. *De la alternativa, modus.*—Es ésta una modalidad que recae sobre el objeto de la obligación. Hay obligación *alternativa* cuando se ha estipulado una cosa u otra: *Stichum aut decem dare spondes?* Las dos cosas forman igualmente el objeto de la obligación; pero la prestación de una solamente basta para liberar al deudor (1).

La elección no pertenece al acreedor más que si se la ha reservado expresamente, diciendo, por ejemplo: *Stichum aut decem, utrum velim, dare spondes?* A falta de esta cláusula especial, es en principio el deudor el que tiene el derecho de elegir. De ahí las consecuencias siguientes: a) Si ha ofrecido al acreedor una de las dos cosas, creyendo que no tenía el derecho de elección, puede ejercitar la *condictio indebiti*, para volverla a tomar y dar la otra (Juliano, L. 32 § 3, *de cond. indeb.*, XII, 6); b) Si por error ha ofrecido las dos cosas, puede ejercitar la *condictio indebiti* para volver a tomar una de ellas. ¿Pero cuál? ¿La elección le pertenece aún, o pasa al acreedor? Celso, Marcelo y Ulpiano, con una lógica un poco exagerada, daban la elección al acreedor que había venido a ser deudor a su vez; pero Juliano y Papiniano la dejaban al deudor primitivo, y Justiniano ha confirmado esta solución (L. 10, C., *de cond. indeb.*, IV, 5). En ningún caso la facultad de elegir puede autorizar al deudor para dar al acreedor una parte de cada cosa (Paulo, L. 2, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

La determinación de la parte a que pertenece la elección presenta, sobre todo, interés en el caso en que una de las dos cosas debidas vengan a perecer. ¿Cuál es la consecuencia de esta pérdida? a) Cuando la elección pertenece al deudor, no hay que distinguir si la pérdida resulta de su acto o de un caso fortuito; en todo caso, la obligación se halla limitada a lo que resta; b) Cuando el acreedor tiene la elección, es necesaria una distinción: si es por un caso fortuito por lo que una de las cosas ha perecido, el acreedor no puede ya reclamar más que la que subsiste; si, por el contrario, ha sobrevenido la pérdida por la falta del deudor, el acreedor puede exigir a su elección la que queda o el valor de la que ha perecido (2).

302.—Es preciso no confundir la obligación *alternativa* con la obligación que los comentaristas han llamado *facultativa*. En la obligación facultativa hay un solo objeto; pero el deudor tiene la facultad de librarse dando otra cosa en lugar de la que es debida. La estipulación siguiente ofrece un ejemplo de ello: *Si fundum non dederis, centum aureos dare spondes?* La obligación tiene por objeto cien escudos de oro; pero el deudor puede librarse de ella dando un fundo de tierra: los cien escudos sólo están *in obligatione;* el fundo de tierra está *in exsolutione* o *in facultate solutionis* (1). La obligación facultativa difiere de la obligación alternativa por la unidad de objeto y por las consecuencias que resultan de ella. Es así cómo la pérdida fortuita de la cosa que está *in obligatione* libra solamente al deudor. Si es la otra la que ha perecido, queda obligado; esta pérdida no hace más que quitarle una facilidad de pago.

303.—V. *De la accessio.*—El jurisconsulto Paulo da el nombre de *accessio* a una modalidad que consiste en la designación de una persona

---

(2) I, § 5, *de verb. obl.*, III, 15. Sin embargo, Gayo indica un caso en que esta estipulación podía ser válida: L. 141, § 4, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.

301. (1) Paulo, L. 44, § 3, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Modus obligationis est, cum stipulamur decem aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interemit...*

(2) Cf. Paulo, L. 34, § 6, D., *de contr. empt.*, XVIII. 1. Papiniano, L. 95, pr., y § 1, D., *de solut.*, XLVI, 3.

302. (1) Paulo, L. 44, § 5, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Si ita stipulas sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

para recibir el pago en lugar del acreedor. Así, se ha estipulado en estos términos: *Mihi aut Seio centum dare spondes?* El que promete puede librarse entregando la suma en manos de Seio (Paulo, L. 44, § 4, D., *de oblig.*, XLIV, 7.—I, § 4, *de inut. stip.*, III, 19). Ciertos textos califican al tercero designado para el pago de *adjectus solutionis gratia* (Papiniano, L. 95, D., *de solut.*, XLVI, 3). Este procedimiento era útil cuando el estipulante temía estar ausente en el día del vencimiento.

En las relaciones con el deudor, el *adjectus solutionis gratia* no es acreedor. Tiene personalidad para recibir el pago, pero no puede ni perseguir al deudor ni hacerle entrega de la deuda: este derecho no pertenece más que al estipulante, que es el único acreedor (1). Por eso no es necesario elegir una persona capaz para desempeñar este papel. El acreedor puede designar a un pupilo, un hijo de familia y aun un esclavo (L. 95, § 7, D., *de solut.*, XLVI, 3).

En las relaciones con el estipulante, el *adjectus* no es más que una especie de mandatario. Recibe el pago, no por sí mismo, sino por el acreedor, que puede pedirle cuentas de ello por la acción *mandati directa*. Pero ese mandato difiere del mandato ordinario, en que el acreedor no puede revocar directamente los poderes del *adjectus*, que resultan de las palabras mismas de la estipulación. Estos poderes no se extinguen más que por la muerte del *adjectus* (Juliano, L. 55, D., *de verb. obl.*, XLV, 1), por el pago hecho al acreedor, o, por último, por la *litis-contestatio*, en caso de persecución del acreedor contra el deudor (Ulpiano, L. 57, § 1, D., *de solut.*, XLVI, 3).

III.—De las promesas y de las estipulaciones por otro.

304.—Hemos supuesto hasta ahora que el que promete se obligaba a llevar a cabo por sí mismo un acto, y que el estipulante quería adquirir por sí mismo el beneficio de ello. Pero puede suceder que el que promete haya prometido el acto de otro, y que el estipulante haya querido hacer adquirir a un tercero el crédito nacido del contrato. En estos dos casos la estipulación es nula. Veamos cuáles son el sentido y el alcance de esta nulidad de la promesa hecha por otro.

1. *Nulidad de la promesa por otro.—Promesa por otro* significa no comprometerse en lugar de otro, o dar caución, lo cual es perfectamente permitido y muy usado en Derecho Romano, sino *prometer el hecho de otro*. Respondiendo a la interrogación, el que promete ha dicho, por ejemplo: *Spondeo Titium daturum quinque aureos.* Esta promesa es nula, lo que quiere decir que el que promete no está obligado (1). El motivo es que él no lo ha querido; no ha manifestado *verbis* la intención de obligarse, porque ha prometido el hecho de otro y no el suyo. Además, es evidente que el tercero no está tampoco obligado, puesto que ha quedado extraño al contrato.

Siendo nula la promesa, porque el que promete no ha querido obligarse personalmente, resulta que sería válida, por el contrario, si él había prometido: *se effecturum ut Titius daret* (I, § 3, *de inut. stip.*, III, 19). Porque entonces ha consentido bien en obligarse por sí mismo; se ha comprometido a ejercer su influencia sobre Ticio para determinarle a llevar a cabo un acto; él *responde de su consentimiento* por otro. Por consiguiente, si no tiene lo que ha prometido, debe daños y perjuicios

---

303 (1) Paulo, L. 10, D., *de solut.*, XLVI, 3: *Quod stipulatus ita sum: mihi aut Titio? Titius nec petere, nec novare, nec acceptum facere potest; tantumque ei solvi potest.*

304. (1) Ulpiano, L. 38, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *... Nemo autem alienum factum promittendo obligatur...*—Paulo, L. 83, pr., D., *eod.*; *... Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur; nam de se quemque promitere oportet...*—Ad. I, § 3, *de inut. stip.*, III, 19.

al acreedor, y esta indemnización puede aún ser fijada de antemano por medio de una cláusula penal (J., § 21, *eod.*).

Pero, ¿desde cuándo no se debería interpretar en este sentido la promesa *Titium daturum?* Para dar efecto a la estipulación, ¿no debería estar sobreentendido que el que hace la promesa ha prometido: *Se effecturum ut Titius daret?* No, porque la estipulación es un contrato de derecho estricto, y no se puede añadir a él por medio de la interpretación lo que no ha sido formulado expresamente en las palabras cambiadas. Había algunas excepciones a esta regla en un pequeño número de casos, en que los términos de la estipulación y su alcance eran fijados de antemano por el magistrado. He aquí dos de ellos: a) Una persona ha prometido que un tercero comparecerá en justicia: *promisit alium sisti.* La estipulación es válida; es como si se hubiese prometido: *se acturum ut stet.* (Ulpiano, L. 81, pr., D., *de verb. oblig.*, XLV, 1); b) Es aún válida la promesa *ratam rem dominum habiturum,* por la cual el *procurator,* que reemplaza al litigante en un proceso, promete que la persona interesada ratificará lo que él haya hecho (I., pr., *de satisd.*, IV, 11).

Si esta interpretación no puede ser admitida en principio en un contrato de derecho estricto, nada se opone, por el contario, a que lo sea siempre en un contrato de buena fe, donde todo se regula según la equidad, y donde es natural dar al compromiso del deudor el sentido más favorable a la validez del contrato. La regla que anula la promesa por otro pierde, pues, su utilidad en los contratos de buena fe (2).

2. *Nulidad de la estipulación por otro.*—Hay estipulación por otro cuando el estipulante ha querido hacer nacer el crédito en provecho de un tercero. Ha dicho, por ejemplo: *spondesne dare decem Titio?* Esta estipulación es nula, lo que significa que el estipulante no llega a ser acreedor y no puede obligar al que promete a pagar a Ticio la suma prometida. El motivo de esta nulidad es que toda obligación debe procurar al acreedor una ventaja apreciable en dinero: sin interés pecuniario no hay acción. Ahora bien: el interés personal del estipulante falta aquí, puesto que ha estipulado no por sí, sino por otro (3). En cuanto al tercero, no podría prevalerse de un contrato al cual ha permanecido extraño (4).

La estipulación por otro, que no es nula más que faltando interés por parte del estipulante, resulta que es válida todas las veces que el estipulante tenga personalmente un interés *pecuniario* en su ejecución. Este interés aparecía, sobre todo, cuando las partes han añadido a la estipulación una cláusula penal; es decir, cuando el acreedor ha estipulado del que promete una suma determinada para el caso en que el contrato no fuera ejecutado en favor del tercero. Ha afirmado y evaluado así de antemano su interés (I, § 19, *de inut. stip.*, III, 19). Se admitía la validez de la estipulación, independientemente de toda cláusula penal,

(2) En nuestro Derecho, en que todos los contratos son de buena fe, el legislador no ha estado acertado al formular de una manera absoluta una regla que no era verdadera en Derecho Romano más que para los contratos de derecho estricto. El artículo 1.119 del Código civil dice, en efecto: «No puede uno comprometerse en su propio nombre más que por sí mismo». Los redactores del Código civil italiano han estado mejor inspirados al escribir el artículo 1.129, concebido así: «Uno no puede obligarse hacia otro prometiendo el acto de un tercero». Esta promesa da solamente derecho a indemnización sobre el que se ha obligado, o sobre el que ha prometido la ratificación de un tercero, si éste se niega a cumplir la obligación.

(3) Ulpiano, L. 38, § 17, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Alteri stipulari nemo potest... Inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur interest mea.*

(4) No obstante, en ciertos casos, consideraciones de orden diverso han hecho admitir por favor que el tercero tendría una acción útil contra el que promete, en razón de la estipulación hecha en su interés, y de la cual no había participado.—Cf. L. 9, D., *de pact dotal.*, XXIII, 4.—L. 45, D., *solut. matr.*, XXIV, 3.—L. 3, C., *de donat. quae sub mod.*, VIII, 54 (55).

cuando el interés pecuniario del estipulante es, por otra parte, cierto. Así, un tutor que ha empezado a administrar cede la tutela a su cotutor y estipula de él *rem pupilli salvam fore;* la estipulación es válida; el interés del estipulante no es dudoso, puesto que es responsable si el patrimonio del pupilo está mal administrado. Sucede lo mismo cuando un deudor estipula que se dará cierta suma a su acreedor, que tiene necesidad de dinero y le amenaza con hacer vender sus bienes gravados con hipoteca (I, § 20, *eod.*—Ulpiano, L. 38, § 20., D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

Estos principios eran aplicables lo mismo a los contratos de buena fe que a la estipulación: porque el motivo que los justifica no tiene nada de particular en los contratos de derecho estricto (5).

3. *Restricciones a la nulidad de las promesas y estipulaciones por otro.*—Para reducir a sus verdaderos límites el alcance de la nulidad que afecta a las promesas y a las estipulaciones hechas por otro, es preciso tener en cuenta dos restricciones:

a) No hay, propiamente hablando, estipulación por otro cuando un esclavo o un hijo de familia estipula por el jefe que tiene sobre él la potestad, o recíprocamente. En Derecho civil, en efecto, el jefe de familia y las personas colocadas bajo su potestad no forman más que una sola persona. Si, pues, un *alieni juris* estipula por el jefe de familia, o si el jefe de familia estipula por una persona sometida a su potestad, la estipulación es válida y el crédito se adquiere por el jefe (6).

b) Los créditos y las deudas que forman parte del patrimonio y deben algún día pasar a los herederos, se han considerado siempre como estipulados o prometidos por sí y por sus herederos. Está, pues, permitido, sin tener alcance sobre la validez del contrato, el expresar formalmente este resultado (7). Pero no se podía estipular o prometer por sus herederos, sin estipular o prometer al mismo tiempo por sí mismo. Era preciso que el efecto del contrato se realizase primeramente en la persona del contratante antes de pasar a los herederos. Por eso la estipulación: *heredi meo dare spondes?* era inútil. Se anulaba por la misma razón la estipulación *post mortem meam* o *post mortem tuam dare spondes?* porque conducía, en suma, al mismo resultado (8). Justiniano, para dar un efecto más completo a la voluntad de las partes, decidió que estas estipulaciones serían en lo sucesivo válidas (L. 1, C., *ut action.*, IV, 11, año 531.—I., § 13, *de inut. stip.*, III, 19).

IV.—De la correalidad.

(I., *de duobus reis stip. et promit.*, III, 16.)

305.- Al estudiar la estipulación, no hemos considerado hasta aquí más que la hipótesis más común de un solo estipulante y uno solo que promete. Pero podía haber en ella varios estipulantes o acreedores y

(5) Paulo, L. 11, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recta agat, possumus.*

(6) Estos principios están formulados en términos enérgicos en la Instituta de Justiniano, § 4, *in fine, de inut. stip.*, III, 19: ... *Ei qui tuo juri subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tanquam filii sit, secuti filii vox tanquam tua intelligitur, in his rebus quae tibi adquiri dossunt.*

(7) ¿Cuál era la clase de la estipulación, cuando uno había estipulado por sí y por un tercero, que no era el heredero futuro del estipulante y que no estaba tampoco unido a él por lazo de potestad: *Spondesne dare mihi et Seio?* Los sabinianos, en favor para el estipulante, hacían válida la estipulación por el todo, y le atribuían su beneficio, no teniendo en cuenta para nada las palabras *et Seio.* Los proculeyanos, más lógicos, la hacían válida por la mitad solamente; es esta opinión la que ha consagrado Justiniano (I, § 4, *de inut. stip.*, III, 19.—Gayo, III, § 103).

(8) Gayo, III, § 100: ... *Nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obli-*

varios que prometen o deudores. En semejante caso, he aquí la regla: el crédito se reparte entre los acreedores, de manera que cada uno de ellos no pueda reclamar más que su parte; la deuda se reparte entre los deudores, de suerte que cada uno de ellos no pueda ser obligado a pagar más que su parte. Son acreedores o deudores *conjuntos* (Papiniano, L. 11, §§ 1 y 2, D., *de duob. reis*, XLV, 2).

Pero puede crearse una relación muy diferente, de tal suerte que habiendo una cosa debida por varios, el acreedor tenga el derecho de reclamar el todo a uno de los deudores, y que el pago hecho por uno libre a los demás, o a la inversa, que habiendo una cosa debida a varios, cada acreedor puede reclamar el todo, y que el pago hecho a uno extingue el derecho a los demás.

En este caso, los jurisconsultos romanos dicen que hay del lado activo *duo* o *plures rei stipulandi* o *credendi*, y del lado pasivo *duo* o *plures rei promittendi* o *debendi*. Hay también un texto (L. 3, § 3, D., *de liber leg.*, XXXIV, 3) en que se encuentra la palabra *conreus* o *correus;* de donde los comentaristas han sacado las expresiones de obligación *correal* (solidaria), *correalidad* (solidaridad).

En nuestro Derecho, se considera para calificar esta clase de obligación que cada deudor debe el todo, *solidum;* de donde se ha hecho: obligación *solidaria*, *solidaridad* (art. 1.197 y siguientes, C. C.). Aunque la palabra *correalidad* haya sido criticada, la emplearemos con preferencia para evitar toda confusión entre la obligación *correal* y la obligación llamada *in solidum*.

Es preciso, en efecto, guardarse de confundir con la correalidad una situación que se le parece mucho y que se produce especialmente cuando varias personas han cometido un delito o un cuasi-delito. La parte lesionada puede exigir a cada una de ellas la totalidad de la reparación, *solidum;* y el pago, hecho una vez, les libra a todos. Esta obligación se separa de la obligación correal desde varios puntos de vista que tendremos que precisar. La llamaremos obligación *in solidum*, para distinguirla de la correalidad (Véanse núms. 312 y 313).

306.—I. *Procedimiento para estipular la correalidad.*—La estipulación era el medio más usado, y sin duda el más antiguo, de establecer la correalidad. Determinaremos más adelante cuáles eran las otras fuentes (V. n.º 312). Cuando se empleaba la estipulación, he aquí cómo procedían:

Si dos personas quieren constituirse *rei stipulandi* con relación a Moevio por la suma de X *aurei*, cada una de ellas le interroga en estos términos: *spondesne dare* X *aureos?—spondesne dare eosdem* X *aureos?;* después Moevio contesta a cada uno de los estipulantes: *spondeo dare tibi* X *aureos*, o a los dos juntos: *utrique vestrum spondeo dare* X *aureos*. Lo mismo que si una persona quiere tener dos *rei promittendi*, interroga a cada uno de ellos y éstos le contestan a continuación (I., pr., *de duobus, reis*, III, 16). En una palabra: es preciso que las preguntas se hagan primeramente, y seguidas por todas las respuestas. Si cada pregunta estaba seguida de su respuesta, se tendrían tantas deudas como estipulaciones hubiese.

Cuando hay dudas sobre la cuestión de saber si se ha estipulado o no la correalidad, se presume la división de la deuda según los principios generales; porque la correalidad es algo excepcional (L. 11, § 1 y 2, D., *de duob. reis*, XLV, 2.—Cf., art. 1.202, C. C.).

307.—II. *Caracteres de la obligación correal.*—La obligación correal

---

gationem... En el fondo, esta consideración no es absolutamente exacta, porque el término no impide que nazca la obligación en provecho del estipulante; retrasa solamente su ejecución (V. n.º 294, 1).

se distingue por dos caracteres esenciales: hay *unidad de objeto* y *pluralidad de vínculos*.

1. *Unidad de objeto.*—Cualquiera que sea el número de los acreedores y de los deudores correales, es preciso que la cosa debida sea una e idéntica para todos (1). No hay correalidad si la cosa debida por uno de los deudores o a uno de los acreedores difiere de la que se debe por otro deudor o a otro acreedor. Así es como dos personas no pueden ofrecerse *rei stipulandi* de un derecho de usufructo; porque el usufructo varía necesariamente según la persona del usufructuario (Gayo, L. 15, D., *de duob. reis*, XLV, 2).

2. *Pluralidad de vínculos.*—Hay un vínculo distinto entre cada acreedor y cada deudor (2). De ello resulta que cada obligación debe reunir las condiciones de validez que le son necesarias, como si fuese sola, y la nulidad de una no impide que las otras sean válidas. Así Moevio, que es capaz, se ha comprometido como *reus promittendi* al mismo tiempo que Seio, que es un pupilo, y que ha prometido sin la *auctoritas* de su tutor. La nulidad del compromiso de Seio no impide que Moevio esté obligado. Resulta también de ello que cada obligación puede ser contraída con modalidades diferentes: una, pura y simple; la otra, a término o bajo condición (I., § 2, *ht.)*.

308.—*Relaciones de los acreedores correales con los deudores correales.*—Veamos primeramente el caso de un solo acreedor y de varios deudores correales. Supondremos a continuación que hay varios acreedores correales con un solo deudor.

1. *Un acreedor y varios deudores correales.*—Cada deudor, que está obligado por un vínculo distinto, se encuentra, en sus relaciones con el acredor, como si estuviese solo. El acreedor tiene, pues, el derecho de elegir el que le parezca más solvente y de dirigirse a él para reclamar la totalidad de la deuda. Sin duda, *puede* no exigir a cada uno más que su parte, porque es libre de renunciar a la ventaja que le da la correalidad para volver a entrar en el derecho común; pero los principios de la obligación correal le dan el *derecho* de exigir a uno cualquiera de los deudores el importe íntegro de la deuda. Desde entonces, como no hay más que una cosa debida, si este deudor paga, la deuda no tiene ya objeto y todos están liberados (Ulpiano, L. 3, § 1, D., *de duob. reis*. XLV, 2).

Si el acreedor no ha podido obtener el pago amistoso y le es preciso ejercitar una persecución judicial, es igualmente libre para obrar por el todo contra el deudor que se le antoje elegir. El objeto del crédito siendo único, hace que deduzca de este modo todo su derecho en justiticia, y la *litis-contestatio* que produce su efecto extintivo ordinario no puede ya obrar útilmente ni contra el mismo deudor ni contra otro de los deudores correales; la acción se ha extinguido o paralizado por una excepción (1).

Esta solución era rigurosa para el acreedor que no había podido hacerse pagar íntegramente por el deudor perseguido. Para remediarlo, se introdujo una práctica, bastante tarde indudablemente, según la cual las partes separaban, por una convención especial, el efecto de la *litis-contestatio*, de manera que el acreedor pudiese perseguir a cada uno

---

307. (1) I., § 1, *ht.*: ... *In utraque tamen obligatione una res vertitur.*

(2) Papiniano, L. 9, § 2, D., *de duob. reis.*, XLV, 2: ... *Etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilhominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.* Los textos cuyo lenguaje parece contrario, tales como el L. 3, § 1, D., *eod...* *Cum una sit obligatio...* y la L. 9, pr., D., *de pactis*, II, 14: ... *Quia unum debitum est...*, se refieren a la obligación desde el punto de vista del objeto que es uno.

308. (1) Javolenus, L. 2, D., *de duob. reis.*, XLV, 2: *Cum duo eamdem pecuniam... promiserint, ipso jure... in solidum... singuli debent: ideoque petitione... unius tota solvitur obligatio.*—Ulpiano, L. 51, § 4, D., *de evict.*, XXI, 2.

de los deudores hasta el pago perfecto (2). Por una Constitución del año 531, Justiniano transformó en regla general el efecto de esta cláusula, cuyo empleo había llegado a ser muy frecuente. En lo sucesivo, el acreedor que había intentado una acción infructuosamente contra un deudor conservó el derecho de perseguir a otro hasta que se le hubiese pagado (L. 28, C., *de fidejus.*, VIII, 41.—Cf. art. 1.204, C. C.).

2. *Un deudor y varios acreedores correales.*—De los mismos principios resultan consecuencias análogas.

El deudor puede pagar toda la deuda a aquel acreedor que quiera desinteresar y, como la cosa debida es única, este pago hecho a uno de los acreedores extingue el derecho de los demás (3).

Si, a falta de pago amistoso, uno de los acreedores persigue al deudor, la *litis-contestatio* produce su efecto ordinario, y el derecho de los demás acreedores se halla extinguido, todo el crédito ha sido deducido en justicia (Gayo, L. 16, D., *de duob. reis.*, XLV, 2). El asunto está en lo sucesivo concentrado entre el acreedor que ha ejercido la acción y el deudor. Este resultado no tiene nada de repugnante, porque cada acreedor es libre de recibir el pago y de extinguir así el derecho de los demás. Por eso Justiniano no ha modificado la solución, y el artículo 1.198 de nuestro Código civil contiene una disposición de la misma naturaleza.

309.—Para exponer completamente las relaciones de los acreedores y de los deudores correales, sería preciso echar una ojeada a las diversas causas que pueden extinguir la obligación, y ver cuál es su efecto sobre estas relaciones. Pero nosotros haremos este estudio más útilmente con las causas de extinción de las obligaciones (1). Podemos desde ahora establecer una regla general, deducida de los caracteres de la obligación correal. Toda causa que tiende a extinguir la obligación produce un efecto absoluto para todos los acreedores y deudores, si recae sobre el *objeto* de la deuda, que es *uno:* esto es lo que hemos visto para el pago Por el contrario, no produce más que un efecto relativo y especial si no interesa más que la *persona* de un acreedor o de un deudor, porque hay *pluralidad de vínculos* y, en este caso, alcanza a un solo vínculo: así cuando uno de los codeudores es *capite minutus*, los demás no quedan menos civilmente obligados por ello (Paulo, L. 19, D., *de duob. reis*, XLV, 2).

310.—IV. *Relaciones de los acreedores y de los deudores correales entre sí.*—Hemos dicho que el pago hecho por uno de los deudores correales les libra a todos, y que, hecho a uno de los acreedores correales, extingue el derecho de todos. Puede preguntarse, por consiguiente, si el coestipulante que ha sido pagado no debe nada a sus coestipulantes, y si el que promete con otros que ha pagado no tiene recurso contra los que prometieron con él.

En principio, la correalidad no da por sí misma ningún derecho de recurso, sea entre coestipulantes, sea entre copromitentes. Porque el acto en que varios individuos han figurado reunidos en una estipulación, bien para preguntar, bien para responder, no crea entre sí ningún vínculo que autorice recursos recíprocos. Sería un error decir que, por eso sólo de que ha pagado, un deudor ha hecho las cosas de los demás y tiene contra ellos, para hacerse indemnizar, la acción *negotiorum ges-*

---

(2) Este arreglo no podía tener efecto cuando la *litis-contestatio* extinguía *ipso jure* el derecho del demandante; pero era eficaz cuando daba al demandado la excepción *rei judicatae vel in judicium deductae*, a la cual renunciaba.—V. n.° 747, 1, y 761, 2, *a*.

(3) Ulpiano, L. 3, § 1, *in fine*, D., *de duob. reis*, XLV, 2: ... *Una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.*—I, § 1, *ht.*: ... *vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat.*

309. (1) Véanse los números 415, nota 4; 471, *b*; 509, 512, 515, *in fine*, 518 y 519.

torum contraria; porque la deuda que ha pagado era también la suya. Pero si, por sí misma, la correalidad no engendra ningún recurso, puede haber entre los coestipulantes o entre los copromitentes otras relaciones susceptibles de crearlo. Hablemos primeramente de los coestipulantes; después, de los copromitentes.

1. *Coestipulantes.*—La relación más frecuentemente señalada por los textos para poder fundar un recurso entre los coestipulantes es una *sociedad.* Si están asociados, y uno ha recibido el pago, debe comunicarlo a los demás, que tienen contra él, para obligarle a ello, la acción *pro socio.* Pero esta sociedad no se presume: es el coestipulante que no se ha mezclado en nada, y que exige su parte, el que tiene que probar la sociedad sobre la cual apoya su reclamación.

Si los textos hablan sobre todo del caso de sociedad, esto no quiere decir que fuese el único: era solamente el más frecuente. Pero podía también suceder que hubiese entre los coestipulantes, a propósito de cosas indivisas, una comunidad de intereses que hiciese posible un recurso entre ellos por medio de la acción *communi dividundo* con ocasión de la partición. Se puede aún suponer que estaba interesado un solo acreedor: el otro desempeñaba en el negocio el papel de mandatario; si este último recibía el pago, debía rendir cuentas al que le había dado el mandato, de todo lo que había recibido, y podía ser obligado a ello por la acción *mandati directa;* si, por el contrario, el deudor pagaba al único acreedor interesado, no podía haber cuestión de recurso.

La correalidad entre acreedores, muy rara, por otra parte, no se volvió a encontrar casi entre personas que no tuviesen entre sí ni sociedad, ni comunidad, ni mandato, y cuesta trabajo citar acreedores correales que no tengan entre sí ninguna relación que autorice un recurso. Los había, sin embargo. Se encuentra un ejemplo en caso de *correalidad testamentaria,* cuando el testador ha legado una misma cosa a Ticio o a Seio (1). Pero entre coestipulantes es muy distinto. Se ha imaginado, es verdad, algunas hipótesis que satisfacen bastante bien a las condiciones del problema; pero no son casi susceptibles de aplicación práctica.

2. *Copromitentes.*—Los textos nos muestran también que los copromitentes estaban en general asociados. Esta sociedad daba al codeudor que había pagado, el derecho de recurrir contra los demás y de exigir de cada uno de ellos, por medio de la acción *pro socio,* su contribución a la deuda. Pero se puede aún suponer entre los deudores correales otras relaciones que autoricen recursos; a saber: la acción *communi dividundo,* si la deuda se refiere a cosas indivisibles entre los codeudores (2); la acción *mandati contraria,* si el deudor que ha pagado no es más que el mandatario de otro, único interesado en la operación.

Eran ésas, a nuestro juicio al menos, las únicas hipótesis prácticas fuera de las cuales no creemos que se encontrase la correalidad entre los copromitentes, como tampoco entre los coestipulantes. Se pueden citar, sin embargo, deudores correales que no tienen entre sí ninguna relación que autorice un recurso. Tales son los herederos gravados por este título con la ejecución de un mismo legado (3).

En todos los casos, es el deudor que ejercita un recurso el que tiene

---

310. (1) Paulo, L. 16, D., *de legat.,* 2.°, XXXI: *Si Titio aut Seio, utri heres vellet legatum relictum est heres alteri dando ab utroque liberatur... Nam ut stipulando duo rei constitui possunt ita et testamento potest id fieri.*

(2) Africano, en la L. 17, § 2, D., *ad S. S. Vel.,* XVI, 1, refiere una hipótesis de este género.

(3) Pomponio, L. 8, § 1, D., *de legat.,* 1.°, XXX: *Si ita scriptum sit, L. Titius heres meus, aut Maevius, decem Seio dato: cum utro velit Seius agat: ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur: quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*

que probar la relación de derecho sobre la cual pretende fundarlo; porque la estipulación por sí misma no hace presumir ninguno: de ahí una situación muy desventajosa para este codeudor que ha tenido ya la carga del pago. Por eso la correalidad pasiva, siendo con mucho más frecuente, los jurisconsultos buscaron pronto el dar satisfacción a los intereses del deudor contra el que dirigía el acreedor su persecución. Según Marcelo (L. 47, D., *locat.*, XIX, 2), se habría propuesto, cuando los deudores eran solventes, el no constreñir a cada uno de ellos más que a pagar su parte de la deuda. Pero esta solución no podía ser aceptada. Nada es, en efecto, más antipático a la correalidad que la división; es precisamente para evitarla por lo que el acreedor ha querido deudores correales. Por eso no fué nunca concedida a los *correi promittenti;* ni aun, aunque se haya pretendido, por la Novela 99 de Justiniano (4).

Se tomó con preferencia otro partido. Fué permitido al deudor perseguido el no pagar más que si el acreedor le cedía sus acciones contra los demás codeudores. Es lo que se llama el beneficio *cedendarum actionum.* Para obtenerlo, el deudor sostenía ante el magistrado que había dolo por parte del acreedor en no cederle, mediante el pago de lo que le era debido, unas acciones que le son en lo sucesivo inútiles; y, amenazándole con hacer insertar en la fórmula la excepción de dolo que hubiese llevado consigo su absolución, obtenía la cesión deseada. Volveremos sobre este beneficio al hablar de los fiadores (5).

El deudor encontraba en ello varias ventajas: a) Si no tenía recurso contra sus codeudores, el beneficio de cesión de acciones le aseguraba uno; b) Aun cuando tuviese la acción *pro socio*, o cualquier otra vía de recurso, las acciones del acreedor eran frecuentemente mejores, a causa de las garantías especiales que podían sancionar, y c) Por último, ejercitando sus acciones, no tenía que probar más que el hecho de la cesión; es al codeudor que persiguiese al que tocaba demostrar, para defenderse, que era el único interesado y que el pago debía quedar a su cargo.

Se puede, además, conjeturar que el deudor, así sustituído al acreedor, no debía recurrir contra cada uno de sus codeudores más que por su parte y no por el todo, lo que no hubiese hecho más que trasladar la injusticia a la cual se quería remediar.

Según ciertos autores, los *correi promittendi* no disfrutan del beneficio de cesión de acciones más que si están asociados. Pero ¿por qué se habría negado este favor a los deudores correales no asociados, cuando se ha concedido sin dificultad a los fiadores, entre los que no existe ninguna sociedad? Esta opinión está por otra parte contradicha implícitamente por ciertos textos (6), y no halla sino un apoyo aparente en un fragmento de Ulpiano (L. 62, pr., D., *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2), que es susceptible de otra interpretación.

311.—V. *Utilidad de la correalidad.*—Esta utilidad varía según se trate de correalidad entre deudores o entre acreedores.

1. *Correalidad entre deudores.*—Presentaba para el acreedor una doble utilidad. Encontraba en ella a la vez una *comodidad* y una *seguridad:* una *comodidad,* porque obtenía todo lo que le era debido por una persecución única contra un solo deudor, en lugar de entablar acción contra cada uno por su parte de deuda; una *seguridad,* porque podía

(4) La Novela 99 se refiere a una hipótesis bastante rara, la de *correi promittendi,* constituyéndose fiadores unos de otros. Es como fiadores como pueden obtener la división de la deuda.

(5) V. n.° 327.—En nuestro Derecho, el deudor solidario que ha pagado está subrogado legalmente a los derechos del acreedor. Cf. art. 1.251, 3.°, C. C.

(6) Cf. Papiniano, L. 65, D., *de evict.*, XXI, 2.—Diocleciano, L. 2 (1), C., *de duob. reis,* VIII, 40, año 287.

elegir y reclamar el pago al deudor que le pareciese más solvente; no tenía que temer la insolvencia de los demás, y corría menos peligros de no ser pagado.

Los mismos deudores correales encontraban provecho en este arreglo, porque dos personas que quieren tomar a préstamo dinero para un negocio común obtenían más fácilmente crédito respondiendo *rei promittendi*, a causa de la garantía que hallaba en ello el acreedor.

2. *Correalidad entre acreedores.*—Su utilidad práctica era menor, lo cual explica por qué su empleo era mucho más raro. Sin embargo, tenían también ventajas. Dos asociados estipulan con un deudor. Uno puede estar ausente el día del vencimiento. Si responden *rei promittendi*, ambos son acreedores por el todo, y uno solo, presente en el lugar fijado para el pago, puede exigir al deudor la totalidad de la deuda. La utilidad es la misma si se supone un solo interesado y un mandatario.

312. VI. *Fuentes de la correalidad y de las obligaciones in solidum.* No hemos considerado hasta ahora más que la correalidad nacida de una estipulación; porque es la principal fuente y la más antigua. Pero hay otras que nos falta indicar. Es ésta una cuestión delicada y resuelta de diverso modo. Hemos dicho, en efecto, que ciertos deudores están obligados *in solidum*, sin ser deudores correales. La dificultad consiste en determinar las causas que producían la verdadera correalidad y las que no producían más que una obligación *in solidum*.

1. Intérpretes del Derecho Romano han propuesto la distinción siguiente: La correalidad no puede resultar más que de un contrato o acto jurídico, que da una acción de *derecho estricto*. Así se la puede encontrar en una *estipulación*, en el *mutuum*, el *contrato litteris*, el *testamento*, y aun en caso de robo, entre personas obligadas por la *condictio furtiva*. Fuera de estas fuentes, y en todos los casos en que la acción es de *buena fe* o *in factum*, no puede haber más que una obligación *in solidum*.

Este sistema tropieza con un texto capital, en que Papiniano afirma que la correalidad puede resultar de todo contrato aun de buena fe (1). Es contradicho igualmente por la L. 1, C., *de cond. furt.*, IV, 8, que habla de personas obligadas por la *condictio furtiva*, sin que haya entre ellas verdadera correalidad.

2. Me parece preferible la explicación siguiente. La *correalidad* es una especie de modalidad, que las partes pueden unir a toda obligación contractual de buena fe o de derecho estricto, y que el testador puede también establecer en su testamento. Puede, pues, crearse, no solamente en la estipulación, por el procedimiento indicado, sino que se dividirá según los principios (V. n.° 305). La correalidad, con la ayuda de expresiones variables, pero que indiquen bien la voluntad de las partes, tales como: *utriusque fidem in solidum secutus* (L. 9, pr., D., *hl.)*, o *singulorum in solidum intuitus personam* (L. 47, D., *locat.*, XIX, 2).

En semejante caso, la obligación tiene una causa única; pero se dividirá según los principios (V. n.° 305). La correalidad impide este resultado; hace que cada acreedor pueda exigir el todo a cada deudor.

La *obligación in solidum*, por el contrario, tiene una fuente natural. Nace de la falta común o del delito común de los deudores, y puede encontrarse también en un contrato o un cuasi-contrato, como en caso de delito o de cuasi-delito. Citaremos como ejemplos de estos deudores obligados *in solidum:* los arrendatarios y comodatarios que, por falta

---

312. (1) L. 9, pr., D., *de duob. reis*, XLV, 2: *Eamdem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: «Titius et Maevius Sempronio decem dato».*

o dolo, han destruído o deteriorado la cosa que les ha sido confiada (L. 5, § 15, D., *commod.*, XIII, 6); los depositarios en el mismo caso (L. 1, § 43, D., *depos.*, XVI, 3); los cotutores que han administrado mal por su falta el patrimonio del pupilo (L. 55, pr., D., *de adm. tut.*, XXVI, 7); los magistrados municipales encargados de administrar las ciudades, y los que administran las haciendas de ellas (L. 1, C., *quo quisq. ord.*, XI, 35); los cómplices o coautores de un robo, obligados por la *condictio furtiva* (L. 1, C., *de cond. furt.*, IV, 8); las personas que han incurrido en una responsabilidad común *quasi ex delicto* (L. 1, § 10; L. 2 y L. 3, D., *de his qui eff.*, IX, 3). En estas hipótesis y otras análogas, cada deudor está obligado por el todo a causa de su falta. Hay tantas causas de obligaciones como personas obligadas, y cada deudor puede ser perseguido *in solidum*, aunque la reparación no se deba más que una vez.

Esta distinción se concilia perfectamente con los textos. Explica, por otra parte, por qué no se encuentra esta situación más que entre deudores y no entre acreedores, mientras que la correalidad puede existir por los dos lados. Es que la correalidad podía establecerse artificialmente a voluntad de las partes, bien entre acreedores, bien entre deudores. Por el contrario, la obligación *in solidum* tiene una causa natural: la falta común que hace a cada deudor responsable por el todo; mientras que cada acreedor no sufre más que un daño parcial.

313.—VII. *Caracteres distintivos de la obligación in solidum.*—La obligación *in solidum* ofrece la imagen de la correalidad entre deudores, en este sentido que cada uno de los deudores *in solidum* puede ser perseguido por el todo, y que el pago hecho por uno libra a todos los demás. Pero se distingue de la obligación correal por caracteres que le son propios. Nos limitaremos a indicar aquellos que no son rechazados.

a) En el derecho clásico, la *litis-contestatio* que resulta de la persecución dirigida contra uno de los codeudores *in solidum* no libra a los demás (1).

¿De dónde viene esta diferencia con la obligación correal? Es que la causa de esta obligación es única y, si las partes han extendido sus vínculos de manera que cada deudor pueda ser perseguido por el todo, no es menos verdad que se trata siempre del mismo asunto, pues el acreedor no puede obrar más que una vez. Por el contrario, cada uno de los deudores *in solidum* está ligado por una obligación que tiene su causa distinta; a saber: la falta, la responsabilidad propia del deudor. Sin duda, el acreedor no puede obtener más que una vez la reparación, pero hay tantas acciones como obligaciones haya, y solamente el pago íntegro de lo que le es debido extingue su derecho de obrar. Bajo Justiniano, esta diferencia no existe ya: la ley 28, C., *de fidej.*, VIII, 41, ha consagrado la misma solución práctica en caso de obligación correal (Véase número 308, 1, *in fine*).

b) La división de la deuda, que no era nunca concedida a deudores correales, lo era a veces a los deudores *in solidum* que tenían una acción de buena fe. Así es como un pupilo, que tiene varios tutores que han administrado, y que los persigue en razón de la responsabilidad contraída por una falta común, debe, si son solventes, no reclamar a cada uno más que su parte (Ulpiano, L. 1, §§ 11 y 12, D., *de tutel*, XXVII, 3).

c) El deudor *in solidum* que ha pagado no tiene recurso contra los demás, si la persecución de que ha sido objeto estaba fundada sobre su dolo personal o sobre un dolo común a todos; sufre, en efecto, la pena de su propio delito (L. 1, § 14, D., *eod*). Si, por el contrario, se trata de

---

313. (1) Ulpiano, L. 3, y Paulo, L. 4, D., *de his. qui eff.*, IX, 3: ... *Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur perceptione, non litis-contestatione...*—Ad. Ulpiano, L. 1, § 43, D., *depos.*, XVI, 3: ... *Non electione, sed solutione liberantur...*

una obligación *in solidum* que no implica su dolo personal, el deudor que ha pagado puede recurrir contra los demás, bien por la acción *pro socio*, bien por la acción del acreedor, que ejerce en virtud de una cesión expresa, o aun como acción *útil*, en virtud de una cesión tácita (2).

V.—De las estipulaciones y de las promesas accesorias.

314.—Al lado de las personas que figuran en la estipulación por su propia cuenta, a título de acreedores o de deudores principales, pueden encontrarse en ella otras que desempeñan un papel accesorio, que estipulan o prometen, no en su interés personal, sino en el del acreedor o del deudor, de suerte que en definitiva no deben guardar nada del crédito ni soportar nada de la deuda. El carácter dominante de estas estipulaciones y promesas accesorias es facilitar o garantizar los efectos del contrato principal. El que estipula accesoriamente al acreedor es un *adstipulator*. Los que prometen accesoriamente al deudor principal son *adpromissores*.

A.—Del "adstipulator".

315.—El *adstipulator* es un acreedor accesorio que, en calidad de mandatario, ha estipulado del deudor la misma cosa que el estipulante principal (Gayo, III, § 110). Este contrato accesorio puede formarse inmediatamente después del contrato principal o después que haya corrido un tiempo más o menos largo. Pero no puede nunca tener lugar más que en una estipulación. El *adstipulator* interroga al deudor diciendo: *Idem dare spondesnes?* A lo que el que promete responde: *Spondeo*. No es necesario, por otra parte, emplear en la estipulación accesoria los mismos términos que en la estipulación principal (Gayo, III, § 112).

La utilidad de la *adstipulatio* se ha manifestado desde dos puntos de vista diferentes: a) Era a veces útil para el estipulante que otro pudiese perseguir al deudor en su lugar; por ejemplo: si preveía que al vencimiento, un viaje o el ejercicio de una fundación pública le retendrían alejado del lugar del pago. Ahora bien, bajo las acciones de la ley, nadie podía confiar a un tercero el ejercicio de una acción en justicia. Pero el *adstipulator*, siendo por sí mismo acreedor, obraba en lugar del acreedor principal, y debía entregarle a continuación lo que había recibido del deudor. Bajo el procedimiento formulario, uno puede hacerse reemplazar en justicia por un mandatario (Gayo, IV, § 82), y la *adstipulatio* no fué ya casi empleada para este uso; b) Tenía otra ventaja más restringida: dar efecto a la estipulación *post mortem stipulantis*. Esta estipulación era nula; pero nada impedía al estipular *post mortem alterius* (V. n.º 304, 3); b) El *adstipulator* podía, pues, estipular válidamente la misma cosa que el estipulante principal para la época en que este estipulante hubiera muerto. Al vencimiento tenía el derecho de perseguir al deudor, y debía dar cuenta de lo que había recibido a los herederos del difunto. Hasta Justiniano, esta fué, sobre poco más o menos, la única utilidad de la *adstipulatio* (1). Cuando tuvo validez la estipula-

(2) Paulo, L. 4, D., *de his. qui eff.*, IX, 3 (continuación): ... *Praestatu ri partem damni societatis judicio vel utili actione ei qui solvit.*—Ad. Ulpiano, L. 1, § 13, D., *de tutel.*, XVII, 3.

N. del T.—Contra la teoría, al presente muy extendida, de la distinción entre la correalidad y la solidaridad, se pronuncian autores como el clásico Ortolan, Mayns, Namur, Van Wette y otros, entendiendo que es inadmisible, aparte de otras razones, porque si la obligación solidaria comprendiera varias deudas, éstas no podrían extinguirse razonablemente, sino por varios pagos, aunque las deudas tengan el mismo objeto, por lo cual entienden que la obligación solidaria sin correalidad es una imposibilidad jurídica.

315. (1) Gayo, III, § 117: *Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur...*

ción *post mortem stipulantis*, esta institución no tuvo ya razón de ser, y no ha hablado de ella en sus Instituciones.

316.—Los principios que rigen la *adstipulatio* derivan de las tres ideas siguientes: el *adstipulator* es personalmente *acreedor;* pero es un acreedor *accesorio*, y es *mandatario* del acredor principal (1).

1. *Es personalmente acreedor.* Porque ha estipulado con el que hace la promesa. Puede no sólo recibir el pago, sino también perseguir al deudor, o hacerle entrega por aceptilación, lo que extingue la deuda misma con respecto al acreedor principal. Sus poderes son, pues, más extensos que los del *adjectus solutionis gratia*, que no es acreedor y no puede recibir el pago.

2. *Es acreedor accesorio.* Resulta de ello que el *adstipulator* no puede estipular otra cosa que lo que el acreedor principal, ni estipular en condiciones más onerosas para el deudor. Por ejemplo: no puede estipular diez, si el acreedor principal ha estipulado cinco; ni estipular pura y simplemente cuando el acreedor principal ha estipulado a término. Pero puede estipular menos; no fortalece entonces la obligación más que por una parte (2).

3. *Es mandatario del acreedor principal.* Como mandatario, el *adstipulator* debe dar cuenta al mandante. Después de haber sido pagado, debe poner lo que ha recibido en manos del acreedor principal que tiene, para constreñirle a ello, la acción *mandati directa.* Debe también indemnizarle cuando ha dispuesto del crédito en su perjuicio, haciendo entrega de la deuda por aceptilación. La ley *Aquilia* había asimismo considerado este daño como un delito especial: éste era el objeto del segundo punto capital, cuya disposición no ha sido conocida sino después del descubrimiento de las Instituciones de Gayo (III, §§ 215 y 216). El acreedor podía en este caso exigir reparación al *adstipulator* por medio de la acción *legis Aquiliae.* Este fué su único recurso en tanto que el mandato no hubo sido sancionado por el Derecho civil. Más tarde ofreció sobre la acción *mandati* la ventaja de llevar consigo una condenación al doble contra el demandado, si negaba que era autor del delito. Bajo Justiniano, esta disposición de la ley *Aquilia*, al mismo tiempo que la *adstipulatio*, ha caído en desuso (I, § 12, *de leg. Aquil.*, IV, 3.—Véase número 456).

La *adstipulatio* estaba además sometida a ciertas reglas que derogan los principios generales del Derecho: a) El crédito del *adstipulator* no pasa a sus herederos; b) Un esclavo no puede ser *adstipulator*, aunque pueda estipular válidamente; c) Un hijo de familia puede desempeñar el papel de *adstipulator;* pero, por excepción, el crédito le sigue siendo propio, en lugar de ser adquirido por el jefe de familia. Por otra parte, no puede ejercer la acción contra el deudor más que después de haber llegado a ser *sui juris* sin sufrir *capitis deminutio* (Gayo, III, § 114).

B.—De los "adpromissores".

a) *Generalidades.*

317.—Se designa en general bajo el nombre de *adpromissor* al que se compromete accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia del deudor. Es lo que llamamos nosotros hoy una *caución.* La garantía que resulta

---

316. (1) Gayo, III, § 111: *Huic (adstipulatori) proinde actio competit, proindeque ei recte solvitur ac nobis: sed quidquid consecutus erit, mandati judicio nobis restituere cogitur.*
(2) Gayo, III, § 113: *Minus adstipulari potest, plus non potest.*—III, § 126: ... *Nec plus in accessione esse potest, quam in principali re.*

de ello es una *garantía personal*, por oposición a la *garantía real*, que consiste en la afectación de una cosa al pago de la deuda. Cada una de estas garantías tiene sus ventajas. El procedimiento de la caución permite al acreedor el hacerse pagar más rápidamente al vencimiento; si el deudor es insolvente, se dirige a la caución. La garantía real ocasiona más lentitud: el acreedor está obligado a vender la cosa para pagarse; pero es más segura, porque da al acreedor un derecho exclusivo sobre la cosa comprometida (Véanse núms. 214 y 250).

Es cierto que en los comienzos los romanos han preferido la garantía personal, realizada por *satisdatio*, es decir, por el compromiso de varios *adpromissores*. Esta preferencia se explica por el estado de la sociedad romana durante los primeros siglos. Al lado de un cierto número de familias enriquecidas, sobre todo por el disfrute abusivo del *ager publicus*, la mayoría de la población se componía de labradores y de pastores frecuentemente arruinados por la guerra. Cuando recurrían al préstamo, los instrumentos de trabajo y el pequeño campo del deudor no podían ofrecer al acreedor una seguridad real suficiente; hallaba una garantía mucho más eficaz en la intervención de los amigos o de los parientes del prestatario, que se comprometían como *adpromissores*. De ahí el empleo tan frecuente del procedimiento de la fianza.

Este hábito, que sobrevive a la causa que le ha hecho nacer, se revela aún en los textos de los jurisconsultos del Imperio. Scaevola nos hace el relato de la carta de un deudor que, no pudiendo suministrar caución, ruega al acreedor que acepte una hipoteca (L. 34, § 1, D., *de pign.*, XX, 1). En las estipulaciones ordenadas por el pretor, la *satisdatio* es de rigor; una reguridad real no puede reemplazarla (Ulpiano, L. 7, D., *de stip. praet.*, XLVI, 5).

Sin embargo, hacia fines de la República se ha producido un cambio. Los principios rigurosos a los que estaban sometidos los *adpromissores* en el Derecho antiguo, han sido moderados por varias leyes que, al mismo tiempo que mejoraban su condición, disminuían la garantía que procuraban al acreedor. Por otra parte, en los comienzos del Imperio, la seguridad real, realizada hasta allí por procedimientos bastante imperfectos, la *mancipatio* con *fiducia* y el *pignus* reviste una forma más perfeccionada: la *hipoteca* (V. núms. 244 y sigs.). A partir de este momento, la preferencia de los antiguos romanos por la garantía personal tiende a atenuarse. Los jurisconsultos hacen constar con gusto que es más seguro tener una hipoteca que una caución (1). Pero esta reacción no tiene por efecto sino un uso más frecuente de la garantía real. La hipoteca, que carece de publicidad, ha quedado siempre en Roma como un instrumento imperfecto y no ha suplantado nunca a la fianza. Gracias a las ventajas que le son propias, la garantía personal no ha cesado de practicarse, aunque de una manera menos exclusiva, y, hasta Justiniano, sus reglas han sido ampliadas y perfeccionadas continuamente.

318. La antigüedad y la comodidad del contrato de estipulación la hicieron en primer lugar, y durante largo tiempo, el único procedimiento empleado para realizar el compromiso de las cauciones; de donde su nombre de *adpromissores*. Bajo esta designación general se comprendían tres especies: los *sponsores*, los *fidepromissores* y los *fidejussores* (1).

---

317. (1) Pomponio, L. 25, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Plus cautionis in re est quam in persona.*

318. (1) Se encuentran también durante los primeros siglos otras dos clases de cauciones que no tienen más que un interés secundario en derecho privado: los *vades*, cuyo uso parece haber sido limitado al procedimiento de las acciones de la ley (Aulo-Gelio, *Nuits at.*, XVI, 10.—V. n.° 718), y los *praedes*, que intervenían sobre todo para garantía de los créditos del Estado (Festus, V. *Praes*); se los encuentra aplicaciones en los *praedes sacramenti*, y en los *praedes litis* y *vindiciarum* (V. n.° 720).

Los *sponsores* han debido existir únicamente en los comienzos, cuando estipulación necesitaba el empleo del verbo *spondere*, y no estaba abierta más que a los ciudadanos romanos. Después, cuando se hace accesible a los extranjeros, han podido comprometerse como cauciones, pero empleando otro verbo: *fidepromittis? fidepromitto*. Son éstos los *fidepromissores*, que pueden ser ciudadanos o extranjeros, pero que están sometidos a los mismos principios rigurosos que los *sponsores*. Por último, hallamos, en el siglo VII, una tercera clase de *adpromissores:* los *fidejussores*, que se obligan por la fórmula *fidejubes? fidejubeo* (2). Con reglas menos estrechas, una esfera de aplicación más amplia, conducen poco a poco al desuso de los *sponsores* y de los *fidepromissores*.

Al lado de los *adpromissores*, que se obligan por la estipulación, contrato de derecho estricto, se establecieron también otras formas de caución reconocidas por el Derecho civil o por el Derecho pretorio, y que presentaban sus ventajas particulares. Fueron éstas: el *mandatum credendae pecuniae*, realizado por medio del contrato de mandato, y el *constitut debiti alieni*, sancionado por el pretor. Nos limitaremos a señalar por el momento estos dos procedimientos. Indicaremos su utilidad y sus efectos estudiando el *mandato* y el *constituto* (V. núms. 396 y 413). Hablaremos aquí de los *adpromissores*.

b) *De los «sponsores» y de los «fidepromissores».*

319.—El *sponsor* es siempre un ciudadano romano. Se obliga por la fórmula: *Idem dare spondes? Spondeo*. El *fidepromissor* puede ser ciudadano o extranjero. Se compromete por la fórmula: *Idem fidepromittis? Fidepromitto*. En todo caso, esta estipulación accesoria se realiza por una interrogación y una respuesta perfectamente distintas y separadas del contrato principal.

Los *sponsores* y los *fidepromissores* estaba regidos por los mismos principios (1). Unos y otros no podían servir de garantía sino a las obligaciones nacidas *verbis* (Gayo, III, § 119) (2). Su obligación no pasaba a sus herederos, excepto cuando se trata de un *fidepromissor* extranjero, cuyo Derecho civil propio admitía otra regla (Gayo, III, § 120). Por otra parte, su papel, al lado del deudor principal, presenta mucha analogía con el que desempeña el *adstipulator* al lado del acreedor. Son personalmente *deudores*, pero deudores *accessorios*, *mandatarios* del deudor principal.

1. *Son personalmente deudores.* Se han comprometido *verbis* a pagar la misma cosa que el deudor principal. Pueden, pues, ser perseguidos por el estipulante; pero el que paga libra a todos los demás.

2. *Son deudores accesorios.* Por consiguiente, no pueden prometer otra cosa que lo que el deudor principal, ni obligarse bajo condiciones más onerosas; pero pueden prometer menos, no suministrando así al acreedor más que una garantía parcial (Gayo, III, § 126).

3. *Son mandatarios del deudor principal.* Obligados en su interés y no por su propia cuenta, tienen, pues, el derecho de recurrir contra él cuando han pagado. Para asegurar este recurso, una ley *Publilia*, de fecha antigua, pero desconocida, autorizó al *sponsor* que no había sido

(2) La ley *Cornelia*, que se coloca generalmente en el año 673 de Roma, bajo la dictadura de Sila, es la primera que hace mención de los fiadores.

319. (1) Gayo, III, § 118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio est, fidejussoris valde dissimilis.*

(2) En la práctica, las partes podían a veces remediar este inconveniente transformando una deuda cualquiera en obligación verbal por medio de la novación. Pero era preciso que el deudor consintiese en ello y fuese posible realizar entre el acreedor y el deudor la estipulación necesaria para obrar esta transformación.—V. n.° 506.

reembolsado por el deudor dentro de los seis meses del pago a ejercitar contra él la *manus injectio pro judicato* (Gayo, IV, § 22). Bajo el procedimiento formulario, esta vía de recurso se ha reemplazado por la acción *depensi*, que llevaba consigo una condenación al doble, en caso de negación por parte del demandado (Gayo, III, § 127). Esta ley, que no se aplicaba más que a los *sponsores*, data sin duda de una época en que la *sponsio* era la única forma de fianza, y en que el mandato no estaba aún sancionado por el Derecho civil. Más tarde, las cauciones hallaron en la acción *mandati contraria* otra vía de recurso contra el deudor principal.

320.— Además de estos principios generales, varias leyes, que tenían un carácter popular, establecieron para los *sponsores* y los *fidepromissores* reglas especiales, cuyo efecto era hacer su compromiso menos oneroso, y permitir a los deudores menos ricos el hallar más fácilmente cauciones. He aquí el resumen de ellas:

1. La ley *Appuleia* decidió que habría sociedad de pleno derecho entre los *sponsores* o entre los *fidepromissores*. Aquel de entre ellos que había pagado toda la deuda podía recurrir contra los demás por la acción *pro socio*, para no soportar en definitiva más que su parte (Gayo, III, párrafo 122).

2. La ley *Furia*, posterior en fecha (1), limitó la obligación de los *sponsores* y de los *fidepromissores* a una duración de dos años. Además, dividió de pleno derecho la deuda entre todos los que existían aún en el día del vencimiento. Cada uno no debe más que su parte viril (2). Por último, por una disposición especial para los *sponsores*, decidió que el *sponsor* que, engañado, sin duda, sobre el número de las cauciones, ha pagado más que su parte, puede usar de la *manus injectio pro judicato* contra el acreedor, que no le devuelve el excedente (Gayo, IV, § 22). La ley *Furia* no se aplicaba más que en Italia. La ley *Appuleia* siguió siendo útil en las provincias donde el *adpromissor* estaba aún expuesto a pagar la totalidad de la deuda (Gayo, III, § 122).

3. La ley *Cicereia* ha debido seguir a las leyes precedentes, cuyas disposiciones completa. Exigió que el acreedor declarase públicamente por qué deuda recibía *sponsores* o *fidepromissores*, y cuál era su número. Si esta declaración no había tenido lugar, tenían treinta días para hacer constar su falta; después estaban liberados. En la práctica, la ley se extendió a los *fidejussores* (Gayo, III, § 123).

4. Por último, una ley *Cornelia*, del año 666 ó 673 de Roma, fué la primera que se aplicó a las tres clases de *adpromissores*. Prohibió que la misma persona pudiese ser caución del mismo deudor, en provecho del mismo acreedor, en el mismo año, por más de veinte mil sestercios (3). Pasando de ahí, el compromiso era nulo (Gayo, III, § 124).

321.— La mayor parte de estas reglas disminuían la garantía ofrecida por los *sponsores* y los *fidepromissores*, cuyo empleo estaba ya limitado a las obligaciones nacidas de los contratos *verbis*. Por eso, aunque usadas aun en el tiempo de Gayo estas dos clases de cauciones, debieron caer en desuso desde fines de la época clásica, y no hay esta cuestión bajo Justiniano. La *fidejussio* había sido imaginada, sin duda,

---

320. (1) Gayo dice expresamente (III, § 121) que la ley *Appuleia* es anterior a la ley *Furia*. Pero se ignora la fecha exacta de estas leyes. Se las coloca frecuentemente en el siglo VI de Roma. Es más probable que sean del VII siglo, de 651 y 654, en que fueron tribunos Appuleius Saturninus y Publius Furius, que prodigaron los favores al pueblo.

(2) Esto es lo que resulta del texto de Gayo (III, § 12), en que opone los *sponsores* y *fidepromissores*, entre los cuales: *quotquot erunt numero... in tot partes dividitur obligatio...*, a los *fidejussores*, que: *quotquot erunt numero... singuli in solidum obligantur*.—Ad. Argt. L. 26, D., *de fidej.*, XLVI, 1 (n.° 325, nota 2).

(3) El sestercio valía un poco más de veinte céntimos de nuestra moneda.

para escapar a estas reglas estrechas. Sea como quiera, después de haber existido durante siglos con la *sponsio* y la *fidepromissio*, quedó la única forma de fianza realizada por estipulación.

c) *De los fiadores.*

(I., *de fidejussoribus*, III, 20.)

322.—El fiador puede ser ciudadano o extranjero. Se obliga con la ayuda de la fórmula: *Idem fidejubes? Fidejubeo* (Gayo, III, § 116). Todos los progresos admitidos para la estipulación en general se aplicaron además al compromiso de los fiadores (V. n.° 289). Se fué aún más lejos: el fiador que ha escrito o dejado escribir en su presencia que ha prometido, acaba por ser considerado como regularmente obligado (1).

323.—I. *Caracteres de la obligación del fiador.*—La obligación del fiador es una obligación *accesoria* destinada a garantizar otra obligación. De ahí dos consecuencias:

1. *Se une siempre a una obligación principal.*—El empleo de la fianza no está limitado a las obligaciones contraídas *verbis*. Puede sobrevenir en una obligación cualquiera, civil o pretoriana, y lo mismo en una obligación natural (1). Por ejemplo, el esclavo que contrata con su dueño o con un tercero se obliga naturalmente, y desde entonces puede suministrar un fiador que constituya para el acreedor una garantía de la eficacia de la obligación (2). El compromiso del fiador seguía de ordinario la formación de la obligación principal; pero podía también ser contraído a propósito de una obligación futura; en este caso, no era válido más que si esta obligación futura se realizaba (3).

2. *Debe tener el mismo objeto que la obligación principal.*—Si el fiador ha prometido otra cosa, el compromiso es nulo (4). Resulta de ello que no puede de ningún modo prometer ni obligarse bajo condiciones más onerosas que el deudor principal: así no puede prometer pura y simplemente, cuando la deuda principal es a término, ni prometer diez cuando el deudor principal debe cinco (I., § 5, *ht.*). En este último caso, su compromiso no es válido, ni aun en la medida de la obligación principal: es nulo por el todo. Esta solución, rechazada, está expresamente consagrada por los textos (5), y es la única que está en armonía con el carácter de la estipulación que es de derecho estricto. Pero si el fiador no puede deber más que el deudor principal, su obligación puede ser sancionada más enérgicamente sin cesar de ser válida; es lo que sucede cuando ha afianzado una obligación natural. Por último, el fiador puede válidamente prometer menos que el deudor principal; se considera en-

---

322. (1) Ulpiano, L. 30, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Sciendum et generaliter, si quis se scripserit fidejussisse: videri omnia solemniter acta.*—I, § 8, *ht.*—V. una aplicación de este principio en los fiadores del tutor, n.° 109 *bis*, 2, y nota 1.

323. (1) Ulpiano, L. 1, D., *de fidejus.*, XLVI, 1: *Omni obligationi fidejussor accedere potest.*—Ad. I, § 1, *ht.*

(2) I, § 1, *ht.*—Gayo, L. 70, § 3, D., *de fidejus.*, XLVI, 1. Pero cuando el dueño se compromete con relación al esclavo, aunque se obligue naturalmente también, no puede suministrarle fiador, porque el esclavo, al estipular del fiador, adquiere en la persona de su dueño. La garantía aprovecharía así al dueño deudor y no al esclavo acreedor natural.—Paulo, L. 56, § 4, D., *eod.*

(3) I, § 3, *ht.*—Ulpiano, L. 6, § 2, D., de *fidejus.*, XLVI, 1. Estos textos hacen constar que el fiador puede comprometerse antes que el deudor principal; está permitido sacar de ahí la conclusión de que fuese de distinto modo para el *sponsor* y el *fidepromissor*.

(4) Javoleno, L. 42, D., *de fidejus.*, XLVI, 1: ... *Non obligatur fidejussor, quia in aliam rem quam credita est fidejussor obligari non potest.*

(5) Cf. Gayo, III, § 126.—I, § 5, *ht.*, y sobre todo Ulpiano, L. 8, § 7, D., *de fidejus.*, XLVI, 1: *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari...* Este texto no se refiere más que a los *adpromissores*, que están obligados *verbis*. Se admitía una solución más amplia para el constituto *debiti alieni* (Véanse números 411 y 413).

tonces como si no ha prestado caución más que á una parte de la deuda (Pomponio, L. 9, D., *de fidejus.*, XLVI, 1).

La obligación del fiador no está limitada en su duración, como lo estaba la de los *sponsores* y de los *fidepromissores*. Es perpetua y transmisible a sus herederos (Gayo, III, § 120).

324. II. *Relaciones del acreedor con los fiadores.*- Cada uno de los fiadores ha prometido al acreedor, por una estipulación distinta, pagar la totalidad de la deuda. Todos están, pues, obligados con el mismo título que el deudor principal y, en sus relaciones con el acreedor, se encuentran en una situación análoga a la de los deudores correales.

Por consiguiente, el acreedor puede exigir el pago de la deuda íntegra a aquel de los coobligados que le parezca elegir. No está obligado a dirigirse primeramente al deudor principal: porque los fiadores no han prometido para el caso en que este deudor no ejecutase su obligación; se han comprometido sin restricción (1). El acreedor tiene, pues, el derecho de reclamar el pago a uno de los fiadores. Si paga, como no hay más que una misma cosa debida por todos, los demás quedan libres.

Cuando el acreedor no ha podido hacerse pagar amistosamente, tiene igualmente el derecho de ejercitar su acción contra uno de los fiadores. Desde entonces, el objeto de la deuda, que es el mismo para todos, anula todo su crédito en justicia; la *litis-contestatio* produce su efecto extintivo, y, en lo sucesivo, si no ha obtenido satisfacción, no puede ya obrar útilmente, ni contra el mismo ni contra los demás codeudores (2). Hemos visto ya, a propósito de los deudores correales, esta solución, que comprometía gravemente los intereses del acreedor. Fué atenuada de la misma manera. Se introdujo primeramente la costumbre de separar por una convención especial las consecuencias de la *litis-contestatio*, de suerte que el acreedor pudiese perseguir sucesivamente a todos los coobligados hasta el pago perfecto. Después, lo que no era más que el resultado de una cláusula expresa, fué convertido en ley por una Constitución de Justiniano del año 531: la ley 28, C., *de fidejus.*, VIII, 41 (V. n.º 308, 1 y nota 2).

325. -Los principios que acabamos de exponer eran rigurosos para el fiador. Obligado para hacer servicio al deudor principal, y sin interés personal en el asunto, se hallaba expuesto a pagar la totalidad de la deuda, salvo el ejercitar a continuación contra el deudor interesado un recurso que su insolvencia podía hacer ilusorio. Este peligro era un obstáculo a la caución, tan favorable al crédito. Fué remediado, sobre todo, por dos beneficios concedidos a los fiadores: el *beneficio de división* y el *beneficio de discusión*.

1. *Del beneficio de división.*—La ley *Furia* había decidido que la deuda se dividiera de pleno derecho entre los *sponsores* y los *fidepromissores* que existiesen al vencimiento, de suerte que el acreedor no pudiera reclamar a cada uno más que su parte viril. Esta ley no se aplicaba a los fiadores. Quedaron expuestos a una persecución *in solidum* hasta el reinado de Adriano, el cual, por un rescripto *(epistola Hadriani)*, les concedió el *beneficio de división* (1). El mismo favor se extendió a los *sponsores* y a los *fidepromissores* de provincia, porque la ley *Furia* no se aplicaba más que en Italia (Gayo, III, § 121 a.)

Este beneficio difería sensiblemente de la división establecida por la ley *Furia:* a) Mientras que ésta tenía lugar de pleno derecho, aquél

---

324. (1) Gayo, III, § 121: ... *Fidejussores... quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere...*

(2) Paulo, L. II, 17, § 16: *Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur.*— Gordiano, L. 16, C., *de fidej.*, VIII, 41, en el 241.

325. (1) Gayo, III, § 121 (continuación): *Sed nunc ex epistola Divi Hadriani, compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sint partes petere.*

debía ser exigido por el fiador que quería aprovecharse de ello. El acreedor conservaba, pues, el derecho de obrar *in solidum* contra uno de los fiadores. Si el que era perseguido pagaba por error toda la deuda, sin prevalerse del beneficio de división, no había de ningún modo la *condictio indebiti* para reclamar lo que excediese a su parte (Papiniano, L. 49, § 1, *in fine*, D., *de fidejus.*, XLVI, 1); b) De otro lado, el rescripto de Adriano conciliaba mejor que la ley *Furia* los intereses del acreedor y los de los fiadores. En efecto, la división no se efectuaba entre todos los fiadores obligados en el momento del vencimiento, sino solamente entre los que eran solventes en el momento de la *litis-contestatio* (2). Si sobre cuatro fiadores dos son insolventes, la división de la deuda no se hace más que entre los otros dos, y el acreedor puede obtener la mitad de cada uno de ellos. De esta manera es más seguro el no perder nada, y el interés de los fiadores tiene la suficiente salvaguardia.

En la práctica, el fiador perseguido *in solidum* tenía la facultad de reclamar ante el magistrado la división de la deuda. Si la solvencia de los demás fiadores era cierta, o si una información sumaria bastaba para probarla, el acreedor estaba obligado a dividir su demanda y no obtenía la fórmula más que por parte. Si, por el contrario, se verificaba una prueba con este fin, y si era necesaria una información profunda, el pretor ofrecía la fórmula por el todo, insertando en ella la excepción *si non et illi solvendo sint* (3). El juez debía comprobar si había otros fiadores solventes, y si el examen de los actos daba un resultado afirmativo, el demandado no era condenado más que a su parte viril (4).

El beneficio de división era rechazado a los fiadores del tutor (L. 12, D., *rem pupil.* XLVI, 6) y a los que negaban su obligación (L. 10, § 1, D., *de fidejus*, XLVI, 1). Fué confirmado por los emperadores siguientes, y especialmente por Justiniano (Nov. 99) (5).

2. *Del beneficio de discusión.*—Gracias al beneficio de división, el fiador no tenía que temer ya el pagar solo la totalidad de la deuda cuando había otros fiadores solventes; pero estaba siempre expuesto a verse perseguido por el acreedor, con preferencia al deudor principal, cuando, en suma, su obligación no hubiera debido ser más que una garantía contra la insolvencia de ese deudor. Es verdad que la opinión se mostraba severa con el acreedor que atacaba primero al fiador, y el deudor principal, que era solvente, podía considerar este proceder como una injuria (6). Pero, en Derecho no se podía equitativamente obligar al acreedor a perseguir primero al deudor principal, considerando que el ejercicio de esta acción hubiera extinguido, como hemos visto, su derecho contra las cauciones. Se contentaron con imaginar algunos medios de orillar la dificultad. Los textos citan dos principales:

a) El primero es aplicable en todas las hipótesis. He aquí en qué consiste: el fiador, amenazado de ser perseguido por el acreedor, podía darle mandato de obrar contra el deudor principal, a riesgo y peligro

---

(2) Gayo, L. 26, L., *de fidej.*, XLVI, 1: *Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola Divi Hadriani: et ideo si quis eorum ante exactam a se partem... ad inopiam pervenerit, pars ejus ad ceterorum onus respicit.*—Papiniano, L. 51, § 4, D., *eod.*

(3) Paulo, L. 28, D., *de fidej.*, XLVI, 1: *Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam «si non et illi solvendo sint».*

(4) En el sistema que da a toda excepción el efecto de excluir la demanda, el acreedor perdería el pleito y no tendría ya acción; resultado absolutamente contrario a la equidad. Si, como lo admitimos nosotros, obtiene condena por parte, queda aún expuesto a no tener ya acción contra los demás fiadores, porque ha hecho valer todo su derecho en la *intentio* de la fórmula. Es probable que se remediara con ayuda de una *praescriptio;* pero es un punto difícil de aclarar.

(5) Este beneficio ha pasado a nuestro Derecho.—Cf. arts. 2.026 y 2.027, C. C.

(6) Gayo, L. 19, D., *de injur.*, XLVII, 10: *si creditor meus cui paratus sum solvere, in injuriam meam fidejussores meos interpellaverit, injuriarum tenetur.*

del fiador (7). El acreedor no debía sino rara vez rechazar este arreglo, pues le tenía cuenta, como al fiador. En lo sucesivo tenía dos acciones en vez de una: si el deudor principal no pagaba nada, o no pagaba más que una parte de la deuda, el acreedor tenía el derecho de volverse contra el fiador, que le había dado mandato a su riesgo y peligro, y reclamarle el exceso por la acción *mandati contraria*. Por su parte, el fiador, libre por la persecución del acreedor contra el deudor principal, no estaba ya expuesto a pagar más que a título de mandante, cuando el deudor era insolvente (Paulo, L. 45, § 7, D., *mandat.*, XVII, 1).

b) El otro procedimiento es conocido con el nombre de *fidejussio indemnitatis*. Resultaba de los mismos términos empleados en la estipulación. En lugar de preguntar el fiador en la forma ordinaria: *Idem dare fidejubes?*, el acreedor decía: *Quanto minus a Titio consecutus fuero tacitum dare fidejubes?* ¿Prometes pagarme lo que no haya podido obtener del deudor principal? El fiador, que se compromete respondiendo a esta pregunta, no promete pagar más que si el deudor principal no paga todo lo que debe: su obligación es *condicional*. Resulta de ello que el acreedor debe perseguir primero al deudor principal. Si este deudor no paga, o no paga más que parte de la deuda, la condición que suspende la obligación del fiador se cumple; el acreedor puede pedirle todo lo que no ha podido obtener del deudor. Si, al contrario, el deudor ha pagado todo lo que debía, la condición desaparece, el fiador no estaba ya obligado (8).

Estos diversos procedimientos tenían el mismo inconveniente; es que no se podían usar sin el consentimiento del acreedor. Hacía falta una medida más radical. Pudo ser tomada por Justiniano, sin dañar los intereses del acreedor, cuando estableció, en 531, que la persecución dirigida contra uno de los coobligados no libraba a los demás. En 539, por la Novela 4, c. 1, decidió que el acreedor debía obrar primero contra el deudor principal, y no atacar a los fiadores sino cuando no hubiera podido obtener satisfacción. El fiador, accionado primero por el acreedor, podía, pues, negarse a pagar en tanto que el deudor no hubiera sido perseguido, y que su insolvencia no hubiera sido comprobada por la venta de sus bienes. Este derecho es el que los comentaristas han llamado el *beneficio de orden* o de *discusión* (9).

326. —III. *Relaciones de los fiadores entre sí y con el deudor principal.*— El fiador no está obligado por sí mismo, sino por cuenta de otro. Si ha pagado no es equitativo que la deuda quede a su cargo; debe tener un recurso contra el deudor principal, que es único interesado en el asunto. Por otra parte, cuando este deudor es insolvente, el fiador, que ha pagado el total, debe poder recurrir contra los demás fiadores, para que le indemnicen y soporten en definitiva su parte de la deuda. Veamos cuáles eran las vías de los recursos que el Derecho Romano concedía al fiador, ya contra el deudor principal, ya contra las demás cauciones:

1. *Recursos contra el deudor principal.*—Es necesario primeramente descartar la hipótesis de que el fiador ha afianzado la deuda *animo do-*

(7) I, § 2, *de mandat.*, III, 26: *...si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas, periculo mandantis.*

(8) Los principios de la *fidejussio indemnitatis* están perfectamente expuestos por Papiniano y por Paulo en la L. 116, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *... Non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit igitur solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tenebatur cum conditio stipulationis deficit; nec Maevius pendente stipulationis, conditione recte potest convenirí...* Ad. Paul, L. 21, D., *de solut.*, XLVI, 3. En la L. 42, D., *de reb. cred.* XII, 1, Celso expone otra teoría que concierta mal con la fórmula de la *fidejussio indemnitatis*, y que no ha prevalecido.

(9) *Discussio* viene de *discutere* o *excutere*, *hacer vender* los bienes de un deudor. El beneficio de discusión era negado a los *argentarii* o banqueros (Nov. 4, C., 3, § 1, y Nov. 136).—Como beneficio de división, ha pasado a nuestro Derecho.—Cf. art. 2.021, C. C.

nandi para hacer una liberalidad al deudor principal: en este caso no podía ser cuestión de recurso (Ulpiano, L. 6, § 2, D., *mandat.*, XVII, 1). Mas, en general, el fiador no ha tenido esa intención. No se ha comprometido más que a ruego del deudor principal, o, sin saberlo él, para prestarle un servicio.

¿Cuál es entonces su derecho de recurso? a) Si el fiador se ha obligado por petición del deudor, es su mandatario, y cuando ha pagado puede recurrir contra él por la acción *mandati contraria* (Gayo, III, § 127). Esta acción le era, por otra parte, negada si no había sido condenado a pagar por haber descuidado oponer al acreedor un medio de defensa que hubiera acarreado su absolución; entonces, por su falta, sufre un perjuicio; no tiene por qué quejarse (Ulpiano, L. 10, § 12, D., *mandat.*, XVII, 1); b) Si el fiador se ha comprometido sin ser rogado por el deudor y sin saberlo él, pero sin oposición por su parte, puede, cuando ha pagado, recurrir contra él por la acción *negotiorum gestorum contraria* (Paulo, L. 20, § 1, D., *eod.*). Cuando se ha obligado, a pesar de la prohibición del deudor, ciertos jurisconsultos le dan por favor la acción *negotiorum gestorum utilis;* pero esta opinión no parece haber prevalecido, y se le niega en general toda clase de recurso (Paulo, L. 40, D., *eod.*).

2. *Recursos contra los demás fiadores.*—Cuando varios fiadores han afianzado la misma deuda, este hecho no puede servir de base a ningún recurso entre ellos. El que paga el total no tiene nada que reclamar a los demás (Modestino, L. 39, D., *de fidejus.*. XLVI, 1). Era una situación molesta, sobre todo en la época en que el beneficio de división no debía estar aún creado, y en que cada fiador estaba expuesto a soportar solo la carga de la deuda, si el deudor principal era insolvente. Así es que pronto los jurisconsultos romanos, sin el auxilio de ninguna ley, y fundándose únicamente sobre la equidad, imaginaron un procedimiento gracias al cual un fiador podía asegurarse, pagando la totalidad de la deuda, un recurso contra sus coobligados; éste fué el *beneficio de cesión de acciones.*

327.—*Del beneficio de cesión de acciones.*—He aquí en qué consiste. El fiador, a quien se dirige el acreedor, tiene el derecho de pedirle la cesión de sus acciones contra los demás coobligados, ofreciéndole el pago íntegro de la deuda (1). Si el acreedor rechaza este arreglo equitativo, el fiador perseguido hace insertar en la fórmula la excepción de dolo (2). El juez debe entonces examinar los motivos de la resistencia del acreedor; si está probado que no tiene ninguna razón seria para rehusar la cesión de sus acciones, el fiador debe ser absuelto.

Se podía objetar que las acciones estaban extinguidas por el pago del fiador, y que ya no era posible cederlas. Los jurisconsultos respondían con razón que la operación constituía una venta. El acreedor era reputado de vender sus acciones al fiador por un precio igual al importe del crédito (Paulo, L. 36, D., *de fidejus.*, XLVI, 1).

Por lo demás, el acreedor cede sus acciones en el estado en que se encuentran. El fiador no tiene derecho a quejarse si hay algunas que han llegado a ser ineficaces, pues se ha comprometido por un contrato unilateral y de derecho estricto la estipulación, y el acreedor no ha contraído con él ninguna obligación (3).

---

327. (1) Juliano, L. 17, D., *de fidejus.*, XVI, 1: *Fidejussoribus succuri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*

(2) Ulpiano, L. 18, § 5, D., *de jam. ercisc.*, X, 2: ... *Cum paratus sit solvere id omne quod debetur, per doli exceptionem consequetur a creditoribus mandari sibi actiones...* Papiniano, L. 65, D., *de evict.*, XXI, 2: ... *Ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori debit praestarentur.*

(3) Cf. Juliano, L. 15, § 1, *de fidej.*, XLVI, 1.—Scaevola, L. 62, D., *eod.*—Dioclecia-

Gracias a esta cesión de acciones, el fiador es sustituído al acreedor desinteresado, y resulta para él una doble ventaja: a) Puede en lo sucesivo recurrir contra los demás fiadores, lo que no tenía medio de hacer antes. Pero no tiene derecho a obrar contra uno de ellos sino bajo deducción de la parte que debe soportar él mismo en la deuda, y puede verse oponer el beneficio de división; b) Su recurso contra el deudor principal se encuentra mejorado. Puede ejercitar contra él las acciones que pertenecían al acreedor, con todas sus ventajas, y prevalerse, contra los terceros detentores, de la hipótesis que garantizaba el crédito, lo que vale más para él que la acción de mandato o de gestión de negocios.

328.—IV. *Extinción de la fianza.*—Como la obligación del fiador es una obligación accesoria, es susceptible de extinguirse por *vía de consecuencia* o *directamente.*

1. Se extingue por *vía de consecuencia,* al mismo tiempo que la obligación principal, pues no se comprende ya la garantía de una obligación que ha dejado de existir. Pero es preciso que la obligación principal esté extinguida de un modo absoluto; no basta que haya sobrevenido una causa de liberación especial a la persona del deudor. Se puede sentar a este respecto la regla siguiente: No teniendo la deuda más que un solo objeto para todos los coobligados, si la causa de extinción principal *recae sobre el objeto mismo, como el pago,* los fiadores quedan liberados. Si, al contrario, se trata de una causa de liberación personal al deudor, como la *capitis deminutio,* los fiadores permanecen obligados, pues su compromiso tiene precisamente por utilidad servir de garantía cuando se producen acontecimientos semejantes.

2. Puede también extinguirse *directamente* en virtud de una causa de extinción que se realiza en la persona del fiador. En tal caso, ¿están liberados el deudor principal y los demás fiadores? La pregunta se resuelve con ayuda de la distinción ya indicada. Todo modo de extinción que afecta al objeto mismo de la obligación libera a todos los coobligados; el que no afecta más que a la persona del fiador queda propio de él. Volveremos sobre este efecto extintivo al estudiar los diversos modos de extinción de las obligaciones (1).

Apéndice.—Del senadoconsulto Veleyano.

(D., *ad S .C. Velleian.,* XVI, 1.—C., *ad S. C. Velleian.,* IV. 29.)

329.—Unimos a la *adpromissio* el estudio del senadoconsulto *Veleyano,* que prohibía a la mujer obligarse por otro. Fué publicado bajo el reinado de Claudio, hacia mediados del siglo I de nuestra era (1).

330.—I. *Origen y motivos.*—Durante mucho tiempo la mujer romana permaneció en un estado completo de dependencia.

Estaba sometida al poder paterno o a la *manus,* nada podía pertenecerle en propiedad; y cuando llegaba a ser *sui juris,* y tenía un patrimonio, la tutela perpetua la impedía enajenar las cosas más preciosas, comprometerse y testar sin la *auctoritas* del tutor.

Al fin de la República, el uso de la *manus* se hizo más raro, y la tutela perpetua, ya muy debilitada, perdió bajo Claudio su aplicación más importante. La mujer conquistó, pues, cierta libertad. Pero parece que con ello resultaron inconvenientes, pues intervino el legislador para

---

no, L. 25, C., *de fidej.,* VIII, 41. La solución era diferente en caso de *mandatum credendae pecuniae.* V. *n.*° 397.

328. (1) Véanse los números 415, nota 4; 471 a); 509, 512, 515 *in fine,* 518.

329. (1) Ulpiano, en la L. 2, § 7, D., *ht.,* da el texto del senadoconsulto Veleyano, y refiere que fué propuesto por Marco Silano, cónsul en el año 46, y Veleyo Tutor, del que no se ha encontrado el nombre en los fastos consulares.

decretar contra la mujer otras incapacidades. Estuvieron en relación con su nueva situación y tendían a sus relaciones con los terceros. Así se le prohibieron los actos contrarios a la reserva que conviene a su sexo, los *officia virilia*, y se colocó en esta categoría toda inmixtión en los negocios ajenos (Ulpiano, L. 2, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17). El senadoconsulto Veleyano, al prohibir a la mujer obligarse por otro, se refiere a este conjunto de disposiciones (Paulo, L. 1, § 1, D., *ht.)*.

Pero otro motivo debió sobre todo inspirarle. Al principio del Imperio, como se hicieran frecuentes los divorcios, se preocuparon de asegurar, contra las disipaciones del marido y las debilidades de la mujer, la conservación de la dote que debía serle restituída. Entre las medidas tomadas para conseguir este fin, ciertos edictos de Augusto y de Claudio prohibieron a la mujer obligarse por su marido (L. 2, pr., D., *ht.)*. La jurisprudencia, bajo la influencia de las ideas que hemos expuesto primeramente, extendió esta prohibición a los compromisos que la mujer contraía para con otro que no fuera su marido (L. 2, § 1, D., *ht.)*. El senadoconsulto Veleyano, al prohibir a la mujer obligarse por otro de una manera absoluta, confirmó, al absorberlos, los edictos de Augusto y de Claudio, y consagró por su generalidad la jurisprudencia anterior.

Así este senadoconsulto tuvo un doble motivo: a) Una *razón de orden público*, pues se buscó el aminorar el papel de la mujer en la vida civil, obligándola a encerrarse en el círculo de sus propios negocios. Los términos del senadoconsulto no dejan ninguna duda a este respecto (1); b) El *interés y la protección de la mujer*. Ulpiano lo dice expresamente (2), y además este motivo resalta también de otras consideraciones. Desde luego, el senadoconsulto no prohibe a la mujer todo acto por otro sino solamente la obligación, porque su inexperiencia hace más pérfido para ella un compromiso que no lleva consigo un sacrificio inmediato. Por otra parte, ya veremos que la mujer que cae bajo la aplicación del senadoconsulto ni siquiera está obligada naturalmente, lo que no se comprende más que si se ha querido protegerla. En fin, las soluciones dadas por los jurisconsultos están siempre inspiradas por la idea de protección.

331.—II. *Casos de aplicación.*—La generalidad del senadoconsulto *(de obligationibus feminarum quar pro aliis reae fierent)* prueba que se aplica a toda mujer que tenga en derecho común la capacidad de obligarse: soltera, mujer casada o viuda, sin distinción de edad ni de condición; y que la obligación está prohibida a la mujer para con cualquier persona que sea.

Queda por precisar el punto más importante. ¿Cuál es el acto que está prohibido a la mujer y que los textos expresan por las palabras *intercedere, intercessio?* (1) En un sentido lato, hay *intercessio* cuando se obliga en lugar de otro, o con otro. Pero el Derecho Romano se ocupa poco de la *intercessio* en general; no presenta un interés real más que en

---

330. (1) L. 2, § 1, D., *ht.*: «*Cum eas virilibus officiis fungi et ejusmodi obligationibus astringi non sit aequum...*»

(2) Ulpiano, L. 2, § 2, D.: *Verba itaque senatusconsulti exentiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata: quia opem tulit propter sexus imbecillitatem, multis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis.*

331. (1) Estas palabras no son susceptibles de una traducción literal: *interceder, intercesión* tienen en nuestra lengua un sentido muy diferente. Nos servimos, a falta de otra, de la expresión *obligarse por otro*, aunque carezca de precisión.

N. del T.—Además de los casos en que la mujer no puede invocar la *exceptio Sc. Velleiani*, expuestos en el texto, se hallan cuando la intercesión no irroga perjuicio alguno a la intercedente, cuando la mujer intercede con ánimo de engañar al deudor, cuando el acreedor es un menor y no puede recabar el pago del deudor principal; cuando la mujer, después de dos años, ratifica la intercesión, y cuando intercede en garantía de la promesa de manumitir un esclavo.

En cuanto a la renuncia de la mujer, entendemos que no excluye el beneficio del senadoconsulto, sino en circunstancias especiales.

esta materia. Hay que determinar, pues, en qué condiciones hay *intercessio* en el sentido del senadoconsulto Veleyano, es decir, al mismo tiempo cuando se aplica. Estas condiciones son en número de cuatro: Es preciso:

1.° Que la mujer *se obligue personalmente*, o que *comprometa sus bienes*, por ejemplo, hipotecándolos. Cualquier otro acto le está permitido en interés ajeno, como pago, delegación, enajenación. Lo que no se ha querido es que tomara un compromiso del que no viera acaso las consecuencias (Gayo, L. 5, D., *ht.*).

2.° Que se obligue *por otro*. Es libre de obligarse por sí misma, pero *no por otro*. Le está, pues, prohibido *comprometerse con un deudor*, afianzando su deuda, por ejemplo, como *fiador;* o de *sustituirse a él*, procurándole su liberación (V. n.° 506, *d.*); o hipotecar sus bienes para garantizar la deuda de otro.

3.° Que se obligue *en interés de otro*. No hay *intercessio* si, al obligarse por otro, tiene en consideración su propio interés, si saca de la operación uu provecho personal (Galistrato, L. 21, pr., D., *ht.*).

4.° Que no se obligue *animo donandi*. En efecto, cuando tiene intención, al obligarse por otro, de hacer una liberalidad, es un sacrificio real, irremediable. El peligro es, pues, menor; se dejará menos fácilmente arrastrar, porque sabe que no será indemnizada si se ve obligada a pagar (Ulpiano, L. 4, § 1, D., *ht.*).

332.—Aun cuando estas condiciones estén reunidas, el senadoconsulto Veleyano no se aplica, por *excepción*, en los casos siguientes:

1.° Cuando la mujer ha hecho la *intercessio* para constituir una dote a su hija: *pro dote* (Valeriano, L. 12, C., *ht.*, año 259).

2.° Cuando es culpable de *dolo* o de *simulación* por haber descuidado el ilustrar al acreedor (Ulpiano, L. 2, § 3, D., *ht.*).

Ciertos autores agregan que la mujer puede renunciar al beneficio del senadoconsulto. Esta solución no nos parece admisible en la época clásica, pues hemos demostrado que descansa sobre un motivo de orden público. Aun suponiendo que no se acepte más que el motivo de protección, ¿no sería hacer esta protección ilusoria? Pues la misma confianza que lleva a la mujer a hacer la *intercessio*, la decidiría a renunciar al senadoconsulto. En fin, Justiniano ha decidido que la mujer no puede ser tutora de sus hijos más que si renuncia a prevalerse del senadoconsulto (L. 3, C., *quando mul. tut.*, V, 35.—Nov. 118, C., 5). La renuncia, pues, no está autorizada en principio, ni aun en su tiempo.

333.—III. *Efecto y sanción del senadoconsulto Veleyano*.—El texto del senadoconsulto no parece formular muy clara la prohibición. I abituado a dar consejos en su origen, el senado remite al pretor el cuidado de hacer observar sus decisiones, aunque se hayan convertido en leyes. Pero no hay que engañarse; la prohibición es cierta. La mujer que invoca el senadoconsulto hace caer la obligación por completo. No queda nada, ni aun obligación natural (1). En la práctica, esta nulidad se manifiesta bajo tres aspectos diferentes:

1. Si los hechos están suficientemente claros *in jure*, y es evidente que caen bajo la aplicación del senadoconsulto, el magistrado niega la acción al acreedor: *denegat actionem*.

2. Si los hechos son dudosos, el magistrado entrega la fórmula insertando la excepción *senatusconsulti Vellejani*. El juez debe comprobar los hechos, y, si están probados *in judicio*, pronuncia en provecho de la mujer una sentencia de absolución. Esta excepción es *perpetua*. Pertenece no solamente a la umjer, sino a todos los que se han obligado con ella (Paulo, L. 7, § 1, D., *de exept.*, XLIV, 1). Es también oponible a la acción *judicati* (L. 11, D., *de S. C. Maced.*, XIV, 6).

333. (1) Juliano, L. 16, § 1, *in fine*, D., *ht.* ... *Totam obligationem senatus improbat...*

3. Si la mujer ha ejecutado por error su obligación, puede ejercitar la *condictio indebiti* para hacerse devolver lo que ha pagado (Marciano, L. 40, pr., D., *de cond. indeb.*, XII, 6).

En el caso particular en que la mujer se había sustituído al deudor principal liberándole, el acreedor perdía todo recurso y se encontraba injustamente lesionado. Así es que el pretor le restituía su acción contra su antiguo deudor (Juliano, L. 14, D., *ht.*).

334.—IV. *Reformas de Justiniano.*—Justiniano ha hecho algunas modificaciones a las reglas precedentes. Las más importantes son:

1.ª La mujer no puede prevalerse ya del senadoconsulto Veleyano, si siendo mayor de edad ratifica su compromiso, dos años al menos después de la *intercessio* (L. 22, C., *ht.*, año 530); o si ha declarado por acto público, firmado por tres testigos, que ha recibido alguna cosa como equivalente de la *intercessio* que resulta del acto (I., 23, § 1, C., *ht.*).

2.ª Toda *intercessio* de la mujer debe verificarse por acto público, delante de tres testigos. Si no, la operación es absolutamente nula *ipso jure*. Es así aun en los casos en que la *intercessio* era en otros tiempos excepcionalmente válida (L. 23, § 2, C., *ht.*, año 530).

3.ª En fin, según la Novela 134, C. 8 (año 541), la mujer no puede en ningún caso obligarse por su marido (Cf. Auth. *si qua mulier*, bajo la L. 22, C., *ht.*). La prohibición es absoluta; se aplica aun cuando haya habido acto público y renovación del compromiso al cabo de los dos años; ataca a las obligaciones que se escapan al senadoconsulto, como las que la mujer contrae *animo donandi*. Una sola excepción se admite: es cuando está bien probado que el negocio se ha realizado en interés mismo de la mujer. Esta prohibición rigurosa se explica por la situación de la mujer respecto del marido. Es de temer que ceda a sus solicitaciones y contraiga por él obligaciones que comprometan su patrimonio (1).

VI.—De las estipulaciones pretorianas, judiciales y comunes.

(I., *de divisione stipulationum*, III, 18.)

335.—Las Instituciones de Justiniano dividen las estipulaciones en cuatro clases, según que sean *convencionales*, *pretorianas*, *judiciales* y

---

334. N. del T.—Aunque se hayan observado las formalidades del acto público con los tres testigos, la mujer puede ampararse en el senadoconsulto Veleyano. Const., 23, *ad Sc. Vellej.*, IV, 29.

Objeto de controversia ha sido si después de la reforma de Justiniano continuaron vigentes las excepciones a la regla del senadoconsulto expuestas en el párrafo 332 del autor y en la anterior nota. El glosador Martín enseñaba que el precepto de Justiniano era tan absoluto, que ante él ya no podía subsistir excepción alguna, y tal doctrina, si bien algo modificada, vino a ser y es todavía la opinión común. Sin embargo, Arnó, en la *L. 23, párf. 2, Cod. ad Sc. Vellej.*, IV, 29, ha demostrado el error de tal sistema, restableciendo la doctrina opuesta a la del glosador Martín.

334. (1) La teoría del senadoconsulto Veleyano pasó a nuestros países de Derecho escrito y a ciertos países consuetudinarios. Pero se extendió el uso de renunciar a su beneficio, y la renuncia se convirtió en una cláusula de estilo. Así que fué derogado por un edicto de Enrique IV, en 1606. Este edicto, registrado por algunos parlamentos, no fué nunca aplicado en ciertas provincias, tales como Normandía, lo que dió nacimiento a cuestiones de estatutos. El Código civil ha hecho desaparecer los últimos restos del Veleyano. Las mujeres no casadas son tan capaces como los hombres de obligarse por otro. En cuanto a la incapacidad de la mujer casada, no tiene ni el mismo fundamento ni las mismas consecuencias. Pero el Veleyano ha quedado en vigor en Alemania y en España. Sus disposiciones son aplicables, aun en Francia, a las mujeres de esos países, porque permanecen sometidas a sus estatutos personales. Este senadoconsulto puede, pues, aún suscitar ante los Tribunales franceses cuestiones de Derecho internacional privado (Sirey, 1835, I, 663). Pueden también ser llamados a estatuir sobre la validez de ciertas cláusulas de contratos de matrimonio, que tienden a hacer revivir la prohibición del Veleyano, estableciendo, por ejemplo, que la mujer no podrá, aun con autorización del marido o de justicia, obligarse como caución para con un tercero. Estas cláusulas han sido juzgadas radicalmente nulas (Sirey, 1885, I, 312).

comunes (1). En un sentido lato, toda estipulación es *convencional;* en este sentido, no puede existir, como todo contrato, sin convención. Pero, en esta clasificación, esta palabra se aplica a las estipulaciones que son hechas *libremente* por las partes, sin que ninguna autoridad las haya obligado a ello. Son las más frecuentes (I., § 3, *ht.).* Se las opone a las que las partes están *obligadas* a hacer, porque les es dada orden ya por el magistrado, ya por el juez, y que están destinadas en general a procurar al estipulante ciertas garantías. Podían ser más o menos onerosas para el que prometía. A veces, bastaba que se comprometiera él solo: era una simple promesa, *nuda repromissio.* Con la mayor frecuencia, debía proporcionar fiadores que se obligaban con él: era una *satisdatio* (L. 1, § 5, D., *de stip. praet.*, XLVI, 5). Nada tenemos que decir aquí de las estipulaciones convencionales ya estudiadas; nos limitaremos a citar los principales ejemplos de estipulaciones *pretorianas, judiciales* o *comunes.*

I. *De las estipulaciones pretorianas.*—Las estipulaciones pretorianas son ordenadas por el pretor, cuando las partes están *in jure,* ya al principio de un pleito, ya fuera de una instancia para dar satisfacción a intereses particulares. Podían hacerse por intermedio de mandatarios (Ulpiano, L. 3, D., *de stip. praet.*, XLVI, 5). Pero las fórmulas de estas estipulaciones eran reguladas de antemano por el magistrado, que era el único que tenía autorización para interpretarlas. Eran insertas en el edicto, y estaba prohibido a las partes cambiar nada (L. 52, D., *de verb. obl., XLV,* 1). Las más importantes eran la *cautio damni infecti* (2) y la *cautio legatorum* (I., § 2, *ht.).*

1. *Cautio damni infecti.*—Tenía por objeto garantizar a una persona contra un daño que aun no está causado, pero que es inminente (3). Cuando una casa, o una pared, amenaza ruina y puede resultar un perjuicio para el predio vecino, el pretor permite al propietario interesado exigir al dueño del edificio que se comprometa por estipulación a pagarle, si llega el caso, daños e intereses (4). Este derecho pertenece no solamente al propietario amenazado, sino también a todo detentador responsable de la custodia de la cosa expuesta al peligro (5). Si la caución no es suministrada en el plazo fijado, el pretor publica un decreto por el cual da a la parte interesada la detentación del edificio, a título conservatorio (Ulpiano, L. 4, § 1 y L. 15, § 20, D., *de damn. ins.*, XXXIX, 2). Si se prolonga la resistencia, el pretor, después de examinado el asunto, transforma esta detentación en una verdadera posesión, llevando consigo la expulsión del propietario y susceptible de llegar a la usucapión (L. 4, § 4, y L. 15, §§ 16 y 23, D., *eod.).*

2. *Cautio legatorum.*—El pretor concede al legatario el derecho de exigir *satisdatio* del heredero, cuando el legado es a plazo o bajo condición, para garantizar el pago al vencimiento (V. n.º 624 bis).

II. *De las estipulaciones judiciales.*—Son ordenadas por el juez, en el curso de un pleito, cuando las partes están *in judicio.* Las Instituciones de Justiniano citan dos ejemplos: la *cautio de dolo* y la *cautio de persequendo servo* (I., § 1, *ht.).*

---

385. (1) Esta división está tomada de Pomponio: L. 5, pr., D., *de verb. oblig.*, XLV, 1.

(2) La palabra *cautio* está tomada aquí en el sentido de compromiso realizado por estipulación. Viene de *cavere,* prometer, garantizar.

(3) Gayo, L. 2, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2: *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.*

(4) Según Gayo (IV, § 31), se podía también usar, en caso de *damnum infectum,* de una acción de la ley, aun en vigor en la época clásica, y de la cual no tenemos por otra parte ningún informe. Pero agrega que, en su tiempo, la estipulación pretoriana era preferida como más sencilla y más ventajosa.

(5) Véase para los términos del edicto sobre la *cautio damni infecti* la L. 7, pr., D., *de damn inf.,* XXXIX, 2.—*Cf.* también sobre esta *cautio* la *lex Rubria de Gallia Cisalpina,* C. 20 (Girard, *Textos,* páginas 74 y 75).

1. *Cautio de dolo.*—En un pleito de reivindicación, si el derecho del demandante es reconocido fundado, el juez no debe limitarse a ordenar la restitución de la cosa reivindicada y de sus accesorios; debe también ordenar al demandado que suministre la *cautio de dolo* (V. número 771, *in fine*). Puede suceder, en efecto, que el poseedor haya realizado, respecto de la cosa, actos de tal naturaleza que causen más tarde perjuicio al demandante: así puede haber hecho tomar al esclavo sustancias que han debilitado su constitución, o haberle acostumbrado al robo (Teófilo, § 1, *ht.*). Debe, pues, prometer reparar las consecuencias de su *dolo*, o aun de su *falta*, si es un poseedor de mala fe (6).

La utilidad de esta caución se manifestaba sobre todo en el caso siguiente: En la época clásica, la *litis-contestatio* no interrumpe la usucapión (V. n.º 206). Si el demandado ha usucapido, durante el pleito, la cosa litigiosa, ha podido válidamente gravarla con derechos reales; si es un esclavo, ha podido libertarlo. El demandante que gana la causa, y a quien la cosa es restituída sin que se dé cuenta de estos cambios, estaría desarmado el día que los descubriera: la caución *de dolo* le permite, por el contrario, reclamar indemnización al demandado (7).

2. *Cautio de persequendo servo.*—Esta caución puede ser ordenada por el juez cuando la reivindicación de un esclavo es ejercitada contra un poseedor de buena fe. Se supone que este poseedor ha usucapido el esclavo durante el pleito; después el esclavo se ha escapado. Para precisar la hipótesis en que la caución es exigida, hay que distinguir tres casos: a) Si el demandado ha dejado huir al esclavo por *dolo*, está condenado a pagar su valor fijado según el juramento del demandante (Ulpiano, L. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1); b) Si le ha dejado marchar por *falta* suya, por haber descuidado el vigilarle, entonces había que desconfiar, es también condenado a pagar su valor; pero éste es estimado por el juez (L. 68, D., *eod.*), y c) En fin, si el esclavo se ha escapado *sin dolo ni falta* del demandado, entonces es cuando se puede ordenar la caución. El demandado debe ser absuelto, pero a condición de ceder sus acciones al demandante, o, si lo prefiere, proveer la *cautio de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio*; es decir, comprometerse a hacer las diligencias necesarias para recuperar al esclavo y a restituirle o a pagar su valor (Paulo, L. 21, D., *eod.*) (8).

III. *De las estipulaciones comunes.*—Las estipulaciones *comunes* pueden ser ordenadas por el magistrado: ofrecen, pues, todos los caracteres de las estipulaciones pretorianas, pero se diferencian en que pueden también ser ordenadas por el juez (I., § 1, *ht.*). Citemos como ejemplos:

1. *La cautio rem pupilli salvam fore*, por la cual se compromete el tutor, al entrar en cargo, a administrar bien el patrimonio del pupilo (V. n.º 109 bis, 2). Ciertos tutores no pueden empezar a ejercer sin haberla suministrado, y es habitualmente ordenada por los magistrados.

---

(6) Ulpiano, L. 45, D., *de rei vindi.*, VI, 1: ... *Si quidem a bonae fidei possessore puto cavendum esse de dolo solo debere, ceteros etiam de culpa sua.*

(7) Gayo, L. 18, D., *de rei vind.*, VI, 1: *Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere coque nomine de dolo cavere, periculum est enim ne eum vel pigneraverit, vel manumiserit.*

(8) Según ciertos autores, el demandado que ha dejado escapar al esclavo, sin dolo ni falta, no debía ser absuelto sino con la condición de ceder sus acciones, y en caso de falta es cuando debía ser absuelto con el cargo de dar la caución. Esta opinión es contraria a los principios que quieren que el demandado sea condenado y no absuelto en caso de falta; está también contradicho por las Basílicas.

N. del T.—Existía también, como estipulación común, además de la *cautio rem pupilli salvam fore*, la llamada *de rato* o *ratam rem haberi*, que se exige a un procurador que intenta una acción en nombre de otro, para que se obligue a hacerla ratificar a éste, cuyos intereses patrocina. Es regularmente ordenada por el pretor antes de la *litis-contestatio*, pero si no la hubiese ordenado por omisión y hubiese motivos para dudar de la existencia de la procuración que el demandante asegura que se le ha dado, el juez puede prescribirla antes de que el negocio se termine.

Pero, si el tutor persigue a un deudor del pupilo antes de haber dado la caución, el juez debe exigirla antes de condenar: sin lo cual la sentencia es nula (L. 3, C., *de tut. vel. curt.*, V, 42); 2. *La cautio de rato* o *ratam rem dominum habiturum*. Es exigida al *procurator* o al *defensor* que figura en el pleito por cuenta de otro (Gayo, IV, § 999.—V. n.º 735).

§ 2.—De los demás contratos verbales.

336.—I. *De la dictio dotis* (1).—La *dictio dotis* servía para hacer obligatoria la promesa hecha al marido de constituir una dote. No era accesible más que a la mujer, a su deudor y a su ascendiente paterno (Ulpiano, VI, 2); la hija de familia era incapaz de obligarse por este contrato, como por todos los demás (Fr. Vat., § 99). No se conoce la forma de la *dictio dotis*. Se sabe que el que constituía la dote se obligaba sin interrogación previa. Pero se ignora en qué términos tenía que formular su compromiso (2). También es difícil darse cuenta del origen y ventaja de este contrato, pues la estipulación producía el mismo efecto. Acaso podría tener lugar entre ausentes.

En 428, Teodosio y Valentiano decidieron que la simple promesa de dote sería obligatoria (L. 6, C., *de dot. promis.*, V. 11). Desde entonces, la *dictio dotis* perdió toda su utilidad y cayó en desuso.

337.—II. *Del jusjurandum liberti.*—Sabemos que el manumitido debía comprometerse con su patrono a prestarle ciertos servicios (Véase número 75, 2, b). A menudo se empleaba la estipulación. Pero con estos nuevos ciudadanos, que inspiraban poca confianza, se usaba con más gusto de un contrato especial consistente en una promesa que hacían sin precedente interrogación, pero cuya ejecución garantizaban bajo juramento (1). Para estar más seguro de que el liberto contrajera esta obligación, el amo exigía, antes de darle la libertad, un primer juramento, que no constituía más que un compromiso religioso. Este juramento, renovado después de la manumisión, hacía nacer la obligación civil (2), sancionada por la acción *operarum*, análoga a la *condictio certae rei* (L. 4, D., *de op. libert.*, XXXVIII, 1). En tiempo de Justiniano este contrato es poco usado, pues no se cita en las Instituciones. Pero no parece que haya caído completamente en desuso, y se habla de él en varios textos conservados en el *Digesto*, bajo el título *De operis libertorum*.

Sección II.—Del contrato formado "literis".

338.—El contrato *litteris*, en el Derecho antiguo, se realizaba con la ayuda de menciones especiales, escritas por el acreedor en un registro doméstico, el *codex*, y llamadas *nomina transcriptitia*. Esta forma primitiva del contrato *litteris*, aun en vigor en tiempo de Gayo, ha caído poco a poco en desuso. Pero, a nuestro parecer al menos, porque es un punto controvertido, los romanos admitieron, desde la época clásica, otra manera de obligarse *litteris*, con ayuda de simples vales, los *chi-*

---

336. (1) El manuscrito de las Instituciones de Gayo ofrece, a continuación del § 95, III, una laguna que se llena con el texto poco seguro del *Epitome*, contenido en el Breviario de Alarico. En este pasaje es donde Gayo trataba de la *dictio dotis* y del *jusjurandum liberti*.

(2) Gayo, *Epitome*, II, 9, § 3: *...Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari.*—Cf. Terencio, *Andria*, V. sc. L. 47.

337. (1) Gayo, *Epitome*, II, 9, § 4: *Item et alio casu uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahituor obligatio, id est si libertus patrono, aut donum, aut manus, aut operas se daturum esse juravit: in qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam jurisjurandi religione retinentur...*

(2) Venuleyo, L. 44, pr., D., *de lib. caus.*, XL, 12.—Paulo, L. 7, D., *de op. libert.*, XXXVIII, 1.

rographa y los *syngraphae* y esta práctica ha quedado en vigor en tiempo de Justiniano.

339.—I. *De los nomina transcriptitia.*—Las únicas noticias que tenemos sobre el contrato *litteris*, realizado mediante los *nomina transcriptitia*, nos vienen de las Instituciones de Gayo (III, §§ 128 a 134—§§ 137 y 138) y del informe de Cicerón *Pro Q. Roscio comaedo*. La oscuridad reina aún sobre muchos de estos puntos.

Los *nomina transcriptitia* estaban íntimamente ligados con la existencia del *Codex*. Desde los primeros siglos de Roma, todo jefe de familia tenía cuidado de escribir día por día en una especie de borrador, llamado *adversaria*, sus ingresos y sus gastos. Después, todos los meses, los transcribía a un registro llevado con más cuidado, y que era el único conservado: era el *codex* o *tabulae* (Cicerón, *Pro. Q. Rosc.*, 2, *in fine)*. A un lado estaban escritos los ingresos: *acceptum;* a otro, los gastos: *expensum*. El *codex accepti et expensi* reproducía así fielmente el estado de la caja, *arca;* todo lo que salía de ella figuraba en el *expensum*, y todo lo que entraba en el *acceptum*. Hemos dicho cómo el contrato *litteris* ha tenido, sin duda, su origen en el *nexum* (V. n.º 271, 1). Bastaba para crear la obligación que el acreedor suscribiera en su *codex* el nombre del deudor que consentía en ello, con la mención de que la cantidad debida había sido pesada y entregada, *expensa lata:* fué el *nomen transcriptitium*. La escritura se convirtió en este contrato en la causa de la obligación civil, como las palabras en la estipulación.

No hay que confundir los *nomina transcriptitia*, que constituyen el contrato *litteris*, con otras inscripciones que figuran también en el *codex*, y que se llaman *arcaria nomina*. Cuando se había efectuado un préstamo de dinero, el acreedor hacía mención de ello en su registro a título de prueba. El prestatario estaba obligado en virtud del *mutuum*, contrato formado *re*, y el *arcarium nomen*, que probaba que el dinero que había salido de la caja, *ex arca*, servía simplemente para probar esta obligación (1).

Después de estas generalidades sobre el contrato *litteris*, hay que precisar sus reglas, en cuanto lo permitan sus fuentes.

340.—1. *Aplicación y utilidad.*—Según Gayo, el contrato *litteris* servía para transformar una obligación preexistente. Era un instrumento de novación, que tenía sobre la estipulación la ventaja de no exigir la presencia de las partes. Gayo distingue a este respecto dos aplicaciones del contrato *litteris:* la *transcriptio a re in personam* y la *transcriptio a persona in personam* (1).

a) Hay *transcriptio a re in personam* cuando las partes se sirven del contrato *litteris* para transformar una obligación literal en una obligación de otra naturaleza. Por la inscripción en el *codex* del acreedor, el deudor, liberado de la obligación antigua, se encuentra obligado *litteris*. Por ejemplo: Mevio debe cierta cantidad a Ticio a consecuencia de una venta. Si, con el consentimiento del deudor, el acreedor efectúa

---

339. N. del T.—Es importante para la historia de los contratos literales conocer la oración de Cicerón a que alude el autor, *Pro Q. Roscio Comoedo*, sobre la cual puede verse a Costa, *L'orazione pro Q. Rosc. Com.*, y el libro de Voigt, traducido por Carnazza, *I banchieri, la tenuta dei libri e l'obbligatio litteral dei Rom.*

Cicerón caracteriza así la diferencia entre los *adversaria* y las *tabulae: Quid est, quod negligenter scribamus adversaria? Quid est quod diligenter conficiamus tabulas?... qui haec sunt menstrua, illae sunt aeternae: haec deluntur statim, illae servantur antae; haec parvi temporis memoriam: illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectantur: haec sunt dejecta illae in codicem confecta.*

339. (1) Gayo, III, § 131: *Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim, eri, non litterarum obligatio consistit... Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationes factae testimonium praebere.*—Ad. III, § 132.

340. (1) Gayo, III, § 128: *Litteris obligatio fit veluti nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam,*

la *transcriptio* en su registro, la deuda nacida de la venta se extingue y es reemplazada por una obligación nacida *litteris* (2). Las partes pueden así, aun alejadas y en la imposibilidad de estipular, sustituir a una obligación de buena fe una obligación de derecho estricto más precisa y más rigurosa. Pensamos que podían transformar del mismo modo una obligación natural. Así Mevio, habiendo convenido con Ticio que le hará una donación, se encuentra obligado naturalmente; si permite a Ticio hacer en su *codex* la *transcriptio* por la cantidad fijada, la obligación natural es sustituída por una obligación literal que liga civilmente al donante (3).

b) Hay *transcriptio a persona in personam* cuando se sirven del contrato *litteris* para cambiar la persona del deudor. Por ejemplo, Mevio debe diez a Ticio, y Sempronio debe diez a Mevio. Sería más sencillo que Sempronio estuviera obligado directamente a Ticio. Para obtener este resultado, Mevio le *delega* a su acreedor, es decir, que le designa a Ticio como consintiéndole que se obligue en su lugar. Ticio inscribe en un registro, como prestada a Sempronio, la cantidad que le debía Mevio: desde entonces Sempronio está obligado *litteris* con Ticio, en lugar de Mevio, que queda liberado (Gayo, III, § 130). La utilidad del contrato *litteris* era, en este caso, evitar por una simple escritura un traslado y una inversión de numerario. Es lo que poco más o menos realiza una letra de cambio en nuestro Derecho, bajo una forma más perfeccionada.

En estas dos aplicaciones, las únicas que nos señalan los textos, el contrato *litteris* era una institución de Derecho civil y los peregrinos no podían utilizarla. Sin embargo, los sabinianos admitían que un peregrino pudiera obligarse mediante un *nomen transcriptitium*; pero solamente en caso de *transcriptio a re in personam* (Gayo, III, § 133).

2. *Forma y modalidades.*—El *nomen transcriptitium* consiste en una mención escrita por el acreedor en su *codex*, con el consentimiento del deudor. No conocemos el detalle. Sabemos solamente que relataba la causa del crédito, y que contenía esencialmente la palabra *expensum*, indicando que la cantidad que formaba el objeto de la obligación era tenida por pesada: de ahí el nombre de *expensilatio* dado algunas veces al contrato *litteris* (4). El deudor no necesitaba inscribir en su *codex*

(2) Gayo, III, § 129.—Cicerón, *De off.*, III, 14: ... *Emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit. Nomina facit, negotium conficit...*

(3) Así es como, a nuestro parecer, el contrato *litteris* podía, sin salir de las dos aplicaciones citadas por Gayo, servir a paralizar una donación. Un ejemplo es referido por Valerio Máximo, VIII, 2: *C. Visellius, Varo, gravi morbo correptus, trecenta milia nummorum ab Oraciliu Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa sibi ferri passus est...*

N. del T.—La *transcriptio a persona in personam*, suponía, pues, una cantidad a cargo de una persona que no era deudora del transcribente, sino delegada por el verdadero deudor. La delegación consistía en un simple aviso al deudor, de que debía recibir un nuevo acreedor. Estos pagos, después de la delegación, solían hacerse con frecuencia por mediación de los *argentarii, mensularii, trapezitae* (banqueros), los cuales pagaban con los depósitos de los particulares o abriéndoles crédito con interés, y llevaban registros exactos sobre todas sus entradas y salidas *(codex, tabulae, mensae, rationes)*.

(4) Cf. Aulo-Gelio, *Noches at.*, XIV, 2. He aquí un ensayo de restitución para la *transcriptio a re in personam: Quae mihi debet ex causa emptionis sestertium X millia Sempronio expensa sunto* y para la *trancriptio a persona in personam: Quae Moevius mihi debet ex causa emptionis sestertium X millia Sempronio expensa sunto.* Según una teoría más extendida, el contrato *litteris* exigía una doble mención en el *codex* del acreedor; una, del lado de los ingresos, *acceptum;* otra, del lado de los gastos, *expensum*. Este sistema se apoya sobre todo en dos argumentos: *a)* El contrato *litteris*, sirviendo para transformar una obligación preexistente, contiene dos operaciones: extinción de la obligación antigua y creación de otra nueva. Hacen falta, pues, dos menciones: una que libra, *acceptum;* otra que obliga, *expensum*. *b) Cicerón (Pro Q. Rosc.*, 3) habla de esta doble mención cuando dice de un crédito: *in codicem acceptum et expensum referri debuit*. Pero Gayo, tratando del contrato *litteris* en sus Instituciones, obra elemental, de un lenguaje muy preciso, no exige nunca más que la mención *expensum* (§ 129... *id expensum tibi tulero*. § 130... *tibi id expensum tulero*.— § 137... *alius expensum ferendo obliget...*). Además, ¿por qué no bastaría una sola mención para extinguir la obligación antigua y crear la obligación *litteris*?

Cuando se hace una novación, la estipulación basta para producir este doble efecto.

una mención correspondiente para que el contrato fuera perfecto. Debía hacer constar la fecha para la regularidad de sus cuentas (Cicerón, *Pro Q. Rosc.*, 1), pero no era necesario para la validez del contrato; bastaba que la inscripción fuera hecha por el acreedor con su consentimiento (5).

El contrato *litteris* podía ser realizado entre *ausentes* (Gayo, III, § 138). La *condición* no era admitida (Fr. Vat., § 329), pues el contrato reposa sobre la ficción de que una cantidad de dinero ha sido pesada y entregada al deudor: es un hecho realizado que no deja lugar a ninguna incertidumbre. Pero nada se oponía a la fijación de un plazo para el pago (Cicerón, *Epist. ad divers.*, VII, 23).

3. *Efectos.*—Como la estipulación, el contrato *litteris* es unilateral y de derecho estricto. Pero el objeto es mucho más restringido. La obligación que engendra no puede recaer más que sobre cantidades de dinero determinadas; está, pues, siempre sancionada por la *condictio certae creditae pecuniae* (Cicerón, *Pro Q. Rosc.*, 4 y 5).

341.—Aun en vigor del tiempo de Gayo al siglo II de nuestra era, los *nomina transcriptitia* cayeron poco a poco en desuso, a medida que los romanos perdieron la costumbre de tener el *codex*. Este uso quedó mucho más tiempo entre los banqueros, y en los textos de los jurisconsultos del siglo III, conservados en el *Digesto*, se habla aún de los *nomina* a propósito de los *argentarii* (Paulo, L. 9, D., *de pactis*, II, 14 y L. 34, D. *de recept.*, IV, 8). Pero en el Bajo Imperio ya no se menciona (L., pr., de *lit. oblig.*, III, 21).

342.—II. *De los chirographa y de los singraphae.*—Desde la época de Gayo había otra manera de obligarse *litteris*, que consistía en escritos sobre simples hojas llamadas *chirographa* o *syngraphae*, palabras que prueban el origen griego de esta institución: El *chirographum* era un compromiso del deudor de pagar una cantidad determinada. El *syngrapha* estaba revestido del sello del acreedor y el del deudor y era redactado en dos ejemplares; cada parte se quedaba con uno (1). Gayo atestigua que este procedimiento era empleado en su tiempo por los peregrinos, que no podían obligarse mediante los *nomina transcriptitia*, y que creaba una verdadera obligación literal (2). Algunos años más tarde, cuando Antonino Caracalla extendió la cualidad de ciudadano a todos los súbditos del Imperio, esta práctica debió persistir, y es probable que se generalizara entre ciudadanos a medida que los *nomina* caían en desuso. Así es como, desde el fin de la época clásica, y durante toda la duración del Bajo Imperio, el *chirographum*, llamado también *cautio*, engendra una verdadera obligación literal que no puede tener por objeto, como los *nomina*, más que cantidades determinadas de dinero, y cuyo empleo es, por consiguiente, mucho más restringido que el de la estipulación.

Esta teoría es rechazada por varios autores que no admiten que los

---

En cuanto al texto de Cicerón, nos parece sospechoso. Una lectura atenta de todo el pasaje muestra que el motivo del *debuit* es, no *acceptum et expensum*, sino más bien *nomen*, el crédito de que se trata. Estimo que Cicerón hubiera debido decir: *in codicem accepti et expensi referri debuit (nomen)*. Así es como dice algunas líneas más abajo: *utrum cetera nomina in codicem accepti et expensi digesta habes, an non?*

(5) Gayo pone este punto fuera de duda al comparar la estipulación, que exige palabras pronunciadas por las dos partes, con el contrato *litteris*, que no exige escrituras más que por parte del acreedor: III, § 137: *Cum... in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.*

342. (1) Asconio, *ad Cicer., Act.* 2.ª, *in Ver.*, I, 36: *Chirographa ab una parte servari solent; syngraphae signatae utriusque manu, utrique parti servandae traduntur.* Según otros documentos, el *syngrapha* era redactado en un solo ejemplar que las partes confiaban a la custodia de un tercero.

(2) Gayo, III, § 134: *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis id est si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

chirographa hayan sido nunca en Derecho Romano una fuente de obligaciones, y no ven en ellos más que un simple medio de prueba que atestigua una *obligación* ya creada, como el *arcarium nomen* o el *instrumentum* redactado a continuación de una estipulación. Pero la fuerza obligatoria de los *chirographa* nos parece establecida por los textos (3) y por la existencia de la excepción *non numeratae pecuniae*.

343.—III. *De la excepción «non numeratae pecuniae».*—Sabemos que en virtud del contrato *litteris* y de la estipulación el deudor estaba obligado, aun cuando su obligación no tenía causa (V. n.º 285). El pretor le permitía, es verdad, oponer al acreedor la excepción *doli;* pero, según los principios generales, a él le toca probar el hecho de dolo invocado para su defensa (1). A pesar de este recurso, la situación del deudor era particularmente desfavorable en caso de préstamo de dinero. Sucedía a menudo que el banquero o el usurero, a quien se dirigía un prestatario, exigía de él una promesa de restituir, ya por estipulación, ya por *chirographum*, antes de entregarle la cantidad pedida. Desde entonces, en una época en que la usura era ampliamente practicada, era fácil a un acreedor poco escrupuloso perseguir al deudor, obligado *verbis* o *litteris*, y hacerle pagar lo que en realidad no le había prestado. En vano el deudor tenía la excepción *doli*. ¿Cómo probar que no le han sido contadas las especies?

Fué hecha una reforma en su interés. Se decidió que el deudor, perseguido en virtud de una estipulación o de un *chirographum*, y que pretendía no haber recibido la cantidad cuya restitución le reclamaban, podría hacer valer este medio de defensa bajo la forma de una excepción especial, llamada *non numeratae pecuniae*, que derogaba las reglas ordinarias en materia de prueba. En efecto, no es el deudor quien debe probar su alegato; es el acreedor demandante, a quien es opuesta la excepción, quien debe probar que ha habido numeración de la cantidad reclamada; es decir, que su crédito tiene una causa. El principio es cierto a partir de Caracalla (2).

Esta excepción, oponible al acreedor que obra en virtud de un *chirographum*, prueba la fuerza obligatoria de este escrito. Si no hubiera más que un medio de prueba del *mutuum*, el alegato del demandado que niega la numeración de las especies no sería más que la contradicción directa de la pretensión del demandante y no podría ser calificado *de excepción*.

Pero, opuesta al demandante que se dice acreedor *litteris*, no contradice directamente la pretensión emitida en la *intentio* de la fórmula, y constituye, por consiguiente, una verdadera excepción (Cf., L. 5 y L. 6, C., *de non numer.*, IV, 30).

Este recurso no era concedido al deudor más que durante cinco años, a datar de la redacción del *chirographum*. Expirado el plazo, no podía

(3) Entre los más importantes, citaremos: *a)* El § 134, III, de Gayo, referido en la nota precedente. Las palabras *si eo nomine stipulatio non fiat*, son inexplicables si el *chirographum* no es más que un medio de prueba, pues debería probar tanto la estipulación como el *mutuum*. Son muy claras si el *chirographum* crea una obligación literal, pues si hay estipulación es evidente que el deudor se obliga *verbis* y no *litteris; b)* La L. 6, C. Th., *de denunt.*, II, 4, donde se trata de una deuda que... *in litterarum obligatione, facta cautione translatum est. No se podría* expresar más claramente la fuerza obligatoria del *chirographum; c)* En fin, un argumento serio resulta aún de la L. 41, § 2, D., *de usur.*, XXII, 1, combinada con la L. 31, *eod.*

N. del T.—La diferencia entre los *syngrapha* y *chirographum* se reducía a que los *syngrapha* eran actos bilaterales creados por ambas partes, extendidos probablemente por duplicado; los *chirographa* eran actos unilaterales y extendidos simplemente por el deudor.

343. (1) Celso, L. 9, D., *de probat.*, XXII, 3: *...Verum est, quod qui excipit, probare debeat quod excipitur.*

(2) Caracalla, L. 3, C., *de non numer.*, IV, 30: *Si ex cautione tua licet hypotheca data, conveniri coeperis: exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur.*—Año 215.

ya usarle contra el ataque del acreedor. Así que se le permitió obrar por adelantado y ejercitar, antes de la expiración de los cinco años, una *condictio sine causa*, para reclamar del acreedor el *chirographum* suscrito sin causa y anular así la obligación literal (3).

344.—IV. *Del contrato «litteris» bajo Justiniano.*—Para los que no admiten la fuerza obligatoria de los *chirographa*, y que restringen el contrato *litteris* a los *nomina transcriptitia* caídos en desuso en el Bajo Imperio, ya no hay bajo Justiniano obligación literal, y el título de *literatum obligatione* no figura en las Instituciones más que para conservar, en apariencia al menos, la división clásica de las cuatro clases de contratos. Para nosotros, al contrario, el *chirographum* engendra bajo Justiniano, como en la época clásica, una verdadera obligación literal. El deudor, que niega que las especies le hayan sido realmente entregadas, puede siempre usar de los medios anteriormente indicados; es decir, oponer la excepción *non numeratae*, u obrar por adelantado y ejercitar contra el acreedor la *condictio sine causa* para reclamarle el *chirographum*. Pero Justiniano lleva respecto a esto algunas modificaciones a los principios anteriores. Primero limita a dos años, en lugar de cinco, la facultad de oponer la excepción *non numeratae pecuniae* (L. 14, pr., C., *de non numer.*, IV, 30, año 528). Además, al mismo tiempo, proporciona al deudor que pretende está obligado sin causa, un medio de hacer la excepción perpetua: es dirigir una protesta escrita, ya al acreedor, ya al magistrado competente si el acreedor está ausente (L. 14, § 4, C., *eod.*). El deudor que ha dejado expirar el plazo de dos años sin usar de los recursos que le son ofrecidos queda irrevocablemente ligado por el *chirographum*, como lo quedaría en el mismo caso por la estipulación (1).

Sección III.—De los contratos formados "re".

(I., *Quibus modis re contrahitur obligatio*, III, 14.)

§ 1.—Generalidades.

345.—Los contratos *verbis* y *litteris* no eran, hablando con propiedad, más que maneras de contratar, de dar la fuerza obligatoria a convenciones de naturalezas muy variadas. Los contratos *re* y los contratos *consensuales* tienen otro carácter: cada uno de ellos se aplicaba a una operación especial, a un género de negocios determinado.

Los contratos *re* o *reales* no están perfectos sino cuando el acuerdo de las partes va seguido de la tradición de ciertas cosas, entregadas por el que se hace acreedor al que se obliga. Hay cuatro: el *mutuum* o préstamo de consumo, el *comodato* o préstamo de uso, el *depósito* y el *pignus* o contrato de *prenda*. Ofrecen este carácter común de procurar durante cierto tiempo al deudor, según la naturaleza del contrato, la propiedad, el uso o al menos la detentación de las cosas que le son entregadas, y obligarle a restituir lo que ha recibido o el equivalente.

La necesidad de una tradición para la perfección del contrato no tiene, pues, nada de arbitrario, ya que es natural que no se esté obligado a devolver lo que no se ha recibido. También estos contratos reales existen en nuestro Derecho con el mismo carácter. Pero hay esta diferen-

(3) Alej. Severo, L. 7, C., *de non numer.*, IV, 30: *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.*—Año 223.

344. (1) L., pr., *de oblig.*, III, 21: *Sic fit ut hodie, dum quae eri non potest, scriptura obligetur et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.*

345. N. del T.—Todos los contratos *innominados* son contratos reales, porque en todos es necesario que una de las partes haya dado o hecho alguna cosa para que la convención salga de la clase de los simples pactos y produzca obligación civil.

cia con el Derecho Romano; hoy, la simple convención de prestar, por ejemplo, sin ser el contrato de préstamo, no constituye menos un contrato especial que es obligatorio; mientras que en el Derecho Romano esta convención no engendra obligación civil, a menos que las partes no la hayan revestido de las formas de la estipulación (Paulo, L. 68, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1).

Los cuatro contratos reales se separan en dos grupos: uno, el *mutuum*, derivado del *nexum*, es un contrato unilateral y de estricto derecho, sancionado por la *condictio;* los otros tres son contratos sinalagmáticos imperfectos y de buena fe, sancionados por acciones especiales.

§ 2.—Del "mutuum".

346.—El *mutuum*, o préstamo de consumo, es un contrato por el cual una parte transfiere a otra la propiedad de cierta cantidad de cosas que se aprecian al peso, al número o a la medida, con obligación de restituir al cabo de cierto tiempo la misma cantidad de cosas de la misma especie y calidad (1).

Hemos mostrado cómo en el origen el préstamo de dinero que tenía una importancia particular se realizaba mediante las solemnidades del *nexum;* después, que tras el desuso de este modo de obligación tan riguroso para el deudor se hizo el préstamo mediante la simple entrega de las especies, a la que se unía una estipulación; en fin, que el empleo de la estipulación, aunque quedó muy frecuente, no fué ya necesario para obligar al prestatario: basta que haya recibido la cantidad prestada; desde entonces el contrato se formó *re;* eso fué el *mutuum* (V. números 270 y 271, 2). El carácter del préstamo se modificó a medida que se simplificaban las formas. El *nexum* era de Derecho civil; era una obligación muy especial a los ciudadanos romanos. El *mutuum* es el derecho de gentes, accesible a los peregrinos como a los ciudadanos (Gayo, III, § 132. —I., § 2, *in fine*, *de jur. natur.*, I, 2).

347. -I. *De la formación del «mutuum».*—Para que haya contrato de *mutuum* hace falta una *mutui datio*, es decir, un traslado de propiedad, a título de préstamo, en beneficio del prestatario, y es preciso que esta *datio* tenga por objeto no cosas consideradas en su individualidad, sino apreciadas en el número, en el peso o en la medida.

1. *De la «mutui datio».*—Por el carácter que debe presentar la entrega al que pide prestado es por lo que, sobre todo, el *mutuum* se separa profundamente de los otros contratos reales. Esta entrega debe ser traslativa de propiedad. Es necesario que haya *datio*, que las cosas prestadas salgan del patrimonio del prestamista para entrar en el patrimonio del prestatario (1).

Esta traslación de propiedad no puede realizarse más que si el prestamista es *propietario* de las cosas prestadas y si es *capaz de enajenar*. De ahí dos consecuencias: a) El *mutuum* no se forma si el *tradens* no es propietario de las cosas que entrega al *accipiens*, pues no se puede transferir una propiedad que no se tiene; no puede haber *mutui datio* ni se crea ninguna obligación entre las dos partes (2). El tercero, propietario de las cosas prestadas, puede solamente ejercitar contra el *accipiens*

---

346. (1) Según Gayo y Paulo, la palabra *mutuum* viene de *ex meo tuum* (Gayo, III, § 90.—L. 2, § 2, D., *de reb. cred.*, XII, 1); según Varrón *(De ling. lat.*, V, 179), viene de la palabra siciliana μοτυον.

347. (1) Paulo, L. 2, § 2, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum non nascitur obligatio.*

(2) Paulo, L. 2, § 4, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *In mutui datione oportet dominum esse dantem.*

bien la *rei vindicatio*, si existen todavía, bien la acción *ad exhibendum*, si han sido consumidas de mala fe. Sin embargo, la situación se modifica cuando el *accipiens* ha consumido de buena fe las cosas que le han sido entregadas. Este consumo anula los derechos del propietario y coloca a las partes contratantes en la misma relación que si hubiera habido traslación de propiedad. El *mutuum* se hace entonces válido, puesto que se ha realizado la única condición que faltaba a su validez. Nuestros antiguos autores decían, para expresar este resultado, que había *reconciliatio mutui*. El *tradens* convertido en acreedor tiene, pues, derecho de ejercitar, al vencimiento fijado por el contrato, la *condictio* que sanciona el *mutuum* (3); b) No puede haber *mutuum* si el *tradens* es incapaz de enajenar. Así, no se forma el contrato cuando un pupilo entrega a alguien una cantidad de dinero a título de préstamo, sin la *auctoritas* del tutor, pues no ha podido transferir la propiedad de las monedas. Queda, pues, dueño de reivindicarlas en cuanto son fácilmente reconocidas. Si el *accipiens* las consume de mala fe, el pupilo tiene contra él la acción *ad exhibendum*. Si las consume de buena fe, no se puede decir que haya *reconciliatio mutui*, como en el caso precedente; pues el hecho del consumo no podría borrar la incapacidad del pupilo, establecida para protegerle, la cual permanece siendo un obstáculo a la formación del contrato. Tiene, pues, contra el *accipiens*, no la *condictio* nacida del *mutuum*, sino una *condictio sine causa*, fundada en el enriquecimiento sin causa del demandado, y que puede ejercitar inmediatamente (4).

La *datio* no basta para que haya *mutuum*. Es preciso también que las partes estén de acuerdo sobre el alcance de esta *datio*, que hayan hecho una *datio* en vista de realizar un *mutuum*, una *mutui datio*. Si no, puede haber traslado de propiedad, pero no contrato de *mutuum* (5).

2. *Del objeto del «mutuum»*.—Las cosas que pueden ser objeto del *mutuum* son las *quae pondere, numero mensurave constant*, es decir, las que, *por su naturaleza*, no tienen valor individual, sino que son susceptibles de ser sustituídas por otras de la misma especie. Tomadas en el mismo peso, número o medida, procuran siempre, en calidad igual, la misma utilidad. Los textos citan como ejemplos la moneda, el vino, el aceite, los cereales, los comestibles en general (6); todas las cosas por las cuales no se tiene en cuenta la individualidad, sino la cantidad. Se comprende que la *voluntad* de las partes podría dar el mismo carácter a cosas que se consideran habitualmente como cuerpos ciertos, y hacer de ellas cosas *fungibles*. Por ejemplo, nada parece oponerse en teoría

(3) Ulpiano, L. 11, § 2, *de reb. cred.*, XII, 1: *Vindicari nummi possunt si extant; aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi quod si sine dolo malo consumpsisti condicere tibi potero.*—Juliano, 19, § 1, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit.* Ciertos autores no admiten que haya *mutuum;* no dan al *tradens* más que una *condictio sine causa*, fundada sobre el enriquecimiento sin aguardar el vencimiento, puesto que no hay contrato. Pero esta opinión, mucho menos fundada en razón, no tiene en su favor ningún texto decisivo.

(4) 1, § 2, *quib. al. lic.*, 11, 8: *... Si (pupillus) mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vindicari nummi possunt sicubi extent. Sed si nummi quos mutuos debit ab eo qui accipit bona fide consupti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest...*

N. del T.—En el Derecho Romano antiguo se exigía que las cosas mutuadas pasasen de modo directo de la propiedad del mutuante a la del mutuatario: pero después se admitió que pudiera hacerse indirectamente, ordenando, por ejemplo, al deudor que pagase en manos del mutuatario, o entregando a uno una cosa para venderla y retener el precio a título de mutuo, o permitiendo al deudor retener lo que debe por otro concepto.

(5) Paulo, L. 3, § 1, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur...*—Cf. n.° 175, nota 2.

(6) 1, pr., *quib. mod.*, III, § 14: *Mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro...*— Gayo, III, § 90.

a que el *mutuum* tenga por objeto diez caballos, de manera que el prestatario esté obligado a devolver otros diez caballos del mismo precio. Pero no es tal la práctica romana y los jurisconsultos no citan como objeto del *mutuum* más que las cosas que es costumbre, a causa de su naturaleza misma, apreciar por el peso, el número o la medida (7).

348.—II. *Efectos y modalidades.*—El *mutuum* es un contrato *unilateral.* Engendra una sola obligación a cargo del prestatario, que queda obligado a restituir el equivalente de lo que ha recibido (1).

Habiéndose hecho el prestatario propietario de las cosas prestadas y dispuesto de ellas a su gusto, su obligación tiene por objeto, no las cosas mismas que ha recibido, sino cosas de la *misma especie,* que debe suministrar en la *misma cantidad* y *calidad* (Pomponio, L. 3, D., *de reb. cred.*, XII, 1). Poco importa, pues, que las cosas que ha recibido en préstamo hayan perecido por caso fortuito antes que haya podido utilizarlas; no queda libre de su obligación, pues puede siempre devolver cosas de la misma especie (2).

En cuanto a la extensión de la obligación, está exactamente determinada por la *mutui datio.* El prestatario no puede estar obligado a devolver más, pues no hay contrato, y, por consiguiente, obligación más que en la medida de la *datio* que le han hecho (3). Si, pues, ha recibido diez, no puede estar obligado a devolver once, porque no hay *mutuum* más que por diez. Pero puede deber menos de lo que ha recibido; por ejemplo, si al recibir diez ha convenido con el prestador que no devolvería más que nueve, no queda obligado más que por nueve, pues las partes han limitado a nueve la extensión del *mutuum* (Ulpiano, L. 11, § 1, D., *de reb. cred.*, XII, 1). Se puede decir que, en realidad, hay *mutui datio* para nueve, y *dono datio,* es decir, donación, por el resto.

La obligación nacida del *mutuum* es de derecho estricto. Está sancionada por la *condictio certae creditae pecuniae* cuando se trata de un préstamo de dinero, y por la *condictio triticaria* cuando el contrario tiene por objeto cualquier otra cantidad determinada (V. n.° 784, 1).

349.—La ejecución de la obligación no puede exigirse más que al vencimiento. El *mutuum* no se comprende sin un *término* fijado para el pago: se pide prestado para sacar de las cosas prestadas cierta utilidad y no para restituir inmediatamente. Además, todas las modalidades admitidas en la estipulación son susceptibles de ser insertadas en el *mutuum* (1). Se puede, pues, fijar un lugar para el pago, y aun suspender el *mutuum* por una condición; así, al entregar una de las partes a la otra cierta cantidad de dinero, se ha convenido que esta tradición no operará traslación de propiedad, y que no habrá *mutui datio* más que si se realiza tal condición (Pomponio, L. 7, D., *de reb. cred.*, XII, 1).

350.—III. *De los intereses en el mutuum.*—Hasta el día de la restitución el prestatario saca de las cosas prestadas toda la utilidad que pueden procurarle; y el que presta está privado de esta utilidad. Así es que, en Roma, antes como hoy, los prestamistas tenían costumbre de

---

(7) Fr. Vindob., III, § 1: *Mutuae autem dari possunt non aliae quam quae pondere, numero, mensura continentur.*

348. (1) Si las cosas prestadas están viciadas y causan perjuicio al prestatario, puede reclamar la indemnización por la acción de la ley *Aquilia,* o por una acción *in factum,* o aun por la acción *de dolo,* según el carácter del daño que ha experimentado.

(2) Gayo, L. I, § 4, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, mihilominus obligatus permanet...*

(3) Paulo, L. 17, pr., D., *de pactis,* II, 14: *Si tibi decem dem et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem; re enim nonpotest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit.*

349. (1) Ulpiano, L. 7, D., *de reb. cred.*, XII, 1: *omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae; et ideo et conditiones.*

hacerse pagar intereses, *usurae*, que representaban el equivalente del uso de que les ha privado el *mutuum* (1).

En principio, el prestatario no estaba obligado a pagar intereses más que cuando se había comprometido a ello por un contrato de estipulación unido al *mutuum*. Desde entonces, el acreedor tenía dos acciones: una, nacida del *mutuum*, para reclamar el equivalente de las cosas prestadas; otra, nacida de la estipulación, para exigir el pago de los intereses convenidos. Pero una simple convención no obligaba al prestatario a pagar intereses, es decir, a devolver más que había recibido. En virtud de este pacto, el acreedor no tenía acción ninguna. Pero el prestatario estaba obligado naturalmente; de manera que, si pagaba por error los intereses convenidos, no podía reclamar esta cantidad por la *condictio indebiti*, como pagado indebidamente, ni imputarlo sobre el capital de la deuda (2).

En el siglo II fué admitida una moderación a estos principios. Cuando el *mutuum* tenía por objeto comestibles, como grano, vino, aceite, se decidió que un simple pacto, hecho en el momento del contrato, podía obligar al prestatario, a título de intereses, a devolver una cantidad superior a la que había recibido (3). Esta solución es equitativa, pues el precio de los comestibles varía rápidamente, y es justo que el prestamista pueda asegurarse con antelación contra el perjuicio que le causaría una baja en el valor de las cosas prestadas, conviniendo que le será devuelto más de lo que ha dado (4). La fórmula de la *condictio triticaria* dejaba al juez una amplitud suficiente para tenerlo en cuenta en la evaluación pecuniaria de la condena.

Pero cuando se trataba de un préstamo de dinero, el principio de que los intereses no pueden ser exigidos en virtud de un simple pacto, conservaba toda su energía. No fué derogado más que en un pequeño número de hipótesis.

a) Cuando se trataba de dinero prestado por una ciudad, un simple pacto bastaba para hacer exigibles los intereses (Paulo, L. 30, D., *de usur.*, XXXII, 1).

b) En caso de *nauticum fenus*. Es un *mutuum* de una naturaleza especial. El dinero prestado debe ser empleado en el comercio marítimo. Está sujeto a la suerte de un transporte por mar, y llamado por esta razón *pecunia trajectitia*. El prestatario no debe nada si el navío perece con el dinero; debe devolver la cantidad si el viaje es feliz (Modestino, L. 1, D., *de naut. fen.*, XXII, 2). Como compensación a este riesgo de pérdida, y para alentar a los ciudadanos a arriesgar sus capitales en estas operaciones comerciales, que los peligros de la navegación hacían arriesgadas, el prestamista podía hacerse pagar pingües intereses aun superiores a la tasa legal, y estos intereses eran exigibles en virtud de un simple pacto. Estas reglas especiales están, por otra parte, limita-

---

350. (1) *Usura* viene de *usus*.—Varrón, *de ling. lat.*, V, 183: *Ex usu usura dicta.* El interés es también llamado *fenus*, palabra que viene de *fetus*.—Aulo-Gelio, *Noches at.*, XVI, 12: *A fetu et quasi a fetura quodam pecuniae parientis et increscentis.* El préstamo a interés es también llamado *fenus* por extensión.

(2) Africano, L. 24, pr., D., *de praescr. verb.*, XIX, 5: *Respondit, pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi.*—Severo y Antonino, L. 12, C., *de usur.*, IV, 32: *Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possint, tamen ex pacti conventione solutae, neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt.*—Año 200.

(3) Alej. Severo, L. 12, C., *de usur.*, IV, 32: *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto proestanda est.*—Año 223.

(4) Diocleciano, L. 23, C., *de usur.*, IV, 32: *Oleo quidem, vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiae suasit admitti.*—Año 294.

das a la duración del viaje, es decir, al tiempo durante el cual los riesgos son a costa del prestamista (5).

c) En fin, Justiniano dispensó a los *banqueros* de la necesidad de una estipulación para hacer correr los intereses en su provecho, a causa de los servicios que prestan a las personas que les piden dinero prestado. Aun decidió que los intereses les serían debidos independientemente de todo convenio (Nov. 136, c. 4).

351. - *De la tasa del interés.*—Al préstamo de dinero se liga, naturalmente, la cuestión de la tasa del interés. En Roma, durante los tres primeros siglos, ninguna ley regula esta tasa, que queda abandonada al arbitrio de los acreedores. La moneda tosca y rara se presta a una tasa elevada, y muy pronto la usura agobia y arruina a los plebeyos. Esta opresión se agrava con los rigores que el Derecho primitivo autoriza contra los deudores *nexi* o *judicati*, y provoca sediciones, la más seria de la cual fué la retirada de la plebe al Monte Sacro, el año 260 de Roma (Tito Livio, II, 23 a 32). Cuando los plebeyos hubieron obtenido la creación del tribunado, y gracias a los esfuerzos de los tribunos fué redactada la ley de las XII tablas, estos magistrados no dejaron de provocar la inserción en esta ley de una disposición que fijaba de una manera precisa la tasa máxima del interés: ése fué el *unciarium fenus* (1).

¿Cuál era el valor del *unciarium fenus?* Los textos no lo dicen, y pocas cuestiones han dividido tanto a los comentaristas; la controversia dura hoy aún. Según la opinión que nos parece más fundada, es la tasa del *ocho y un tercio por ciento*. En efecto, la unidad por excelencia entre los romanos es el *as*, que se divide en doce *onzas* (2). Es, pues, natural que el *unciarium fenus* sea el interés de una onza, o de un dozavo del capital: o sea, ocho y un tercio por un capital de ciento (3).

Cualquiera que fuera el valor del *unciarium fenus*, es cierto que parección aún demasiado oneroso a los deudores, y, en 407, la tasa fué rebajada a la mitad: fué el *semiunciarium fenus* (Tito Livio, VII, 27 [3]). Una vez en este camino ya no se detuvieron, y, según el testimonio de varios historiadores, una ley *Genucia*, en 412, prohibió el préstamo a interés (Tito Livio, VII, 42 [1]). Como toda ley excesiva, perdió su efecto, y la usura reapareció bajo todas las formas, como lo prueban cierto número de leyes que tratan de reprimir los fraudes bajo los cuales se oculta (Gayo, IV, § 23).

El uso de contar los intereses por meses, según la práctica de los griegos, se introdujo hacia la época de Cicerón, y vino a favorecer todavía la usura, permitiendo al acreedor unir al capital el interés vencido del mes. El término escogido era el día de las calendas. Los intereses así contados se llamaban *centesimae*. Al lado de los préstamos usurarios,

---

(5) Paulo, S. II, 14, § 3.—Scaevola, L. 5, § 1, D., *de naut. fen.*, XXII, 2.—Cf. Paulo, L. 7, D., *eod.* El simple convenio permitía también exigir intereses en hipótesis análogas, en que el dinero prestado está expuesto a riesgos que deben ser soportados por el acreedor (L. 5, D., *de naut. fen.*, XXII, 21).

351. (1) Tácito, *An.*, VI, 16: *Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.* Cf. Catón, *De re rustic., praefatio.* Esta disposición fué, sin duda, renovada por una ley el año 398 de Roma (Tito Livio, VII, 16 (1).

(2) *As* viene de ετς uno. *Quidquid unum est et quod ex integrorum divisione remanet, assem ratiocinatores vocant* (Balbus, *De asse*).

(3) Otros muchos sistemas han sido propuestos sobre el tipo del *unciarum fenus*. Los que lo evalúan a *uno por ciento* o a *ciento por ciento* se refutan por sí mismos por su exageración, y apenas tienen ya partidarios. Pero una opinión más seria, y que une aún importantes sufragios, lo estima en *doce por ciento*. Es, dicen, un dozavo de interés, *uncia*, y este dozavo pagado cada mes da doce por ciento al cabo del año. Pero la costumbre de pagar los intereses cada mes viene de Grecia y no es introducida en Roma sino mucho después de la ley de las XII tablas. Los primeros romanos, dedicados a la agricultura, y cuyas rentas eran anuales, debían pagar los intereses después del plazo de las rentas. Este sistema, pues, no descansa sobre una base sólida.

que podían alcanzar a veinticuatro y aun cuarenta y ocho por ciento (Cicerón, *ad Attic.*, V. 21), se estableció una tasa que los edictos de los gobernadores de provincias y la jurisprudencia consideraron como máxima: es la *centésima usura*, es decir, *uno por ciento* al mes o *doce por ciento* al año. Bajo el Imperio, y hasta Justiniano, este tipo constituye el interés legal más elevado: *legitimae usurae* (4). En la práctica, y según las regiones, los ciudadanos se contentaban a menudo con un interés menor, tal como los *semisses usurae* o *seis por ciento*, los *trientes usurae* o *cuatro por ciento*.

Justiniano modificó la tasa legal del interés, teniendo en cuenta la condición de las personas y la naturaleza de las operaciones. Según la L. 26, § 1, C., *de usur.*, IV, 32, el tipo *legal* es fijado en *seis por ciento*, y en *ocho por ciento* para los comerciantes. Pero las personas de rango elevado no deben exigir más de *cuatro por ciento*. En fin, el *nauticum fenus* no puede pasar del *doce por ciento*.

§ 3.—De los demás contratos formados "re".

I.—Reglas comunes.

352.—Los otros tres contratos reales, el *comodato*, el *depósito* y la *prenda* se distinguen del *mutuum* por caracteres muy diferentes, y tienen entre sí, por el contrario, una gran afinidad. He aquí los principios que les son comunes (1):

1. Mientras que en el *mutuum*, la tradición, necesaria a la perfección del contrato, debe ser traslaticia de propiedad, en el comodato, el depósito y la prenda no se cambia la propiedad de la cosa entregada. El *tradens* no abandona más que la detención, y en la prenda solamente, la posesión a ciertos respectos (V. n.º 243). Así que no es necesario que sea propietario de la cosa prestada, depositada o dada en prenda (2). Si es poseedor de buena fe y en vía de usucapir la cosa, continúa la usucapión, pues posee por intermedio del comodatario, depositario o prendista: *animo suo, corpore autem alieno* (Paulo, S., V., II, § 1). Sin embargo, si la cosa ha sido entregada por error al que es su propietario, no se forma el contrato, pues nadie puede tener su propia cosa en comodato, depósito o prenda, y la usucapión es interrumpida inmediatamente (Ulpiano, L. 45, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17).

2. Estos contratos no pueden tener por objeto más que *cuerpos ciertos, species*. El deudor está obligado a devolver al acreedor la misma cosa recibida. De donde resulta que si esta cosa llega a perecer fortuitamente, el deudor queda libre, pues su obligación ya no tiene objeto (J., § 2, *ht.*, III, 14). Pero si la cosa perece o se deteriora por culpa del deudor, es responsable en una medida, que varía según la naturaleza del contrato (Véanse núms. 465 y 468).

3. En fin, estos tres contratos son llamados *sinalagmáticos imperfectos*. Producen siempre, en el momento mismo de su formación, una obligación a cargo del *accipiens:* la de devolver la cosa que ha recibido; ésta es la obligación principal, sancionada por una acción *directa* que toma el nombre de cada contrato. Pero el *tradens* puede también, por consiguiente, encontrarse obligado: si la cosa ha sido una ocasión de gastos o causa de perjuicio para el *accipiens*, debe indemnizarle de ello. Esta obligación no nace en el instante mismo del contrato, sino más

(4) Ulpiano, L. 7, § 10, D., de adm. et per. tut., XXVI, 7. Trifonino, L. 42, D., *de neg. gest.*, III, 5.

352. (1) Véase para el desarrollo histórico de estos contratos el n.º 272.

(2) Véase para el comodato: L. 15 y L. 16, D., *commod.*, XIII, 6. Para el depósito: L. 1, 39, D., *depositi*, XVI, 3. Para la prenda: L. 9, § 4, D., *de pig. act.*, XIII, 7.

tarde, y puede no nacer. Cuando se produce, es sancionada por una acción que lleva el mismo nombre que la acción directa, pero que es calificada de *contraria* (3). Estas acciones, directas o contrarias, son todas de *buena fe:* por ellas, el deudor está obligado, no *a dare*, como en virtud de la *condictio*, sino a *restituere* o a *praestare*.

Después de estas generalidades comunes a los tres contratos, nos queda por ver las reglas especiales de cada uno de ellos.

II.—Del "comodato".

353.—El *comodato* o préstamo de uso es un contrato por el cual una persona, el *comodante*, entrega gratuitamente una cosa a otra persona, el *comodatario*, para servirse de ella, y devolverla después de haber hecho el uso convenido (1).

I. *Formación del comodato.*—1. La entrega de la cosa prestada que es necesaria para la formación del comodato no es más que una *nuda traditio*. El comodante entrega la cosa al que la pide para que la utilice, y no para que se haga propietario. Retiene, pues, su propiedad y posesión; no cede al comodatario más que la simple detención (2).

2. El comodato tiene por objeto generalmente un mueble, rara vez un inmueble (3). Pero siempre es necesario que sea un cuerpo cierto, una cosa considerada en su individualidad, *in specie* y no *in genere*. Así que las cosas que de ordinario no se utilizan más que consumiéndolas no pueden ser dadas en comodato. Hay excepción cuando el comodatario se propone utilizar estas cosas sin consumirlas; por ejemplo, si pide un saco de dinero para hacerle figurar en su caja, *ad pompam et ostentationem* (Ulpiano, L. 3, § 6, D., *commod.*, XIII, 6).

3. Este contrato es esencialmente *gratuito*. El comodante no debe exigir ninguna remuneración por el servicio que presta, so pena de nulidad del comodato. Si se hace prometer un salario, hay arrendamiento o contrato innominado, según que el salario consista en dinero o su equivalente de otra naturaleza (7, § 2, *in fine*, *ht.*, III, 14.—V. n.° 376, I, 2).

II. *Efectos y modalidades.*—El comodato tiene por efecto engendrar, en el monento en que se forma, una obligación a cargo del comodatario: la de devolver la cosa prestada. Incidentalmente puede producir otra a cargo del comodante.

1. *De la obligación del comodatario.*—El comodatario, simple detentador de la cosa que le ha sido prestada, debe restituirla al comodante después de hacer de ella el uso convenido. Es deudor de un cuerpo cierto. De ahí resultan dos consecuencias: a) queda libre si la cosa ha perecido por caso fortuito o por fuerza mayor, a menos que haya sido estimada, pues entonces debe su estimación (Ulpiano, L. 5, § 3, *commod.*, XIII, 6), y b) Queda obligado y debe pagar al comodante daños e intereses si la cosa ha perecido por dolo o por falta suya. A este respecto, la responsabilidad del comodatario es la más rigurosa que pueda imponerse a un deudor. Responde de toda falta que no hubiera cometido un buen padre de familia. Poco importa que haya aportado a la con-

(3) De la existencia de esta doble acción viene la rúbrica de los títulos consagrados en el *Digesto al estudio de estos contratos: Commodati vel contra*, XIII, 6. *Depositi vel contra*, XVI, 3. *De pigneratitia actione vel contra*, XIII, 7.

353. (1) *Commodatum* viene de *commodum*, servicio: *commodo dare*.

(2) Pomponio, L. 8, D., *commod.*, XIII, 6: *Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus.* Ulpiano, L. 9, D., *eod.: Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat.*

(3) La expresión *utendum dare* era empleada especialmente para designar el préstamo de un inmueble. Ulpiano, L. 1, § 1, D., *commod.*, XIII, 6.

servación de la cosa todos los cuidados que pone ordinariamente en sus propios asuntos; es responsable si una persona más diligente hubiera evitado su pérdida (4). El motivo de este rigor es que el contrato es todo en ventaja suya, pues que le presta un servicio gratuito; así es que su responsabilidad es disminuída si las dos partes se encuentrna interesadas en el comodato, o si, por excepción, sólo está en juego el interés del comodante (L. 5, § 10, y L. 18, *in fine*, D., *eod.*—Véanse n.º 465 y número 468, 1).

El comodatario puede también estar obligado a pagar daños e intereses al comodante, además de la restitución de la cosa si ha sido deteriorada por falta suya (Ulpiano, L. 3, § 1, D., *eod.)* o si ha hecho de ella un uso para el que no estaba autorizado por el contrato; en tal caso, hasta puede, si es de mala fe, incurrir en las penas del robo, pues comete un *furtum usus* (L. 5, § 8, D., *eod.*, V. n.º 448, 4).

La obligación del comodatario es sancionada por la acción *commodati directa.* Lo más frecuentemente es que las partes fijan la *época* de la restitución y algunas veces también el *lugar* donde debe hacerse (L. 5, pr., D., *eod.)*. En el caso de que el comodato haya sido consentido por una duración determinada, el comodante no puede obrar antes del término fijado, por mucha necesidad que tenga de la cosa prestada (5).

2. *De la obligación del comodante.*—El comodante no está obligado inmediata y necesariamente para con el prestatario. Pero puede nacer a su cargo una obligación en dos hipótesis: a) Debe indemnizar al comodatario del perjuicio que le hayan causado los vicios de la cosa prestada (Gayo, D., 18, § 3, D., *eod.);* pero sólo si hay de su parte dolo o falta grave, pues no se puede imponer más que una responsabilidad muy limitada al que presta un servicio gratuito, y b) Debe reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios hechos para la conservación de la cosa, pero no los gastos ordinarios o de conservación, que son compensados por el uso y quedan a cargo del comodatario (L. 18, § 2, D., *eod.)*.

Para obtener la ejecución de esta obligación, el comodatario puede usar del *derecho de retención*, es decir, negarse a restituir la cosa prestada, en tanto que el comodante no le haya indemnizado (Juliano, XIII, L. 50, D., *de fierl.* XLVII, 2). Si se ejerce contra él la acción directa, puede hacer valer su derecho bajo forma de *compensación;* siendo la acción de buena fe, el juez debe tenerlo en cuenta y disminuir en el tanto la cifra de la condena (Gayo, IV, § 61.—V. n.º 522, 1). Pero este medio defensivo era insuficiente en muchos casos; por ejemplo, cuando la indemnización debida al comodatario excedía del valor de la cosa prestada, pues el juez de la acción directa puede absolver al demandado, pero no condenar al demandante; o aun, cuando ya no se podía ejercitar la acción directa, porque la cosa había perecido por caso fortuito o había sido restituída amigablemente. Así se ha dado al comodatario, como sanción de su derecho, una acción especial, la acción *commodati contraria*, para reclamar del comodante los daños e intereses que le son debidos (6).

---

(4) Gayo, L. 18, pr., D., *commod.*, XIII, 6: *in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet...* Ulpiano, L. 5, § 2, *eod.* I, § 2, *hl.*, III, 14.

(5) Esta solución dada por Paulo, L. 17, § 3, D., *commod.*, XIII, 6, no es admitida en nuestro Derecho. Cf. art. 1.889, C. C.

(6) Gayo, L. 18, § 4, D., *commod.*, XIII, 6: *... Fieri potest, ut amplius esset quod invicem aliquam consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restis tuenda re cum eo non agatur quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.* Las acciones *depositi contraria* y *pignoratitia contraria* tienen la misma utilidad.

III.—Del depósito.

354. El *depósito* es un contrato por el cual una persona, el *depositante*, entrega una cosa a otra persona, el *depositario*, que se obliga gratuitamente a guardarla y devolverla al primer requerimiento (1).

I. *Formación del depósito.*—El depósito se forma del mismo modo que el comodato. El depositante entrega al depositario la simple *detención* de la cosa que le confía. Guarda su propiedad y posesión si era él el propietario y posesor (2). El depósito, por otra parte, no puede tener por objeto más que cosas *muebles*, consideradas *in specie*. Poco importa que sean o no de naturaleza para ser consumidas por el uso, pues el depositario no tiene derecho a usarlas, y está obligado a devolverlas intactas al depositante. En fin, el depósito es esencialmente *gratuito*. Si el depositario exige un salario, el depósito degenera en arrendamiento o en contrato innominado (Ulpiano, L. 1, § 8, D., *depos.*, XVI, 3).

II. *Efectos.*—El depósito produce una obligación esencial a cargo del depositario: la de restituir la cosa depositada; incidentalmente, puede obligar al depositante a indemnizar al depositario.

1. *De la obligación del depositario.*—El depositario está obligado a devolver la misma cosa que le ha sido confiada. Es, pues, deudor de un cuerpo cierto. Por consiguiente, es libre si la cosa perece por caso fortuito o por fuerza mayor. En cuanto a su responsabilidad, difiere completamente de la del comodatario, pues el depósito es en interés único del depositante, que recibe un servicio gratuito. Así que el depositario no es responsable de la pérdida o deterioro de la cosa más que si es consecuencia de dolo o falta grave; es el mínimum de responsabilidad de que no puede dispensarse a *ningún deudor* (Cf. I., § 3, *ht.*, III, 14.—V. n.° 468). No estaría obligado por razón de una falta ligera más que si estaba sujeto por un convenio expreso, o si se había ofrecido él mismo a recibir el depósito (Ulpiano, L. 1, §§ 6 y 35, D., *depos.*, XVI, 31).

Además de la restitución de la cosa, el depositario debe pagar daños e intereses al depositante, si ha usado del depósito, pues debe velar por su conservación, pero no utilizarle. Si le utiliza de mala fe, puede hasta incurrir en las penas del hurto, pues hay *furtum usus* (I., § 6, *de obl. quae ex del.*, IV, 1.—V. n.° 448, 4).

El depositario debe devolverlo a la primera reclamación, aunque haya fijado un plazo para la restitución, pues este plazo está establecido en interés del depositante que puede renunciar a él (L. 1, § 45, D., *depos.*, XVI, 3). El depositante tiene para obligarle a ello la acción *depositi directa*, que implica para el depositario condenado la nota de infamia (I., § 2, *de poen. temer.*, IV, 16). En el Derecho antiguo, la condena era pronunciada por el *duplo* del valor del depósito en todos los casos (*Lex Dei*, X, 7, § 11). Pero en el Derecho clásico este rigor no subsiste más que cuando se trata de un depósito *necesario* o *miserable*, es decir, un depósito al que se ha visto forzado por alguna catástrofe, como un naufragio o un incendio (L. 1, §§ 1 y 4, D., *depos.*, XVI, 3.—Cf. arts. 1.949 y 1.950, C. C.).

2. *De la obligación del depositante.*—El depositante puede verse

---

354. (1) *Depositum*, que designa a la vez, como la palabra *depósito*, el contrato y la cosa depositada, viene de *ponere:* Ulpiano, L. 1, pr., D., *depos.*, XVI, 3.

(2) Florentino, L. 17, § 1, D., *depos.*, XVI, 3: *Rei depositae proprietas apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet.* V. n.° 355, 2, 3.

N. del T.—Según Ulpiano (D., XIII, 6, 1, pr.), *depositum est, quod custodiendum alicui datum est.* Su carácter de gratuito se desprende del mismo jurisconsulto en el fr. 3, párf. 1, al final *nautae*, IV, 9.

obligado a indemnizar al depositario: a) Del perjuicio que le ha causado la cosa depositada. A este respecto, el depositante es responsable de toda falta, pues el contrato es en interés suyo (Africano, L. 61, § 5, D., *de furt.*, XLVII, 2), y b) De todos los gastos que el depositario ha hecho con ocasión del depósito, aun de los gastos de conservación *(Lex Dei*, X, 2, § 5).

El depositario puede obtener la ejecución de esta obligación, ya mediante el *derecho de retención* o de la *compensación* opuesta a la acción directa, ya mediante la acción *depositi contraria* (V. n.º 353, *in fine*, y nota 6). Esta acción no es infamante y no implica nunca más que condena del simple valor de los gastos. Justiniano ha quitado al depositario el derecho de retención y la compensación (V. n.º 525, *in fine)*.

355.—III. *Hipótesis especiales.*—1. *Del depósito irregular.*—El depositario debe restituir la misma cosa que ha sido depositada. Pero es posible que el depositante haya entregado dinero al depositario, permitiéndole servirse de él y con cargo de devolver a la primera reclamación una cantidad equivalente, no ya *idem*, sino *tantumdem*. Esta operación se apartaba de las condiciones ordinarias del depósito y se parecía al *mutuum*. Los jurisconsultos habían vacilado en calificarla. Decidían, sin embargo, que había depósito (Papiniano, L. 24, D., *depos.*, XVI, 3).

El interés principal de esta solución es que el acreedor tiene la acción *depositi* para hacerse devolver el dinero. Por esta acción, que es de buena fe, puede obtener intereses, ya desde que el deudor está en demora, *ex mora* (Papiniano, L. 25, § 1, D., *eod.)*, ya en virtud de un convenio hecho en el momento del contrato *ex pacto* (Paulo, L. 26, § 1, D., *eod.)*. Al contrario, el *mutuum* de dinero da al acreedor la *condictio certae creditae pecuniae*, que es de derecho estricto, y los intereses no se deben más que si son estipulados.

Los comentaristas han dado a este depósito el nombre de *depósito irregular*.

Había además *mutuum*, y se aplicaban los principios de este contrato, si las partes habían expresado claramente la voluntad de dar a la operación el carácter del *mutuum* y no de un depósito (Ulpiano, L. 9 y L. 10, D., *de reb. cred.*, XII, 1).

2. *Del secuestro.*—El secuestro, *sequestrum*, es el depósito en manos de un tercero, *sequester*, de una cosa sobre la que hay contienda entre dos o varias personas con cargo de conservarla y devolverla a la parte que gane la causa (1). El secuestro obedece en general a las reglas del depósito ordinario. Se distingue de él, sin embargo, por las particularidades siguientes: a) Puede tener por objeto *inmuebles*, lo mismo que muebles, y aun *personas* (L. 3, § 6, D., *de liber. exhib.*, XLIII, 30), y b) El *sequester* tiene la verdadera posesión de la cosa depositada; pero el beneficio de esta posesión, y especialmente la usucapión que haya podido resultar, es adquirida en definitiva por la parte que triunfe (Véanse n.º 354, nota 2 y Juliano, L. 39, D., *de adq. vet. am., pos.*, XLI, 2).

IV.—Del "pignus" o contrato de prenda.

356.—La prenda, *pignus*, es un contrato por el que el deudor o un tercero entrega una cosa a un acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para este acreedor de restituirla después de haber obtenido

---

355. (1) Paulo, L. 6, D., *depos.*, XVI, 3: *Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddedumque traditur.* Modestino, L. 110, D., *de verb. sign.*, L. 16.

N. del T.—El uso de los depósitos irregulares entre los romanos era frecuente a los banqueros, quienes se obligaban a restituir a cualquier petición del deponente todo o par-

satisfacción (V. n.º 243, nota 1). Aunque presenta mucha analogía con el comodato y el depósito, se distingue por un carácter particular. Es un contrato *accesorio;* interviene para la garantía de una obligación. Poco importa por otra parte que esta obligación sea civil, pretoriana o natural. Hemos indicado ya el lugar de la prenda entre las seguridades reales usadas entre los romanos (Véanse núms. 243 y 245). Nos queda aquí la formación del contrato y las obligaciones que crea entre las partes.

I. *Formación de la prenda.*—La entrega de la cosa al acreedor prendista (1), que es necesaria para la formación del contrato, le da más que la simple detención. Adquiere la *posesión* y puede conservarla para y contra todos en tanto no se le pague. Pero la propiedad permanece del que ha dado la prenda, así como el derecho de usucapir por intermedio del prendista, si en lugar de ser propietario de la cosa dada en prenda fuera solamente *in causa usucapiendi* (V. n.º 243 y nota 3).

En cuanto a las cosas que podían ser objeto del *pignus*, varios jurisconsultos pensaban que no eran más que los muebles. Esta noción ha sido ampliada más tarde a los inmuebles; pero, en la práctica, el *pignus* tenía, sobre todo, por objeto cosas muebles (2).

La prenda es un contrato esencialmente *interesado* de ambos lados, lo que le separa del comodato y del depósito: aprovecha al deudor, que encuentra más fácilmente crédito, y al acreedor, que está más seguro de ser pagado.

II. *Efectos.*—Como los demás contratos sinalagmáticos imperfectos, el *pignus* engendra inmediatamente una obligación a cargo del prendista, e incidentalmente, el constituyente puede también encontrarse obligado.

1. *De la obligación del prendista.*—El que ha recibido la prenda está obligado a restituirla en cuanto ha sido pagado o ha recibido una satisfacción suficiente (3). Deudor de un cuerpo cierto, queda libre de su obligación cuando la cosa perece por caso fortuito. Pero, como está interesado en el contrato, su responsabilidad se extiende tanto como la del comodatario; responde de toda falta que no hubiera cometido un diligente padre de familia (4).

El prendista está también obligado a pagar daños e intereses si se ha servido de la cosa, pues no debe hacer ningún uso de ella; hasta puede ser tratado como ladrón si ha obrado de mala fe (Gayo, L. 54, pr., D., *de furt.*, XLVII, 2.—V. n.º 448, 4).

En cuanto a los frutos, debe imputarlos sobre los intereses, luego sobre el capital del crédito, y restituir el exceso (V. n.º 250, c).

---

te de la suma depositada al mismo deponente o a una tercera persona indicada por él. Los mercantilistas entienden que éste es precisamente el origen histórico de los cheques.

356. (1) El crédito que garantizó el contrato de prenda hace que se llame *acreedor prendista* al que es en realidad deudor de la cosa dada en prenda.

En cuanto a la otra parte que ha constituído la prenda, es ya el deudor, ya un tercero así que, para evitar cualquier confusión, le llamaremos el *constituyente*.

(2) Gayo, L. 238, § 2, D., *de verb. sign.*, L. 16 (continuación): ... *Unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant pignus proprie rei mobilis constitui* (V. n.º 243, nota 1). I, § 7, *de act.*, IV, 6: ... *Pignoris appellatione eam proprie continere dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit...*

(3) Ulpiano, L. 9, § 3, D., *de pign. act.*, XII, 7. Una Constitución de Gordiano, de año 239, decide que si además de la deuda garantizada por la prenda el deudor ha pedido dinero al mismo acreedor, no puede hacerse devolver la prenda sino tras el pago de las dos deudas. Hasta entonces el acreedor tiene el derecho de retención y puede rechazar por la excepción de dolo la acción *pignoratitia* directa. Este derecho de retención no puede además ser opuesto más que al deudor y no a otro deudor hipotecario (L. 1, C., *etiam ob. chirogr.*, VIII, 27. Cf. art. 2.082, C. C.).

(4) Ulpiano, L. 13, § 1, D., *de pig. act.*, XIII, 7: *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia; vis major non venit.* Paulo, 14, D., *eod.*: *Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.*

Para obtener la ejecución de esta obligación, el deudor tiene contra el acreedor prendista la acción *pignoratitia directa* (7, § 4, *ht.*, III, 14).

2. *De la obligación del constituyente.*—a) Debe indemnizar al acreedor prendista del perjuicio que ha podido causarle por su dolo o culpa, a menos que haya constituído la prenda para deuda de otro, pues entonces no está interesado en el contrato y no responde más que de su dolo. Es particularmente responsable cuando ha entregado en prenda al acreedor la cosa de otro o una cosa ya hipotecada, de manera que el acreedor no puede adquirir derecho real sobre esta cosa o no obtiene más que una seguridad insuficiente. Debe entonces proporcionar al acreedor otra garantía o indemnizarle (Paulo, L. 16, § 1, D., *de pign. act.* XIII, 7). Si ha sido de mala fe, es considerado como culpable del delito de *estelionato* y castigado con penas especiales (L. 3, § 2, *de stellion.*, XLVIII, 20); b) Debe el reembolso de los gastos necesarios que el prendista ha hecho para la conservación de la prenda y aun de los gastos útiles, en una medida equitativa (L. 8, pr. y L. 25, D., *de pign. act.*, XIII, 7).

Además del *derecho de retención* y el derecho de oponer la *compensación* a la acción directa, el prendista puede ejercer, como sanción de esta obligación, la acción *pignoratitia contraria* (Véanse n.º 353, *in fine*, y nota 6). Esta acción le es sobre todo útil contra el deudor que no le ha dado más que una seguridad insuficiente.

Sección IV.—De los contratos consensuales.

§ 1.—Generalidades.

(I., *de consensu obligatione*, III, 22.)

357.—Los contratos consensuales se forman por el solo acuerdo de las partes. *solo consensu.* Hay cuatro: la *venta*, el *arrendamiento*, la *sociedad* y el *mandato* (I., pr. *ht.*). Esos contratos se derivan del derecho de gentes; constituyen operaciones de uso tan frecuente y de tan grande utilidad práctica, que se los encuentra en todas las legislaciones. Así que el Derecho civil no exige para su perfección ninguna formalidad especial. La simple convención basta para que haya contrato, sin ninguna solemnidad de palabra ni de escritura. El consentimiento puede, pues, manifestarse de cualquier manera, con tal que sea cierto (I., § 1, *ht.*).

Resulta de esto que los contratos consensuales pueden formarse entre *ausentes.* Las partes dan entonces a conocer su voluntad por *carta*, o por un *mensajero*, que no es considerado como un mandatario encargado de realizar el contrato por otro, sino como simple instrumento, un medio material de transmitir el consentimiento (Gayo, III, § 136).

La *venta*, el *arrendamiento* y la *sociedad* son contratos sinalagmáticos perfectos: desde que se forman, engendran entre las partes obligaciones recíprocas. El *mandato* es sinalagmático imperfecto, como el comodato, el depósito y la prenda. Todos son sancionados por acciones de *buena fe:* las contiendas que hacen nacer deben ser reguladas según la equidad (I, § 3) (1).

---

357. (1) Véase para el desarrollo histórico de los contratos consensuales, y en particular de la venta, el n.º 273.

§ 2.—De la venta.

(I., *de emptione et venditione*, III, 23.)

358. Hay *venta*, en la época clásica, cuando dos personas convienen que una debe procurar a la otra la libre posesión y el disfrute completo y pacífico de una cosa determinada mediante pago de un precio fijado en dinero. El que debe la cosa es el *vendedor;* ha hecho una *venditio*. Tiene contra el comprador, para forzarle a pagar el precio, la acción *vendili* o *ex vendito*. El que debe el precio es el *comprador;* por su parte, la operación se llama *emptio*. Tiene contra el vendedor, para obligarle a ejecutarlo, la acción *empti* o *ex empto*.

359. I. *Formación y elementos esenciales de la venta.*—La venta, contrato consensual, es perfecta desde que el vendedor y el comprador están de acuerdo sobre la *cosa vendida* y sobre el *precio*. Ningún escrito se exige para la formación del contrato. Si las partes hacen redactar uno, no es útil más que para la prueba. Es también el carácter de las *arras;* se llama así una cantidad de dinero o un objeto precioso, como un anillo, que una de las partes, lo más a menudo el comprador, entrega al otro como testimonio de su acuerdo. Las *arras* no tienen ninguna influencia sobre la validez del contrato; no tienen más que el valor de una prueba (1).

Estos principios han quedado en vigor durante toda la época clásica y en el Bajo Imperio. Pero Justiniano los ha modificado por una Constitución del año 528, la L. 17, C., *de fid. instr.* IV, 21. Nada ha cambiado cuando se trata de una venta sin escrito. Pero cuando las partes han entendido hacer constar la venta por escrito, Justiniano consagra una doble innovación: a) La venta no es perfecta hasta que el escrito ha sido redactado y revestido de la *suscriptio* de los contratantes. Hasta entonces no están ligados: cada uno puede apartarse impunemente del convenio (2); b) Sin embargo, si se han dado *arras*, que esta entrega se haya o no hecho constar por escrito, ya no puede impunemente cada parte quedar libre de retractarse de su consentimiento. El que las ha dado sólo puede retirarse perdiéndolas; y el que las ha recibido, devolviendo el duplo (3).

360. El acuerdo de las partes, necesario a la perfección de la venta, debe recaer sobre la *cosa vendida* y sobre el *precio*, que son el objeto mismo de la obligación de cada uno de los contratantes, y constituyen por consiguiente elementos esenciales del contrato (1). Veamos, pues, qué cosas pueden ser vendidas, y en qué debe consistir el precio:

1. *De la cosa vendida.*—Todas las cosas susceptibles de entrar en

---

359. (1) Gayo, III, § 139: *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.* Ulpiano, L. 11, § 6, D., *de act. empt.*, XIX, 1. Varrón, *De ling. lat.*, V. 175: *Hoc verbum a graeco: ἀρραβών.*

(2) En nuestro Derecho actual, se ha vuelto al principio de la época clásica: el escrito no es más que un medio de probar la venta. Cf. art. 1.325, C. C.

(3) Esta disposición relativa a las arras resalta claramente de la L. 17, C., *de fid. instr.*, IV, 12. *Ciertos autores la aplican* a las ventas sin escrito como a las ventas por escrito. Pero su opinión es contraria a las Instituciones (pr., *ht.*), donde se lee: *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus quae sine scriptura consistum tinnovatum est...* Por una confusión evidente, los redactores de este párrafo dicen algunas líneas más abajo a propósito de las arras: *... Hoc enim subsecuto sive in scriptis sine scriptis venditio celebrata est.* Pues en el texto original de la L. 17, C., las palabras *sine in scriptis, sive sine scriptis*, se refieren a la entrega de las arras, que ha podido ser o no constatada por escrito, y no a la venta.

360. (1) Pomponio, L. 8, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi...*—I, § 1, *ht.*: *... Nulla emptio sine pretio esse potest.*

el patrimonio de los particulares pueden ser objeto de una venta. Se puede vender una cosa corporal, o una incorporal: una servidumbre, un crédito, una herencia (V. n.º 697, nota 1); pero no una herencia futura (V. n.º 282, nota 2).

La venta de la *cosa ajena* es válida (2). El efecto de la venta es, en efecto, crear obligaciones entre las partes. El vendedor está simplemente obligado a hacer tener la cosa al comprador, y nada se opone a que esta obligación tenga por objeto la cosa ajena (3). Además, los derechos del propietario no son sacrificados; permanece dueño de reivindicar su cosa contra el comprador. Sin duda, éste puede usucapir, si no se trata de una cosa robada y si es de buena fe, pues posee en virtud de un justo título, *pro emptore;* pero un propietario puede reivindicar antes de la terminación de la usucapión. Aun si la usucapión se cumple, el antiguo propietario conserva contra el vendedor, que ha cesado de poseer por dolo, el derecho de obtener daños e intereses, mediante la *rei vindicatio* o la acción *ad exhibendum* (V. n.º 770, 2, *b*).

2. *Del precio.*—Para que la venta sea valedera, es preciso que el precio sea en *dinero acuñado*, que sea *cierto* y *serio*.

a) El equivalente que el comprador debe dar al vendedor, a título de precio, no puede consistir en una cosa cualquiera. Es preciso que sea una cantidad de dinero, *pecunia numerata* (4). Por este carácter es por lo que se distingue la venta del cambio, del que ha nacido y del cual no es más que una forma especial. En su origen, en efecto, la moneda era desconocida. Cada cual se procuraba las cosas que necesitaba, dando como equivalente objetos que le eran menos útiles. Pero esta operación era naturalmente entorpecida por la dificultad que hallaban las partes para ofrecerse cosas a su conveniencia respectiva. Por lo que se llegó a escoger una materia que tuviera valor fijo e igual para todos, y que pudiera ser dada en cambio de cualquier otra mercancía (5); ésta fué la moneda. Desde entonces se pudo distinguir, en un cambio así realizado, la cosa y el precio; y se le dió el nombre de venta (Paulo, L. 1, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). Al fin de la República, la venta se convirtió en contrato consensual, mientras que en las demás aplicaciones del cambio la simple convención no está sancionada por el Derecho civil (V. n.º 408, 2).

Sin embargo, sobre este punto, los textos nos señalan una controversia entre sabinianos y proculeyanos (Gayo, III, § 141). Los sabinia-

---

(2) Ulpiano, L. 28, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1: *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest.*

(3) En nuestro Derecho, la venta de la cosa ajena es nula (Cf. art. 1.599, C. C.). Es que la venta pura y simple de un cuerpo cierto tiene por efecto hoy hacer pasar inmediatamente la propiedad del vendedor al comprador; ahora bien, es imposible cuando se trata de una cosa de la que no es propietario el vendedor.

N. del T.—No encontramos disposición que impida puedan ser objeto de venta las cosas futuras, y ni aun la simple esperanza de un lucro.

Importa distinguir la *emptio spei* (como el *factus retis*, redada), de la *emptio rei speratae* (futura cosecha de un fundo rústico, por ejemplo). La última se considera concluída con la condición de que la cosa llegue a existir. Véase Pomponio, D., XVIII, 1, 8, § 1.

(4) Gayo, III, § 141: *Pretium in numerata pecunia consistere debet.*

(5) En el origen de Roma, la moneda consistía en cabezas de ganado, bueyes o carneros, *pecus:* de donde *pecunia* (Festus, V. *Ovidius*). Se empleaban también lingotes de bronce, *aes rude*, cuyo valor se apreciaba al peso. Gayo, I, § 122: *Ideo autem aes et libra adhibetur quia olim aereis tantum nummis utebantur, eorumque nommorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere posita.* Plinio refiere que Servio Tulio, como garantía de la pureza del metal, hizo señalar sus lingotes con la imagen de un buey o de una oveja, *aes signatum (Hist Nat.*, XVIII, 3, 12). A partir de la ley de las XII tablas, o poco después, es cuando se acuñaron monedas de cobre, que se valuaron, no ya por el peso, sino por el número, *pecunia numerata*, y cuyo uso sustituyó poco a poco a la moneda por peso. Los romanos no acuñaron moneda de plata más que a fines del siglo v, en la época de la primera guerra púnica. En cuanto a la moneda de oro, fué, sobre todo, empleada a partir de Julio César y bajo el Imperio.

nos encontraban más lógico tratar de la misma manera todos los casos de cambio; de forma que para ellos había contrato de venta bien que el precio fuese una cantidad de dinero, bien que consistiera en una cosa de otro género. Pero los proculeyanos combatían esta doctrina, como de naturaleza para trastornar las reglas de la venta. En efecto, la obligación del vendedor difiere completamente de la del comprador; ahora bien, cuando el precio no consiste en dinero, ¿cómo distinguir al vendedor y al comprador, si cada parte cumple a la vez este doble papel? Así que la opinión de los sabinianos no ha prevalecido. Sucumbió desde el fin de la época clásica, y Justiniano no hace más que comprobar su derrota definitiva (6).

b) El precio debe ser *cierto*, es decir, determinado, o al menos susceptible de serlo (7). Así, la venta es válida si es hecha por el dinero que el comprador tiene en su caja, pues es una cantidad cierta, aunque desconocida de las partes (Ulpiano, L. 7, § 1, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1). Es igualmente válida, según el parecer de Ofilio y de Próculo, si los contratantes han remitido la determinación del precio al arbitrio de una persona designada; entonces es una venta condicional que no produce efecto más que si el tercero fija el precio. Esta solución ha sido confirmada por Justiniano (Gayo, III, § 140.—I, § 1, *ht.)*. Pero la venta es nula si el precio se ha dejado a la voluntad del comprador: *quanti velis* (Gayo, L. § 1, D., *eod.)*, o a la de un tercero no designado.

c) En fin, el precio debe ser *serio, verum*. No lo es, y la venta es nula si es insignificante con relación al valor de la cosa vendida, o cuando el vendedor no tiene intención de exigirlo. Entonces es un precio simulado y la operación no es más que una donación (Ulpiano, L. 36, D., *eod.)*.

El precio puede ser serio, pero quedar muy inferior al valor real de la cosa. La venta no es menos válida. Solamente bajo el reinado de Diocleciano y Maximiliano, los rescriptos permitieron al vendedor pedir la rescisión de la venta, cuando el precio era inferior a la mitad del valor real de la cosa en el momento del contrato; es lo que los comentaristas han llamado *lesión de ultramitad*. El comprador podía evitar la rescisión pagando en su justo precio lo que faltaba (8).

361. —II. *Efectos de la venta.*—La venta, como todos los contratos, sólo tiene por efecto crear obligaciones entre las partes. Desde el instante en que se forma, origina obligaciones de ambos lados, a cargo del vendedor y del comprador.

362.—A. *De la obligación del vendedor.*—La obligación del vendedor está expresada así por los textos: debe *praestare emptori rem licere habere*, es decir, que debe hacer tener al comprador la cosa vendida, procurarle su disfrute completo y duradero. En el cumplimiento de esta obligación, tiene que abstenerse de todo dolo, lo que es regla común a todos los contratos de buena fe (1).

Resulta de la fórmula empleada para caracterizar la obligación del

---

(6) Paulo, L. 5, § 1, D., *de pr. verb.*, XIX, 5. Diocleciano, L. 7, C., *de rer. perm.*, IV, 64, año 294. I, § 2, III, 23. Además, siempre se ha admitido sin dificultad que hay venta cuando el precio se compone por parte solamente de otra prestación, pues los papeles de vendedor y comprador permanecen distintos (Pomponio, L. 6, § 1, D., *de act. emp.*, XIX, 1).

(7) Gayo, III, § 140: *Pretium autem certum esse debet...*

(8) L. 2, y L. 8, C., *de resc. vend.*, IV, 44. Estos rescriptos estatuyen sobre casos en que la lesión sea aprobada por un vendedor de inmuebles. Nada prueba que fuera aplicada la misma solución a la venta de muebles, ni que la rescisión fuera concedida al comprador lesionado. Cf. artículos 1.674 a 1.685, C. C.

362. (1) Africano, L. 30, § 1, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *...Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat... dolum malum abesse praestare debeat...* Paulo, L. 1, pr., D., *de rer perm.*, XIX, 4: *...Venditori sufficit... possessionem tradere et purgari dolo malo*

vendedor que el contrato de venta no le obliga a transferir la propiedad de la cosa vendida. Sin embargo, el comprador, que adquiere el goce completo y duradero de la cosa, obtiene en suma las ventajas de la propiedad: ése es el *fin* del contrato, y la venta es una *justa causa* de adquisición. Esta anomalía aparente se explica por la naturaleza y extensión de las aplicaciones de la venta consensual. En efecto, desde que el Derecho civil la ha sancionado, ha sido una institución del derecho de gentes accesible a los peregrinos como a los ciudadanos. Desde entonces, si el vendedor hubiera estado obligado a transferir la propiedad al comprador, esta obligación no hubiera podido realizarse en muchos casos para con los peregrinos que no tenían el *commercium*. Por otra parte, el alcance del contrato hubiera sido singularmente restringido en cuanto a su objeto: no hubiera podido aplicarse ni a los fundos provinciales sobre los cuales los mismos ciudadanos no tenían verdadera propiedad, ni a las cosas que se tenían *in bonis*, ni a los créditos, ni a las herencias, de las que el vendedor no puede estar obligado más que a procurarse el emolumento; ni, en fin, a la cosa ajena.

Pero estos mismos motivos dan el sentido verdadero de la obligación del vendedor. Debe hacer cuanto de él dependa para que el disfrute del comprador sea completo y pacífico. Debe, pues, abandonarle todos sus derechos sobre la cosa vendida; por consiguiente, si es propietario, debe transferirle la propiedad. Por eso, en caso de venta de una cosa *mancipi* entre ciudadanos romanos, el vendedor, que es propietario, debe no solamente *entregar* la cosa al comprador, sino también hacerle mancipación (2). Es la mejor manera de satisfacer a su obligación *rem licere habere emptori*.

Si, al contrario, hay venta de la *cosa ajena*, el vendedor satisface su obligación entregando al comprador la libre y pacífica posesión de la cosa vendida (3). El comprador, a quien no es transferida la propiedad, y que no es más que poseedor de la cosa ajena, no tiene derecho a quejarse mientras goce pacíficamente de la cosa, pues el vendedor no le debe más. No puede recurrir contra el vendedor más que si es desposeído por el propietario (4). Sin embargo, hay un caso en que el comprador tiene derecho de obrar contra el vendedor y reclamarle indemnización aun antes de ser desposeído. Es cuando ha comprado de buena fe la cosa de otro a un vendedor de mala fe que sabía que no era el propietario. En este caso, el vendedor es culpable de haber dejado ignorar al comprador el peligro de la evicción; ha faltado a su obligación de abstenerse de todo dolo, y el comprador, en cuanto se dé cuenta de que le han entregado una cosa ajena, puede reclamar indemnización al vendedor (5).

363.—La obligación del vendedor así precisada puede descomponerse en varios elementos. Para que procure al comprador el goce pacífico y duradero de la cosa, es necesario, en efecto: 1. Que le entregue la posesión; 2. Que le garantice contra la evicción; es decir, que le defienda

(2) Varios textos se refieren a esta hipótesis. Paulo, S., I, 13.ª, § 4: *Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest un tradat aut mancipet.* Ad. Gayo, IV, § 131. Cf. también los escritos que hacen constar ventas de esclavos que han llegado hasta nosotros, en los que se lee: *Emit mancipioque accepit...* (Girard, *Textos*, páginas 849 a 856).

(3) Ulpiano, L. 25, § 1, D., *de cont. empt.*, XVIII, 1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.*

(4) Severo y Antonino, L. 3, C., *de evict.*, VIII, 45: *Qui rem emit et possidet, quandiu evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest.*—Año 210.

(5) Africano, L. 30, § 1, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id quanti mea intersit meam esse factam.*

contra los ataques de los terceros y le indemnice en el caso en que la cosa le sea quitada legalmente; 3. Que le garantice contra los defectos ocultos de la cosa.

364. —1. *De la obligación de entregar.*—El vendedor debe hacer entrega de la cosa vendida al comprador (1). Esta entrega no es una *nuda traditio*, una simple entrega de la detención. Debe hacer pasar al comprador, *vacuam possessionem*, una posesión libre y duradera, una posesión que no pueda serle quitada por un tercero mediante un interdicto (2). Esta entrega, si es hecha por un vendedor propietario y tiene por objeto una cosa *nec mancipi*, transfiere la propiedad al comprador; pero solamente cuando ha pagado el precio, o cuando el vendedor le concede un término para el pago. Si se trata de una cosa *mancipi*, o si el vendedor no es propietario, pone al comprador en situación de usucapir en las mismas condiciones (I., § 41, *de rer. div.*, II, 1.—V. n.° 180).

El vendedor debe entregar al comprador la cosa vendida con todos sus accesorios (L. 13, § 31; L. 14 a 18, D., *de act. empt.*, XIX, 1) y con los frutos que ha producido desde el día del contrato, a menos de cláusula contraria (Fr. Vat., § 15). En fin, debe ceder todas las acciones que pueda tener con ocasión de la cosa (J., § 3, *in fine, ht.*).

Hasta la tradición, es responsable si la cosa perece o se deteriora por dolo o culpa suya. Su responsabilidad es tan rigurosa como la del comodatario, pues está interesado en el contrato. Responde de toda falta (Paulo, L. 3, D., *de per. et comm.*, XVIII, 6). No es libre de su obligación más que si el objeto de la venta es un cuerpo cierto que perece por caso fortuito antes de la entrega (V. n.° 465 y notas).

365. —2. *De la garantía de la evicción.*—No basta que el vendedor haya entregado al comprador la libre posesión de la cosa vendida; es preciso también que esta posesión sea duradera. Si, pues, un tercero hace reconocer en justicia su derecho sobre la cosa, y *despoja* al comprador, es decir, se la quita en totalidad o en parte, el vendedor está obligado a ir en auxilio del comprador, y, si no ha podido impedir la evicción, a reparar las consecuencias, indemnizándole; esa es la obligación de *garantía*. En el derecho clásico resulta naturalmente del contrato de venta, y el comprador puede perseguir la ejecución por la acción *empti*.

Ya en la época primitiva, cuando la venta era una *venumdatio*, que consistía en una traslación de propiedad operada por mancipación, el vendedor estaba obligado a ir en auxilio del comprador accionando en reivindicación por un tercero, a fin de probar que, siendo él mismo el propietario, había transferido la propiedad. Así sostenía al comprador en el pleito, como un tutor sostiene al pupilo: *praestat auctoritatem*. Si el comprador sucumbía, estaba obligado a pagarle el doble del precio (1). Más tarde, cuando la venta se realizó por una doble estipulación, el comprador pudo ponerse en guardia contra la evicción mediante las palabras mismas de la estipulación: haciéndose prometer por el vende-

---

364. (1) Ulpiano, L. 11, § 2, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet: id est tradere...* Si la venta es sobre una cosa incorporal, el vendedor debe hacer *quasi-traditio*, es decir, que debe dejar al comprador ejercitar el derecho que constituye el objeto de la venta.

(2) Paulo, L. 2, § 1, D., *de act. empt.*, XIX, 1. L. 11, § 13, D., *eod.*; *Idem Neratius ait venditorem in re tradenda praestare emptori ut in lite de possessione putior sit.*

365. (1) Paulo, S., II, 17, § 1: *Venditor si ejus rei quam vendiderit dominus non sit pretio a cepto, auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.* § 3: *Res empta, mancipione et traditione perfecta, si evincatur auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Se ha dado a la acción en reclamación del duplo el nombre de acción *auctoritatis*. El texto de Paulo muestra que existía aún en Derecho clásico. Ha desaparecido poco a poco, reemplazada por la *stipulatio duplae*, que intervino primero, cuando no había habido aún mancipación (V. Varrón, *de re rustic.*, II, 10, 5, citado n.° 368, nota 1), y cuyo uso se ha generalizado después.

dor, *rem licere habere*, lo que le autorizaba a reclamar una indemnización si era despojado. El día en que la venta se convirtió en contrato consensual, la buena fe que debe presidir al contrato permitió al comprador exigir del vendedor la promesa *rem licere habere*, es decir, la garantía de la evicción (Neracio, L. 11, § 8, D., *de act. empt.*, XIX, 1). En fin, esta obligación de garantía terminó por derivarse naturalmente del contrato mismo (Juliano, L. 7, D., *de evict.*, XXI, 2).

Al mismo tiempo se establecía otro uso: es unir a la venta una estipulación por la cual el vendedor se comprometía a pagar al comprador, en caso de evicción, una cantidad que podía variar del simple al cuádruplo del precio, pero que generalmente era el *duplo* (Ulpiano, L. 37, pr., D., de *evict.*, XXI, 2), de donde el nombre *stipulatio duplae* dado a esta cláusula penal. No era usada más que en las ventas que tenían por objeto cosas de gran valor (L. 37, § 1, D., *eod.)*. En este límite, el uso de la *stipulatio duplae* se hizo tan frecuente, que la obligación para el vendedor de hacer esta promesa fué considerada como resultante del contrato, y que el comprador pudiera obligarle por la acción *empti* (2).

366.—El comprador tiene, pues, en general, dos medios para hacerse indemnizar en caso de evicción: la *actio empti*, sancionando la obligación de garantía nacida de la venta, y la *actio ex stipulatu*, que sanciona la obligación nacida de la *stipulatio duplae*. Pero, por una parte, son necesarias ciertas condiciones para que el vendedor esté obligado a la garantía; por otra, las dos acciones no se dan siempre en los mismos casos, y no procuran al comprador la misma satisfacción.

a) *En qué condiciones el vendedor está obligado a garantía.*—El vendedor no está obligado a indemnizar al comprador más que en las condiciones siguientes: 1.ª Es necesario que el comprador haya sufrido un perjuicio porque no tiene ya el goce completo y pacífico de la cosa vendida; por ejemplo, que se le haya quitado la propiedad o el usufructo (1). 2.ª Es necesario que este perjuicio implique una falta de derecho en el vendedor, bien que haya vendido la cosa ajena, o bien que haya vendido una cosa gravada con derechos reales. Pero el comprador no tiene derecho a garantía si ha perdido el pleito que le quita la cosa por ignorancia o error del juez (2). Igualmente no puede quejarse si ha sido despojado por culpa suya; por ejemplo: si ha descuidado el usucapir (3), o si ha omitido el llamar al vendedor en su auxilio. En virtud de la obligación de garantía, el vendedor debe, en efecto, cuando el comprador se lo pida, intervenir en el pleito y suministrarle los medios de defensa que pueda tener. Sólo cuando el comprador sucumbe a pesar de su ayuda es cuando debe indemnizarle (4).

b) *En qué casos puede el comprador ejercer la acción «empti» o la acción «ex stipulatu».*—Frecuentemente, el comprador, a quien se debe la garantía, tiene el doble recurso de la acción *empti* y la acción *ex stipulatu*. Entonces escoge la que le parece preferible, y no debe ejercer más que una. Pero puede suceder también que no tenga más que una acción a su disposición.

---

(2) Ulpiano, L. 31, § 20, D., *de aedil. ed.*, XXI, 1: *Quia assidua est duplae stipulatio, ideirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.*

366. (1) Las servidumbres prediales no obligan al vendedor a la garantía más que si ha declarado el terreno *optimus maximusque* (Venuleyo, L. 75, D., de evict., XXI, 2).

(2) Ulpiano, L. 51, pr., D., *eod.: Si per imprudentiam judicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere.*

(3) Paulo, L. 56, § 3, D., *de evict.*, XXI, 2: *Si, cum possit usucapere, emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde, si evictus est servus, non tenetur venditor.*

(4) Alej. Severo, L. 8, C., *de evict.*, VIII, 45: *Emptor fundi nisi auctori denuntiaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem... habet.* Los textos llaman esta puesta en causa del vendedor *litem denuntiare* (L. 53, § 1, D., *de evict.*, XXI, 2), o *auctorem laudare* (L. 63, § 1, D., *eod.)*.

La acción *empti* es de buena fe, y el comprador puede usarla cuantas veces el vendedor no haya plenamente satisfecho sus obligaciones. Al contrario, la *stipulatio duplae*, como es de derecho estricto, debe interpretarse rigurosamente.

Para que se incurra en pena es preciso que haya *evicción*, en el sentido propio de la palabra; es decir, que el comprador haya sido vencido en un pleito, *evictus;* que una sentencia judicial haya consagrado con detrimento suyo el derecho de un tercero, y le prive de la cosa vendida, o de su valor si ha sido condenado a pagar su estimación (5).

Esta diferencia tiene consecuencias importantes: 1.ª Si el que de buena fe compra la cosa ajena a un vendedor de mala fe, después de la venta ha adquirido la propiedad, como heredero o legatario del propeitario, no tiene contra el vendedor la acción *ex stipulatu*, pues ya no puede ser despojado. Pero puede perseguirle aún por la acción *empti*, por inejecución de su obligación (Paulo, L. 41, § 1, D., *de evict.*, XXI, 2). 2.ª El comprador, que no sufre más que una evicción parcial, puede ejercitar la acción *empti*, pero no puede obrar *ex estipulatu*, a menos que los términos de la estipulación se refieran también a la evicción parcial, lo que sucedía con la mayor frecuencia (Paulo, L. 56, § 2, D., *de evict.*, XXI, 2) (6).

c) *De la indemnización debida por el vendedor.*—El vendedor debe indemnizar al comprador despojado. La evicción no tiene por efecto anular la venta y autorizar al comprador a recoger el precio que ha pagado. El contrato permanece válido: hay solamente inejecución de la obligación del vendedor, que debe al comprador daños e intereses.

La indemnización varía según la naturaleza de la acción. Si el comprador ejercita la acción *ex stipulatu*, tiene derecho invariablemente a la cantidad estipulada; ordinariamente al doble del precio. Si ejerce la acción *empti*, obtiene una indemnización regulada equitativamente por el juez, y que debe ser igual al perjuicio causado por la evicción. Comprende: el valor de la cosa despojada el día de la evicción; el de los frutos que el comprador ha tenido que restituir, y el de los gastos que no ha podido hacerse reembolsar por el propietario (L. 9, C., *de evict.*, VIII, 45). El comprador, pues, puede obtener menos que le ha costado la cosa si ha disminuído de valor; pero puede también recibir más si la cosa ha adquirido plus valía el día de la evicción (7). Como los daños

(5) Pomponio, L. 16, § 1, D., *eod.: Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* Ad. Fr. Val., § 10.

(6) Además de las acciones que le son dadas, el comprador puede también en ciertos casos prevalerse de la garantía mediante una *excepción*. Así el vendedor de la cosa ajena, convertido en propietario después de la entrega, ejerce la *rei vindicatio* contra el comprador. Este puede dejarse despojar y reclamar en seguida indemnización; pero puede también rechazar la acción del vendedor por la excepción de dolo o por una excepción *rei venditae et traditae* (Ulpiano, L. 17, D., *de evict.*, XXI, 2 y L. 1, pr., y § 1, D., *de except. rei vend.*, XXI, 3). De ahí que los antiguos intérpretes del Derecho Romano han hecho la máxima: *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*: quien debe garantizar no puede despojar.

(7) En este sentido, Domat *(Du contrat de vente*, L. 1, T. 2, S. 10, n.º 15). Pothier, según Dumoulin, interpretaba de otro modo la teoría romana *(Du contrat de vente*, n.º 69). Según él, la venta está resuelta en caso de evicción, y el comprador, por la acción *empti*, obtiene primero la restitución del precio, después daños e intereses, si hay lugar. Así, pues, cuando la cosa ha disminuído de valor después del contrato, el comprador no pierde nada: recobra siempre el precio.

Esta solución, por otra parte equitativa, no es la del Derecho Romano. Es claramente contraria a los textos. Paulo, L. 70, D., *de evict.*, XXI, 2: *Evicta re ex empto actio non ad pretium Juntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. Ergo, et si minor esse coepit, damnum emptoris erit.* Papiniano, L. 66, § 3, D., *eod.* Paulo, L. 45, pr., D., *de act. empt.*, XIX, 1: *... Sicut minuitur praestatio si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.* Sea lo que quiera, la doctrina de Pothier ha pasado a nuestro Código civil, en caso de evicción total (arts. 1.631 a 1.633, C. C.); pero no si la evicción no es más que parcial (art. 1.637, C. C.).

e intereses así calculados pueden ser considerables, la jurisprudencia se establece en este sentido de que no deberían sobrepasar la cantidad fijada en general por la *stipulatio duplae*, es decir, el doble del precio. Justiniano ha consagrado y generalizado esta solución (8).

367.—La garantía en caso de evicción no es esencial a la venta. El vendedor puede librarse por una cláusula expresa de no garantía. En este caso, el comprador despojado no tiene derecho a daños e intereses ni a la restitución del precio que ha pagado (1). Pero el vendedor queda obligado a reparar las consecuencias de su dolo, de lo que no puede dispensarle ninguna convención (Pomponio, L. 6, § 9, D., *de ret. empt.* XIX, 1).

368.—*De la garantía de los vicios ocultos de la cosa vendida.*—El vendedor debe también garantía al comprador, en razón de los defectos ocultos, que pueden afectar a la cosa vendida y disminuir su valor.

Es difícil saber cuál fué a este respecto el estado primitivo del Derecho cuando la venta se realizaba al contado. Según Cicerón, la ley de las XII tablas habría permitido al comprador reclamar una indemnización del duplo al vendedor de un inmueble que había afirmado fraudulentamente, en el momento de la *venumdatio*, un contenido inexacto; la jurisprudencia habría extendido esta disposición al caso en que hubiera ocultado a sabiendas los defectos del inmueble vendido *(De offic.*, III, 16). Lo que es cierto es que, más tarde, el comprador halló en el contrato *verbis* un medio de garantizarse contra los defectos ocultos, haciéndose prometer por el vendedor que la cosa estaba exenta de ellos. Esta promesa obligaba al vendedor a indemnizar al comprador por defectos descubiertos después de la venta. Estaba unida ordinariamente a la estipulación *rem licere habere*. Con frecuencia también estaba incorporada a la estipulación del doble del precio en caso de evicción, de manera que el conjunto era designado con el nombre de *stipulatio duplae* (1).

En ausencia de las estipulaciones de este género, se levantaban frecuentes disputas, sobre todo en las ventas públicas de esclavos y animales. Los ediles curules, encargados de la jurisdicción respecto de estas ventas, tomaron medidas en interés de los compradores (2). He aquí el resumen:

a) El vendedor debe conocer los defectos de que adolece la cosa. Que sea de buena o mala fe, si no los ha declarado al comprador, o si ha afirmado cualidades de que está desprovista, los ediles dan contra el dos acciones, entre las cuales el comprador puede escoger según su interés (3): 1.ª La acción *redhibitoria* tiende a la resolución de la venta. Puede ser ejercitada durante seis meses útiles a contar del contrato, y tiende a una especie de *in integrum restitutio* (4). El comprador de-

(8) Ulpiano, L. 43, *in fine*, Africano, L. 44, *ob act. empt.*, XIX, 1. Justiniano, L. 1, C., *de sentent.*, VII, 47, año 530.

367. (1) Es al menos la opinión de Ulpiano: L. 11, § 18, D., *de act. empt.*, XIX, 1. Según el parecer de Juliano, referido en el mismo texto, el comprador desposeído tenía derecho a la restitución del precio. Es la solución consagrada por el artículo 1.627, C. C.

368. (1) Se encuentran ejemplos de estas estipulaciones en Varrón, *De re rustic.*, II, 10, 5: *In horum (servorum) emptione solet... stipulatio intercedere sanum esse furtis noxisque solutum, aut, si mancipio non detur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Eod.*, II, 2, 6: *Illasce oves, qua de re agitur, sanas rectas esse... neque de pecore morboso esse, habereque recte licere: hace sic recte fieri spondesne?* Se encuentran también en los actos de venta relatados sobre los trípticos de Transilvania: Véase Girard, *Textos*, páginas 849 a 852.

(2) Estas disposiciones del edicto de los ediles, que ciertos autores hacen datar del siglo VI de Roma, otros solamente del final del VII, son referidas en parte por Ulpiano: L. 1, § 1, D., *de aedil. edit.*, XXI, 1.

(3) Véase para los nombres de las dos acciones: Paulo, L. 43, § 6 y L. 47, pr., *eod.* Para su duración: Ulpiano, L. 19, § 6, D., *eod.* La acción *redhibitoria* parece ser la más antigua.

(4) Paulo, L. 60, D., *eod.*: *Facta redhibitione, omnia et integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit.* Ad. Ulpiano, L. 21, pr. D., *eod.*

vuelve la cosa con los accesorios y los frutos. El vendedor debe restituir el precio con los intereses. Además, la acción parece haber tenido un carácter penal, pues si el vendedor se niega a hacer las restituciones, es condenado al duplo, y si las ejecuta, es condenado al simple (Gayo, L. 45, D., *de oedil. ed.* XXXI, 1), y 2.ª. La acción *aestimatoria* o *quanti minoris* tiene por objeto obtener una disminución de precio. Puede ser ejercitada varias veces, a medida que el comprador descubre nuevos defectos, pero solamente durante un año útil a partir de la venta (Ulpiano, L. 31, § 16, D., *eod.*).

b) El edicto hace obligatoria para el vendedor la *stipulatio duplae*, para garantizar al comprador contra los vicios y contra la evicción (5). Si rehusa hacer esta promesa, el comprador tiene dos meses para ejercitar contra él la acción, en resolución de la venta, o seis meses para reclamar, si lo prefiere, una indemnización, *quanti interest* (Gayo, L. 28, D., *eod.*).

Las disposiciones del edicto de los ediles fueron ampliadas a todas las ventas desde el principio del Imperio (6). Por otra parte, la venta se había convertido en esta época en un contrato consensual de buena fe, y el comprador encontró en la acción *empti* un nuevo recurso contra los defectos de la cosa: pudo ejercitarle, para obtener indemnización, cuando el vendedor era culpable de dolo (Paulo, L. 4, pr., D., *de act. empt.*, XIX, 1).

369.—B. *De la obligación del comprador.*—El comprador debe pagar al vendedor el precio convenido, con los intereses a contar del día que ha entrado en disfrute de la cosa vendida (Fr. Vat. § 2), e indemnizarle de los gastos hechos para el sostenimiento y conservación de la cosa hasta la tradición (Ulpiano, L. 13, §§ 20 y 22, D., *de act. empt.*, XIX, 1). Esta obligación del comprador difiere de la del vendedor en que el comprador debe transferir al vendedor la propiedad del precio (1). Esto es siempre posible para monedas, cosas *nec mancipi*, y no se encuentra aquí ninguna razón de las que impedían que la misma obligación no fuera impuesta al vendedor.

Contra el comprador, el vendedor tiene la acción *venditi*. No puede por otra parte obligarle a pagar más que al vencimiento, y si él mismo cumple su obligación entregando la cosa vendida (Juliano, L. 25, D. *de act. empt.*, XIX, 1).

370.—La acción *venditi* no ofrecía al vendedor ninguna garantía contra un comprador insolvente. Era necesario que tuviera otros recursos para asegurarse contra el peligro de perder a la vez la cosa y el precio. He aquí las que el Derecho Romano ponía a su disposición:

1. *Derecho de retención.*—Cuando el vendedor no ha hecho tradición de la cosa vendida, su interés está salvaguardado por el derecho de retención. Puede negarse a entregar mientras no haya sido pagado (1). Es preciso, además, que las dos obligaciones sean exigibles; este medio de defensa se le escapa al vendedor si ha dado un término al comprador para pagar, sin reservarse el mismo plazo para entregar.

2. *Derecho de reivindicación.*—Si el vendedor hace entrega antes

(5) La acción *ex stipulatu*, nacida de la *stipulatio duplae*, permanece útil a pesar de las acciones edilicias. En efecto, da una indemnización más completa que la acción *aestimatoria*, y es preferible para el comprador a la acción *redhibitoria*, si prefiere guardar la cosa o si no puede restituirla; por ejemplo, si la ha vuelto a vender.

(6) En este sentido: Labeón, citado por Ulpiano, L. 1, pr., D., *de aedil. ed.*, XXI, 1. L. 49 y L. 63, D., *eod.* Pomponio, L. 48, § 6, D., *eod.*

369. (1) Ulpiano, L. 11, § 2, D., *de act. empt.*, XIX, 1: ... *Emptor autem venditoris nummos facere cogitur.* Paulo, L. 1, pr., D., *de rer. perm.*, XIX, 4: ... *Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito.*

370. (1) Ulpiano, L. 43, § 8, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *Venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit.*

de ser pagado, y si es propietario de la cosa vendida, puede retener su derecho de propiedad y la *rei vindicatio*, que es la sanción. He aquí en qué casos: a) Cuando se trata de una venta al contado, sabemos que la tradición de la cosa vendida no transfiere la propiedad al comprador más que si paga el precio (V. n.º 180). El vendedor permanece, pues, propietario si el comprador no paga, y puede reivindicar la cosa contra él o contra cualquier otro poseedor; b) Cuando el vendedor ha fiado al comprador, concediéndole un término para el pago, la tradición transfiere en principio la propiedad. Pero como el efecto de la tradición depende en suma de la intención de las partes, el vendedor puede impedir este resultado entregando la cosa a título de *precario*, es decir, no concediendo al comprador más que un disfrute, que él permanece dueño de revocar a su gusto (Ulpiano, L. 20, *de precar.*, XLIII, 26). Si, pues, el comprador no paga, el vendedor puede hacerse devolver la cosa mediante el interdicto *de precario*, o ejercitando la *rei vindicatio*.

3. *Derecho de reservarse hipoteca sobre la cosa vendida.*—El vendedor, al hacer al comprador una tradición traslativa de propiedad, puede también reservarse una garantía de otro orden, conviniendo con él que tendrá hipoteca sobre la cosa vendida, para seguridad de su crédito. Este procedimiento da al vendedor la acción hipotecaria en caso de no pagar el precio, pero ha quedado poco usado en el Derecho Romano (2).

4. «*Lex commissoria*».—Una práctica mucho más extendida consistía en una convención especial hecha en el momento de la venta, y en virtud de la cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el contrato si el comprador no pagaba el precio en determinado plazo. Esta cláusula llevaba el nombre de *lex commissoria*. Expirado el plazo, el vendedor era libre de mantener el contrato o de tenerle por resuelto (L. 4, § 2, D., *de leg. com.*, XVIII, 3). Indicamos después los efectos de esta resolución de la venta (V. n.º 373) (3).

371.—III. *Modalidades y cláusulas resolutorias.*—El contrato de venta puede estar afectado de diversas modalidades: las más importantes son el *término* y la *condición* (I., § 4, *ht.*). Estas modalidades producen en general los efectos que hemos estudiado en la estipulación. El *término* no suspende más que la exigibilidad de las obligaciones nacidas de la venta. La *condición*, al contrario, suspende la existencia misma del contrato. De donde resulta que si el vendedor ha entregado la cosa vendida *pendente conditione*, el comprador no puede usucapir ni hacer los frutos suyos, porque carece de justo título, y si paga el precio por error, puede repetirle (1). El día en que la condición se cumple, la venta se realiza, con tal que los elementos esenciales del contrato subsistan todavía.

372.—La venta puede estar también afectada de una condición *resolutoria* o, para hablar más exactamente, y según el lenguaje de los jurisconsultos romanos, las partes pueden unir al contrato, en el momento mismo de su formación, una cláusula en virtud de la cual será resuelto si se realiza determinada condición. La venta es entonces considerada como *pura y simple:* produce inmediatamente sus efectos ordinarios, pero

(2) Ulpiano, L. 1, § 4, D., *de reb. eor.*, XXVII, 9. Paulo, L. 2, D., *eod.* En nuestro Derecho, el vendedor tiene un privilegio sobre la cosa vendida: art. 2.101, 4.º y artículo 2.103, 1.º, C. C.

(3) Según el artículo 1.654, C. C., el derecho de *resolución* de la venta por falta de pago del precio pertenece de pleno derecho al vendedor. El artículo 1.184 le da también en todo contrato sinalagmático, cuando una de las partes no ejecuta sus obligaciones.

371. (1) Paulo, L. 8, pr., *in fine*, D., *de per. et com.*, XVIII, 6: ... *Quod si pendente conditione res tradita sit emptor non poterit eam usucapere* pro emptore; *et quod pretii loco solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt.* Véase para el efecto de la condición sobre los *riesgos* el núm. 374, 2.

está sujeta a una resolución condicional (1). Entre estas cláusulas, he aquí las que eran más usadas: 1.ª Las partes han convenido al hacer la venta que si, en cierto plazo, un tercero ofrece condiciones más ventajosas al vendedor, quedará resuelto el contrato. Es la *additio in diem* (L. 1, D., *de in diem ad.*, XVIII, 2). En este caso, la resolución no tiene lugar necesariamente sólo porque se ofrecen mejores condiciones: el vendedor debe informar de ello al comprador que tiene la preferencia (L. 7 y L. 8, D., *eod.*). Pero si no usa de ella, el vendedor puede tener el contrato por resuelto (2). 2.ª El vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o aun en cualquier época (L. 2, C., *de pact. empt.*, IV, 54). Es la cláusula llamada hoy *pacto de retroventa*. 3.ª En fin, se conviene que será resuelta la venta si el comprador no paga el precio en un plazo determinado. Esa es la *lex commissoria*, cuya utilidad ya hemos señalado (Véase número 370, 4).

373. En estas diferentes hipótesis, cuando era realizada la condición y resuelta la venta, ¿cuál era el efecto de la resolución? Si el contrato no estaba aún ejecutado por una y otra parte, se extinguían de pleno derecho las obligaciones recíprocas; es como si no hubiera habido venta (V. n.º 299). Pero la cuestión presenta, sobre todo, interés cuando el vendedor ha transferido al comprador la propiedad de la cosa vendida. En tal caso, la resolución de la venta no tiene por consecuencia hacer volver de pleno derecho la propiedad al vendedor, pues es un principio cierto en la época clásica el de que la propiedad no puede ser transferida *ad tempus* (V. n.º 160). Pero como está resuelta la venta, que es la causa de la transferencia de propiedad, el comprador no puede ya conservar sin causa la propiedad de la cosa vendida, y está obligado a transferirla al vendedor, quien, por su parte, debe devolverle todo lo que ha cobrado del precio. Para obligar al comprador a ejecutar esta obligación, la mayor parte de los jurisconsultos daban al vendedor la acción *venditi*, porque se trata todavía de una continuación de la venta; otros se la negaban, porque está anulado el contrato, y le daban una acción *in factum*. Se acabó por ofrecerle la elección entre las dos acciones (1).

Esta teoría era ventajosa para los terceros. Los derechos consentidos por el comprador, mientras era propietario, permanecían válidos después de la resolución de la venta. Pero era menos favorable al vendedor. Simple acreedor, corría los riesgos de insolvencia del comprador, y, si le era devuelta la cosa, podía estar gravada de derechos reales, que debía respetar. El inconveniente era sobre todo sensible en caso de *addictio in diem*. ¿Cómo hacer aceptar al nuevo comprador una cosa así aminorada?

Así Marcelo y Ulpiano admiten en este caso que después de la resolución de la venta la propiedad vuelve de pleno derecho al vendedor, quien tiene desde entonces algo mejor que una acción personal, pues que puede ejercitar la *rei vindicatio* (L. 41, pr., D., *de rei vind.*, VI, 1, y L.

---

372. (1) Ulpiano, L. 2, pr., D., *de in diem ad.*, XVIII, 2: *Si quidem hoc actum est ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emptio quae sub conditione resolvitur.* Ad. L. 3, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.

(2) Es posible que la *addictio in diem* sea insertada en una venta bajo forma *de condición suspensiva;* la venta entonces sólo es perfecta si expira el plazo fijado sin que se haya ofrecido al vendedor un precio más ventajoso (L. 2, pr., D., *de in diem ad.*, XVIII, 2) Todo depende respecto a esto de la intención de las partes.

373. (1) Pomponio, L. 6, § 1, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1. Ulpiano, L. 4, pr., D., *de leg. com.*, XVIII, 3. Paulo, L. 6, D., *de resc. vend.*, XVIII, 5. En la L. 2, C., *de pact. int. empt.*, IV, 54, año 222, Alejandro Severo da al vendedor la elección entre la acción *venditi* y la acción *praescriptis verbis: Ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur.* Ciertos autores piensan que la mención de la acción *praescriptis verbis*, en lugar de una simple acción *in factum*, es el resultado de una interpolación (Cf. n.º 404, nota 5).

4, § 3, *de in diem ad.*, XVIII, 2). Esta nueva solución terminó por prevalecer en el Bajo Imperio, y en el Derecho de Justiniano (2). Es evidente además que las acciones personales han quedado como único recurso del vendedor cuando no era propietario de la cosa vendida.

374.—IV. *De los riesgos en la venta.*—Cuando la venta tiene por objeto un cuerpo cierto, si la cosa vendida perece por caso fortuito o fuerza mayor antes que el vendedor haya hecho tradición y sin que haya caído en demora, es libre, pues no le es imputable ninguna falta, y su obligación ya no tiene objeto. ¿Quién debe soportar esta pérdida fortuita? Si el comprador queda obligado a pagar el precio, él es quien experimenta el perjuicio; pero si está libre de su obligación, es el vendedor quien soporta la pérdida. En el primer caso se dice que los *riesgos* son para el comprador; en el segundo se dice que son para el vendedor.

Esta cuestión no puede plantearse cuando la venta tiene por objeto cosas *in genere;* diez medidas de trigo, un esclavo. Aun cuando las diez medidas de trigo o el esclavo lleguen a perecer, puede y debe entrega otras diez medidas de trigo u otro esclavo: *genera non pereunt.* Es, puesr siempre él quien soporta la pérdida.

Estando así precisada la cuestión de los riesgos, hay que distinguir, para resolverla, si la venta es *pura y simple* o *a término*, o hecha bajo una *condición.*

1. *Venta pura y simple* o *a término.*—Los riesgos son para el comprador acreedor de la cosa vendida (1). Si, pues, la cosa perece o se deteriora por caso fortuito, el comprador debe siempre su precio, aunque no reciba nada en cambio o no obtenga más que una cosa cuyo valor está aminorado. Esta solución parece fundada en la intención presunta de las partes, que son libres de separarla por una cláusula contraria. Puede justificarse por la razón de que si la cosa ha aumentado de valor, el comprador se aprovecha sin aumento de precio; es, pues, justo que el que se enriquece con la plus valía soporte la pérdida o deterioros (2).

Por excepción, los riesgos son a cargo del vendedor, si se ha encargado por una cláusula expresa (J., § 3, *in fine, ht.)* o si la pérdida for-

---

(2) En este sentido, L. 26, C., *de legat.*, VI, 37: ... *Cum enim jam constitutum sit jieri posse temporales donationes et contractus...* Véase el número 161. Esta doctrina está consagrada en nuestro Derecho actual, en que el interés de los terceros está protegido por la publicidad de la enajenación. Pero el Código civil italiano ha vuelto a los principios de la época clásica del Derecho Romano, decidiendo que, en caso de venta del inmueble, en el art. 1.511, la resolución del contrato por inejecución de los compromisos del comprador no perjudica a los terceros que han adquirido de él derechos sobre el inmueble.

374. (1) Paulo, L. 8, pr., D., *de peric. et com.*, XVIII, 6: ... *Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet...* 1, § 3, *ht.: Cum emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.*

(2) Alej. Severo, L. 1, C., *de peric. et com.*, IV, 48: *Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditae contingit ad amptorem pertinet. Ad. Paul.*, L. 7, pr., D., *eod.*, XVIII, 6. Por mucho apoyo que presten los textos a esta solución, ha sido discutida por autores antiguos y modernos que piensan que los riesgos son para el vendedor. Invocan las razones siguientes: a) I, L. 9, C., *de pign. act.*, 24, constata que la prenda perece para el constituyente que es su propietario; de donde se ha hecho la máxima: *res perit domino.* Pero si esta regla es verdadera cuando el acreedor de la cosa es al mismo tiempo propietario, como en el contrato de *pignus*, nada autoriza a hacer de ello una regla general; b) La obligación del vendedor y del comprador son respectivamente causas una de otra. Por tanto, si el vendedor está libre por caso fortuito de su obligación de entregar, el comprador debe también quedar libre de la obligación de pagar el precio. Este razonamiento está mal fundado. Sin duda, la obligación del comprador y la del vendedor son causas una de otra en su nacimiento; pero, una vez nacidas, se hacen independientes y cada una tiene sus modos de extinción que le son propios (Cf. Cujas, *Recital, in codicem* (IV, 48); c) En fin, se invoca la autoridad de ciertos textos: Paulo, L. 12 y L. 14, D., *de peric. et com.*, XVIII, 6 y Africano, L. 33, D., *locat.*, XIX, 2, que parecen poner los riesgos a cargo del vendedor. Pero la solución dada por Paulo se explica porque, en el caso que él prevé, el vendedor está en falta. En cuanto a la L. 33, *locat.*, de Africano, es oscura y prevé un caso particular, del que no es fácil formarse una idea exacta. Pero no puede ser generalizada, pues Africano mismo profesa en otros textos la doctrina común (Cf. L. 39, *in fine*, D., *de solut.*, XLVI, 3). Lo mismo Paulo (V. arriba, nota 1).

tuita sobreviene después de haber caído en demora de hacer la tradición (V. n.º 470, 2, a).

2. *Venta condicional.*—Los riegos son para el comprador en caso de pérdida parcial, y para el vendedor en caso de pérdida total. En efecto, la condición suspende la existencia del contrato, y para que éste se realice cuando aquélla se cumple, es preciso que todos los elementos de la venta subsistan todavía. Si, pues, la cosa ha sido simplemente deteriorada, la venta se forma y el vendedor se libra dando la cosa tal como está. El comprador que la recibe sufre el deterioro, como se aprovecharía de las mejoras llegado el caso. Pero si la cosa ha perecido por completo, no puede formarse la venta, por falta de objeto. Desde entonces el vendedor que ha perdido la cosa no obtiene nada en compensación, pues que ya no hay comprador ni precio debido: luego soporta la pérdida (3).

§ 3.—Del arrendamiento.

(I., *de locatione et conductione*, III, 24.)

375. El *arrendamiento* es un contrato por el cual una persona se compromete con otra a procurarle el goce temporal de una cosa, o a ejecutar por ella cierto trabajo mediante una remuneración en dinero, llamada *merces*. El que se obliga a suministrar la cosa o trabajo es el *locator;* hace una *locatio* y tiene contra la otra parte la acción *locati* o *ex locato*. El que debe el precio del alquiler, o *merces*, toma el nombre de *conductor;* hace una *conductio*, y puede ejercitar contra el *locator* la acción *conducti* o *ex conducto* (1).

Los romanos distinguían dos clases de arrendamiento: a) El arrendamiento de cosas, *locatio rerum;* es la aplicación más importante de este contrato, a propósito de la cual vamos a exponer las reglas generales, y b) El arrendamiento de servicios, *locatio operarum* u *operis*, cuyas particularidades nos limitaremos a señalar. En fin, en el Bajo Imperio el arriendo de cosas tomó en ciertos casos un carácter especial y se convirtió en un contrato que tenía sus reglas propias: el contrato de *enfiteusis*.

I.—Del arrendamiento de cosas.

376. I. *Formación y elementos esenciales del arrendamiento.*—El arrendamiento presenta gran analogía con la venta (1). Es un contrato perfecto por el solo consentimiento de las partes, de cualquier modo que se manifieste. El escrito y las arras que pueden acompañar el arriendo no son más que medios de prueba.

---

(3) Paulo, L. 8, pr., D., *de peric. et com.*, XVIII, 6 (V. n.º 297, nota 7). En nuestro Derecho el artículo 1.182, C. C., da la misma solución en caso de pérdida total; pero, en caso de pérdida parcial, deja al comprador el derecho de mantener el contrato o de realizarle, caso en que es también el vendedor quien soporta la pérdida. Es una regla seguramente menos lógica que la del Derecho Romano.

375. (1) El *conductor* es también llamado *colonus*, granjero de un rural; *inquilinus*, inquilino de una casa; *redemptor victigalium*, arrendatario de los impuestos. Designaremos en general el *locator* y el *conductor* por los nombres de arrendador y de *arrendatario* o *inquilino*.

376. (1) Gayo, L. 2, pr., D., *locat.*, XIX, 2: *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditione hisdemque juris regulis constitit.*

N. del T.—Según los fragmentos de Gayo, D., XIX, 2, 25, §§ 6 y 51, en una especie anómala de arrendamiento, o sea el contrato de aparcería, el precio puede consistir en una parte cuantitativa de los frutos del fundo. Sin embargo, parece la aparcería más un contrato de sociedad que una locación.

Pero, bajo Justiniano, las nuevas reglas que ha establecido a este respecto en materia de venta son aplicables al arrendamiento (I., pr., *ht.*—L. 17, C., *de fide instr.*, IV, 21.—V. n.º 359).

El acuerdo de las partes debe recaer sobre la *cosa* objeto del arrendamiento y sobre el *precio*, que son elementos esenciales del contrato: 1. En general, el arrendamiento puede tener por objeto cualquier cosa, mueble o inmueble, corporal o incorporal, susceptible de figurar en el patrimonio de los particulares. Hay que exceptuar, sin embargo, las servidumbres prediales que no pueden ser arrendadas sin el terreno a que pertenecen (Ulpiano, L. 44, D., *locat.*, XIX, 2), y las cosas que se consumen por el uso, a menos que sean arrendadas como cuerpos ciertos, *ad pompam et ostentationem*. Pero nada impide arrendar la cosa ajena, pues el arrendatario puede perfectamente obligarse a procurar el disfrute al inquilino (L. 9, § 6, D., *eod.*). 2. El precio de alquiler debe representar los mismos caracteres que el precio de venta. Debe, pues, ser *cierto* (J., § 1, *ht.*). Debe consistir *en dinero;* si por el disfrute de una cosa se ha prometido una remuneración de otra naturaleza, no hay más que un contrato innominado. Sin embargo, cuando se trata del arrendamiento de un fundo de tierra, la renta podía ser fijada en especie (2). En fin, el precio debe ser *serio:* si no, no hay arrendamiento; pero puede haber, según los casos, un comodato o una donación (Ulpiano, L. 46, D., *locat.*, XIX, 2).

II. *Efectos del arrendamiento.*—El arrendamiento es un contrato sinalagmático perfecto que produce, como la venta, obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes.

1. *De la obligación del arrendador.*—Debe procurar al inquilino el uso y disfrute de la cosa durante la duración del arrendamiento. Su obligación se resume en esta fórmula: *Praestare conductori frui licere* (Ulpiano, L. 9, pr., D., *locat.*, XIX, 2). El arrendatario tiene, pues, derecho a usar de la cosa y recoger los frutos que sólo adquiere, como el usufructuario, por la percepción (3). Aunque su situación sea comparable a la del usufructuario, por las ventajas que saca de la cosa alquilada difiere de ella en que el arrendador está personalmente obligado a procurarle el disfrute de la cosa, mientras que el simple propietario no tiene con el usufructuario ninguna obligación: debe únicamente no oponer ningún obstáculo a su disfrute. El motivo de esta diferencia es que el arrendatario tiene un *derecho de crédito* contra el arrendador, y el usufructario un *derecho real* sobre la cosa (V. n.º 145, 1).

Para ejecutar su obligación, es decir, para procurar al arrendatario el goce de la cosa arrendada, el arrendador debe *entregársela*. Esta tradición, por otra parte, no hace pasar al arrendatario más que la detención; es una *nuda traditio* (4). Debe, además, *garantizar* al arrendatario contra la evicción (L. 9, pr., D., *locat.*, XIX, 2). Con mayor razón debe indemnizarle si enajena el inmueble arrendado. En este caso, el arrendatario que no tiene derecho real oponible a los terceros puede ser expulsado por el adquirente, a menos de una cláusula contraria inserta en lá venta. Pero tiene derecho a reclamar al arrendador daños e inte-

(2) Alej. Severo, L. 8, C., *de ocat.*, IV, 65: *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris...* Diocleciano, L. 21, C., *eod.: Si olei certa ponderatione fructus anni locasti...* Cuando la renta consistía en una parte alícuota de la cosecha, el arrendatario era un *colono parciario* (Gayo, L. 25, § 6, D., *locat.*, XIX, 2).

(3) 1, § 36, *de rer. div.*, II, 1. A diferencia del usufructuario, percibe los frutos *voluntate domini*, y la base de su adquisición es la entrega. Ulpiano, L. 61, § 8, D., *de furt.*, XLVII, 2: *Colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur suos fructus facere.*

(4) Ulpiano, L. 6, § 2, D., *de precar.*, XLIII, 26: *... Fructuarius... et colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident.*

reses (5). El arrendador debe también garantía al arrendatario por razón de los defectos ocultos que disminuyen la utilidad de la cosa arrendada; pero las acciones edilicias creadas para la venta no son aplicables al arriendo (Ulpiano, L. 63, D., *de aedil. ed.*, XXI, 1). La acción *conducti* basta al arrendatario.

El arrendador es responsable no solamente de su dolo, sino también de toda falta, pues está interesado en el contrato. Pero no responde de los casos fortuitos (J., § 5, *ht.*).

1. *De la obligación del arrendatario.*—El arrendatario debe pagar el precio convenido, *merces*, y debe, como el comprador, transferir su propiedad al arrendador. Pero la *merces* no consiste en un precio único, pagadero en una sola vez para toda la duración del arriendo. Se descompone en una serie de prestaciones periódicas, cada una de las cuales, llamada *pensio*, sólo es exigible en el plazo convenido, muy frecuentemente a fin de cada año. Además, como la *merces* es el equivalente del disfrute que el arrendatario saca de la cosa arrendada, cesa de deberla desde el día en que su disfrute se ha hecho imposible sin culpa suya (Ulpiano, L. 19, § 6, D., *eod.*). Por consiguiente cuando el colono de un fundo rural ha hecho mala cosecha por caso fortuito o fuerza mayor, tiene derecho a una reducción del alquiler del año, salvo compensación con los años siguientes, si dan un excedente de cosechas (6).

El arrendatario está, además, obligado a restituir la cosa arrendada al expirar el arriendo. Es responsable de todo deterioro sobrevenido por dolo o culpa suyos, pues debe usar de la cosa como un diligente padre de familia (7, § 5, *ht.*). Esta obligación resulta para él del contrato en el que está interesado; no es, pues, necesario que dé caución de disfrutarlo como un buen padre de familia, como debe hacerlo el usufructuario. El arrendador puede exigir la ejecución de las obligaciones del arrendatario ejercitando contra él la acción *locati*.

III. *De los riesgos en el arrendamiento.*—En principio, los riesgos son para el arrendador. En efecto, si la cosa alquilada perece por caso fortuito, el arrendatario, que debe devolverla al final del arriendo y que es deudor de un cuerpo cierto, queda libre. Por otra parte, cesa de pagar la *merces*, pues no es más que la remuneración de su disfrute; y desde que este disfrute se hace imposible ya no debe nada. Es, pues, el arrendador quien soporta la pérdida de la cosa arrendada. Lo mismo sucede con una pérdida parcial o un simple deterioro, pues el arrendatario puede obtener una reducción de la *merces* (L. 30, § 1, D., *locat.*, XIX, 2), y se libra al fin del arriendo devolviendo la cosa tal como está.

Las mismas soluciones son aplicables cuando se hace el contrato a plazo o bajo *condición*. Estas modalidades pueden ir insertas en el arrendamiento como en la venta y producen sus efectos habituales.

IV. *De la extinción del arrendamiento.*—Mientras que la venta debe procurar al comprador la utilidad perpetua de la cosa vendida, el arrendamiento sólo está destinado a suministrar al arrendatario el disfrute temporal de la cosa arrendada. Este contrato, por tanto, tiene necesariamente una duración limitada. Cuando termina, se agota la fuente de las obligaciones que emanan de él. Pero las que han nacido y no han

(5) Alej. Severo, L. 9, C., *de locat.*, IV, 65: *Emptori quidem fundi necese non est stare colonum cui prior dominus locavit nisi ea lege emit...* año 234. Gayo, L. 25, § 1, D., *locat.*, XIX, 2. *Fr. Vat.*, § 44. El art. 1.743, C. C., consagra otra teoría; pero no hay que deducir de ella que el inquilino tenga hoy un derecho real.

(6) Ulpiano, L. 15, §§ 2, 5, 7, D., *locat.*, XIX, 2. Cf. art. 1.769, C. C. Es distinto con el colono parciario, que, como asociado, participa con el arrendador las probabilidades de pérdidas y ganancias. Gayo, L. 25, § 6, *in fine*, D., *eod.*

N. del T.—El arrendatario que se negara a restituir la cosa arrendada incurría, por Derecho Romano, en las penas conminadas contra los que se apoderan de las cosas de otro (Const., 10, VII, 4 y 25, IV, 65).

sido aún ejecutadas, subsisten, aunque hayan nacido de un contrato temporal, y sólo se extinguen por los modos de extinción que consagra el Derecho civil.

Las causas que ponen fin al arrendamiento son: 1.ª *La expiración del tiempo convenido.* La duración ordinaria del arriendo de un fundo rústico entre los romanos era de cinco años (7). Si, al cabo del tiempo fijado, el arrendatario continúa gozando de la cosa arrendada, sin oposición del arrendador, se forma un nuevo arriendo por el acuerdo tácito de las partes, a condición de que el arrendador sea siempre capaz. Se dice que entonces hay *tácita reconducción.* El contrato es valedero por un año, si se trata del arriendo de un fundo de tierra, y puede renovarse (Ulpiano, L. 13, §§ 11 y 14, D., *locat.*, XIX, 2); 2.ª La *pérdida de la cosa arrendada;* 3.ª El *mutuo disentimiento,* es decir, el acuerdo de las partes para resolver el contrato, y 4.ª La *anulación obtenida por el arrendador.* Tiene derecho a hacer cesar el arriendo cuando el arrendatario abusa del disfrute, o queda dos años sin pagar la *merces,* y cuando quiere recuperar la casa arrendada para habitarla él mismo (8).

II.—Del arrendamiento de servicios.

377.—Se distinguen la *locatio operarum* y la *locatio operis:*

1. Hay *locatio operarum* cuando el *locator,* en lugar de procurar el disfrute al *conductor* de una cosa por la que le debe la *merces,* le presta servicios determinados. Todos los servicios no podían ser indistintamente objeto de arrendamiento. Hay que excluir los que es difícil valuar en dinero. De este número son las *operae liberales,* o servicios prestados por las personas que ejercen las profesiones liberales, como los retóricos, gramáticos, geómetras, médicos, abogados y otros muchos. Se admite, sin embargo, que estas personas podían recibir una remuneración, pero se llamaba *honorarium,* y no podía ser reclamada en justicia más que por una *cognitio extraordinaria* (L. 1, D., *de var. et extr. cogn.,* L. 13.—V. n.º 389, 1).

2. Hay *locatio operis* cuando el que presta sus servicios recibe de la otra parte tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar su trabajo. Así, Ticio entrega a un obrero una joya para arreglarla (1), limpiar un vestido, transportar mercancías, o bien entrega a un empresario de trabajos un terreno para construir una casa. En estos diferentes casos, los romanos consideran la operación que debe ser realizada como la cosa arrendada. Llaman *locator* al que entrega la cosa, *qui locat opus faciendum,* y *conductor* al que debe ejecutar el trabajo. Resulta de ello que es el *locator* quien paga la *merces* y el *conductor* quien la recibe (Ulpiano, L. 13, §§ 5, 6, 10, D., *locat.,* XIX, 2).

378.—Que haya *locatio operarum* u *operis,* el contrato obliga a una de las partes a prestar los servicios prometidos; a la otra, a pagar la *merces* convenida. Pero, ¿quién debe soportar los riesgos? En la *locatio operarum,* si por caso fortuito o fuerza mayor no puede ser realizado el trabajo prometido, la *merces* queda debida en principio, y los riesgos son para el *conductor* (Paulo, L. 38, pr., D., *locat.,* XIX, 2). En la *locatio operis,* la *merces* no es debida sino después que la obra ha sido ter-

(7) Paulo, L. 24, § 2, D., *locat.,* XIX, 2. Ulpiano, L. 9, § 1 y L. 13, § 11, D., *eod.* Era la duración de los arriendos consentidos para los bienes del Estado por los censores, cuyas funciones duraban cinco años.

(8) Caracalla, L. 3, C., *de locat.,* IV, 65, año 214. Este derecho exorbitante es expresamente rehusado al arrendador por el artículo 1.761, C. C.

377. (1) Si un platero se comprometía mediante un precio a fabricar y proporcionar un anillo con oro que le pertenecía, se decidía que no había arrendamiento, sino venta, y se aplicaban los principios de este contrato (Gayo, III, § 147.—I, § 4, *ht.*).

minada y aprobada por el *locator*. Si, pues, esta obra perece antes de haber sido aceptada, el *conductor operis* no puede reclamar su salario y soporta los riesgos, a menos que la pérdida resulte de un caso de fuerza mayor. Si la pérdida sobreviene después de la recepción y aprobación de los trabajos, el *locator* debe la *merces* y los riesgos son para él (Labeón, L. 62 y Florentino, L. 36, D., *eod.)*.

III.—De la enfiteusis.

379.—El arrendamiento tiene lugar para una duración limitada y mediante una renta periódica, mientras que la venta implica una concesión perpetua de la cosa vendida por un precio único. Así que los jurisconsultos de la época clásica vacilaban en decidir si había arrendamiento o venta cuando un Municipio concedía a *perpetuidad* el disfrute de un terreno a una persona mediante una renta anual. La cuestión tenía importancia desde el punto de vista de los riesgos. Si el contrato es una venta, los riesgos son para el comprador. Si es un arrendamiento, son para el propietario, es decir, para el arrendador, y no para el arrendatario. Esta última solución era admitida con preferencia (Gayo, *III*, § 145).

En el Bajo Imperio, el emperador Zenón decidió que este contrato, que era entonces también practicado por los particulares, no fuera en lo sucesivo ni un arrendamiento ni una venta, sino un contrato especial, con su nombre, *enfiteusis*, y sus reglas propias, al menos en cuanto a los riesgos. El convenio de las partes hace ley a este respecto; pero, a falta de cláusula particular, la pérdida total de la cosa es soportada por el propietario, la pérdida parcial por el *enfiteuta* (L. 1, C., *de emphyt. jur.*, IV, 66, año 476, 484.—J., § 3, *ht.)*.

La enfiteusis obliga al propietario a procurar al arrendatario el disfrute de la cosa arrendada. El arrendatario o enfiteuta está obligado a pagar la renta, llamada *pensio* o *canon;* adquiere sobre la cosa un derecho real: el derecho de enfiteusis (1).

§ 4.—De la sociedad.

(I., *de societate*, III, 25.)

380.—La palabra *sociedad*, tomada en su más lata acepción, tiene el sentido de *asociación*. Se aplica a toda reunión de personas que se proponen conseguir un fin común. Se asocian unas veces con un interés pecuniario, religioso, político, ya para luchar contra un peligro, o bien para crearse recursos que el individuo aislado es incapaz de procurarse. En un sentido más restringido, la *sociedad* propiamente dicha se distingue de la asociación en general en que tiene por causa el interés personal de los asociados. Es la única de que tenemos que ocuparnos.

La *sociedad* es un contrato consensual, por el cual dos o más personas se comprometen a poner ciertas cosas en común para sacar de ellas una utilidad apreciable en dinero. No hay en la sociedad, como en la venta y el arrendamiento, dos papeles distintos. Todos los asociados están sujetos a las mismas obligaciones, sancionadas por la misma acción: la acción *pro socio*.

381.—I. *Formación y elementos esenciales de la sociedad.*—El contrato de sociedad es perfecto por el simple acuerdo de las partes y antes que hayan puesto en común los bienes que se comprometen a suminis-

379.—(1).—Véanse sobre el derecho real de enfiteusis los números 239 y 240.

trar. El consentimiento puede ser manifestado de una manera cualquiera, oralmente, por escrito o por mensajero, como en todos los contratos consensuales (Modestino, L. 4, pr., B., *pro soc.*, XVII, 2). Los contratantes son además libres de suspender la sociedad o de limitarla en su duración por un *término* o una condición que producen sus efectos ordinarios (Paulo, L. 1. pr., D., *eod.*).

Las partes deben ponerse de acuerdo en vista de formar una *sociedad, animo contrahendae societatis* (1), y su acuerdo debe recaer sobre dos puntos que constituyen los elementos esenciales de este contrato.

1. *Es preciso que los asociados se comprometan a poner ciertos bienes en común.*—Es natural, en efecto, que todos contribuyan a la obra común. Si uno se aprovechara de la operación sin ningún sacrificio personal, recibiría de los demás una verdadera liberalidad; no habría sociedad, sino donación (Ulpiano, L. 5, § 2, D., *pro soc.*, XVII, 2). No es necesario además que los bienes suministrados por los asociados sean de la misma naturaleza; uno puede prometer dinero; otro, inmuebles, o un objeto mueble; otro, en fin, su industria o su crédito (L. 29, pr., C., *eod.*). Hasta importa un poco que las aportaciones sean de valor desigual, pues el que aporta menos puede restablecer la igualdad por su trabajo (L. 5, § 1, D., *eod.*).

2. *Es necesario que tengan por mira un resultado lícito y común.*— Este resultado no siempre es un beneficio propiamente dicho, pues ciertas sociedades son extrañas a todo espíritu de especulacióny de comercio; tales son las sociedades universales y algunas sociedades particulares cuyo objeto es ejecutar un trabajo con menos gastos (L. 52, §§ 12 y 13, D., *pro soc.*, XVII, 2). Basta que los asociados traten de obtener una utilidad apreciable desde el punto de vista económico. Pero este resultado debe ser *lícito*. La sociedad que tiene por objeto realizar actos ilícitos es nula (2). Además, el resultado debe ser *común;* cualquiera que sea, ganancia o pérdida, todo asociado debe participar de él (3). Nada es más justo: pues cada asociado contribuye con su aportación a la formación de la sociedad, y consiente de antemano en sufrir sus consecuencias (Cf. art. 1.853, C. C.).

382.—¿En qué medida debe participar cada asociado en el resultado? Si no hay convención especial, los beneficios y pérdidas se reparten igualmente entre los asociados, porque se presume la igualdad de las aportaciones (I., § 1, *ht.*). Pero este reparto puede ser modificado por una cláusula expresa, con tal que no tenga nada contrario a la regla de que el resultado debe ser común. Así, dos asociados pueden convenir que tendrán partes desiguales; por ejemplo, que uno tendrá dos tercios en la ganancia como en la pérdida, y el otro, un tercio, pues esta cláusula

---

381.—(1).—Ulpiano, L. 44, *pro socio*, D., XVIII, 2. La intención de las partes es la única que permite distinguir, en ciertos casos, si hay sociedad o contrato innominado.

N. del T.—Sabido, como indica el texto, que para la existencia de la sociedad es preciso la *affectio societatis, animo contrahendæ societatis*, no puede dudarse que faltando, aunque concurran los demás elementos de tal contrato, el antes indicado, sólo existiría una comunidad, nunca una sociedad. Ambos conceptos se distinguen, porque si bién toda sociedad supone una comunidad, no toda comunidad supone una sociedad. Esta última es una convención, fundada como tal en la voluntad de las partes; la comunidad puede originarse no sólo de la convención, sino de otras fuentes, como la ley, la liberalidad de un tercero. Además, la sociedad tiene un fin común, persistente mientras no se cumpla; pero la comunidad puede disolverse a instancia de cualquiera comunero. Por último, se atiende siempre en la sociedad a la persona del socio, pero en la comunidad es punto de vista preferente la persona del condómino, por lo cual se disuelve la sociedad por la muerte de uno de sus miembros, cosa que en la comunidad no sucede.

(2) Ulpiano, L. 57, D., *pro soc.*, XVII, 2: ... *Generaliter... traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.*

(3) Paulo, L. 67, pr., *in fine*, D., *pro soc.*, XVII, 2: ... *Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.*

hace presumir que las aportaciones son desiguales (1). Se podía convenir también que uno de los asociados tuviera una parte mayor en la ganancia que en la pérdida, o aun que participaría en la ganancia y en la pérdida no. La validez de esta cláusula fué admitida a pesar del parecer contrario de ciertos *jurisconsultos*, porque el asociado así favorecido puede haber prestado a la sociedad, por su trabajo, servicios que justifiquen esta ventaja (Gayo, III, § 149). Además, no tiene nada de contrario el principio de que todo asociado debe participar en las pérdidas, pues no debe aplicarse más que al resultado *neto* de la sociedad, compensación hecha de las pérdidas y beneficios por el conjunto de las operaciones sociales. Si este resultado definitivo es una pérdida, el asociado favorecido no puede reclamar nada, aun cuando haya habido ciertas operaciones ventajosas (I, § 2, *in fine, ht.)*. Pero no se podría convenir que uno de los asociados sería excluído de los beneficios, aun soportando su parte de pérdida; semejante sociedad, en que los demás asociados tendrían la parte del león, era llamada *leonina* y afectada de nulidad (2).

En lugar de fijar ellos mismos el reparto, los asociados tenían derecho de confiarle al arbitrio de un tercero designado. En razón de la buena fe que debe presidir al contrato, el árbitro está obligado a cumplir su misión según la equidad. Las partes pueden atacar en justicia un arbitraje inicuo (L. 78 y L. 79, D*t, pr. soc.*, XVII, 2).

383.—11. *De las diferentes clases de sociedades.*—Se pueden dividir las sociedades en dos clases: a) Las sociedades *universales*, que tienen por carácter común abarcar la universalidad o una parte alícuota del patrimonio de los asociados; b) Las sociedades *particulares*, en las que los asociados no ponen en común más que objetos particulares (I, pr., *ht.* Ulpiano, L. 5, pr., D., *pro soc.*, XVI, 2).

1. *De las sociedades universales.*—Había dos clases: a) La sociedad *omnium bonorum*, que es aquella en que los asociados se comprometen a poner en común todos sus bienes presentes y venideros. Todas sus deudas se convierten también en carga común (Paulo, L. 3, § 1, D., *eod.)* (1); b) La sociedad *omnium quae ex quaestu veniunt*, que no comprende ni los bienes de los asociados el día que contratan ni los que les vengan más tarde a título gratuito, sino únicamente lo que adquieran por su trabajo durante la sociedad, *quaestus*. Las deudas contraídas con ocasión de estas adquisiciones son las únicas comunes (Ulpiano, L. 7, Paulo, L. 8 y L. 12, D., *eod.)*.

Las sociedades universales se distinguen de las sociedades particulares por su objeto, que no es hacer operaciones especiales con miras a realizar beneficios. Han debido aparecer primeramente desde los primeros siglos de Roma, y en la familia es donde se encuentran las más antiguas aplicaciones. Los asociados *omnium bonorum* eran en general los parientes a quienes un mutuo afecto, o un interés recíproco, determinaba a establecer entre ellos una comunidad de bienes. Así es como en su origen se encuentra sobre todo esta sociedad entre los *hijos* convertidos, como herederos del jefe de familia, en copropietarios del patrimonio paterno. Conservaban la propiedad indivisa después de la

---

382. (1) Ulpiano, L. 29, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2: *Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam... placet valere si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae vel cujuscumque alterius rei causa.*—1, § 1, *ht.*

(2) Ulpiano, L. 29, § 2, D., *pro soc.*, XVII, 2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret et hanc societatem leoninam solitum appellari; et nos consentimus talem societatem nullam esse.*

383. (1) Semejante sociedad no está autorizada en nuestro Derecho más que para los bienes presentes y no puede comprender los venideros, salvo el caso de comunidad universal entre cónyuges: Cf. arts. 1.837 y 1.526, C. C.

muerte del padre y ganaban con ello la ventaja de evitar un desorden o desclasificación, pues cada uno, después de la partición, no podía ya figurar en los registros del censo más que por su parte en la fortuna del difunto. Esta sociedad era llamada *consortium* (2), y apenas difería de la indivisión. Más tarde ha debido separarse cuando el contrato de sociedad fué consagrado con sus reglas propias. Se encuentra una aplicación más reciente de la sociedad *omnium bonorum* cuando se formaba entre cónyuges. En la época en que la *manus* caía en desuso, esta sociedad remediaba para la mujer los inconvenientes del régimen dotal, y creaba entre ella y el marido relaciones análogas a nuestro régimen de comunidad. Sin embargo, los textos sólo señalan escasos ejemplos (Scaevola, L. 16, § 3, D., *de alim.*, XXXIV, 1). En cuanto a las sociedades *omnium quaestuum*, tuvieron desde muy pronto su utilidad cuando un dueño daba la libertad a varios esclavos. Estos libertos de un solo patrono, o *colliberti*, no tenían recursos más que en su trabajo; encontraban, pues, una gran ventaja en poner en común sus esfuerzos y sus ganancias (Paulo, L. 71, § 1, D., *pro soc.*, XVII, 2). Poco a poco, los progresos del Derecho han modificado los caracteres primitivos de las sociedades universales. Su dominio se ha extendido, y se han formado no solamente entre parientes o *colliberti*, sino también entre todas las personas ingenuas.

2. *De las sociedades particulares.*—Estas sociedades, de un origen menos antiguo, han desempeñado en Roma un papel considerable, pero sin alcanzar nunca la importancia que han adquirido en los tiempos modernos. Aunque esencialmente guerreros y agricultores, los romanos no fueron extraños a los negocios comerciales. Sin duda, el pequeño comercio era menospreciado y dejado en manos de los esclavos y libertos. Pero era muy distinto con las grandes empresas, señaladas con un carácter de utilidad general. Los caballeros romanos no desdeñaban tomar parte en ellas, y explotaban casi todo el comercio de la Galia y de Asia (3). En este movimiento de intereses, la asociación encontraba naturalmente su puesto. Las sociedades particulares eran de dos clases: a) La sociedad *unius rei*, en que los asociados ponen en común la propiedad o el uso de una o varias cosas determinadas para explotarlas y repartir los beneficios. Está restringida a una sola operación. Así, dos personas que tienen, una tres caballos y la otra uno, se asocian para formar una cuadriga, que venderán más ventajosamente (L. 58, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2), o también dos personas se asocian para comprar en común un fundo de tierra, explotarle y repartirse los productos (L. 2, C., *pro soc.*, IV, 37); b) La sociedad *alicujus negotiationis*, en la que varias personas ponen en común ciertos valores con miras a una serie de operaciones comerciales de un género determinado, por ejemplo, para dedicarse al comercio de los esclavos, del vino, del trigo, del aceite (J., pr., *ht.*). En estas dos clases de sociedades el activo se compone de la aportación de los asociados y de los beneficios realizados: el pasivo comprende las deudas que provienen de las operaciones de la sociedad (Ulpiano, L. 52, § 5, D., *pro soc.*, XVII, 2).

Entre las sociedades *alicujus negotiationis*, las más importantes eran: a) Las sociedades entre banqueros: *argentarii;* b) Las sociedades

(2) Ulpiano, L. 52, §§ 6 y 8, D., *pro soc.*, XVII, 2. Paulo, L. 31, § 4, D., *de excus.*, XXVII, 1. Valerio Máximo, VI, 4, § 8. Según Aulo Gelio, el nombre técnico de esta antigua comunidad de bienes era *ercto non cito (Nuits at.*, 1, 9, *in fine).*

N. del T.—Se habla también por los autores, al tratar de las clases de sociedades, de las *quaestuariae* y *non quaestuariae*, según que se propongan por fin un lucro u otra cualquier ventaja.

(3) Cicerón, *De offic.*, 1, 42: *Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est, sin magna et copiosa, multa undique apportans, multisque sine vanitate impartiens, non est admodum vituperanda.* Ad. Pro Fonteio, 4. Valerio Máximo, IX, 2, § 3.

formadas para las empresas del transporte, de trabajos públicos y de suministros (Tito Livio, XVIII, 48 y 49); c) Las sociedades *vectigalium*, encargadas de la percepción de los impuestos *vectigalia*. Bajo la República, el arriendo de estos impuestos era sacado a subasta. Se llamaban *publicani* los caballeros romanos a quienes se adjudicaban. Estaban autorizados a percibirlos y guardarse para sí lo recaudado, mediante una cantidad fija pagada al Tesoro (4). Esta empresa exigía anticipos considerables, y un solo caballero, por rico que fuera, no podía encargarse de ella; de ahí la necesidad de asociarse. La sociedad *vectigalium* era, pues, sobre todo, una asociación de capitales. La distinguían de las demás sociedades, reglas particulares. Así que, a la muerte de uno de los asociados, continuaba entre los supervivientes y los herederos del difunto (V. n.° 386, 3, *in fine*). Además, estas sociedades constituían personas morales, *corpora*.

384.—Es regla general, en Derecho Romano, que ninguna persona jurídica puede existir sin una autorización legislativa. Ahora bien, esta autorización no era otorgada más que a las sociedades *vectigalium* y a las que tenían por objeto la explotación de las minas de oro y plata y de las salinas (1). Nos parece, pues, cierto, aunque los autores hayan querido extender este carácter a todas las demás, que estas sociedades solas eran personas civiles; que solas, por consiguiente, tenían bienes, que no eran indivisos entre los asociados, sino que pertenecían al ser moral; que eran también las únicas que tenían créditos y deudas distintos de los créditos y deudas personales de los asociados.

385.— III. *Efectos de la sociedad.*—La sociedad, contrato sinalagmático perfecto, produce a cargo de todos los asociados la misma obligación sancionada por la acción *pro socio*. Como el de la sociedad es obtener un resultado en que participen todos los asociados, cada uno de ellos debe hacer común a los demás, no solamente lo que ha prometido aportar, sino también el resultado de las operaciones que ha realizado para la sociedad. Esta idea está expresada por los textos mediante la palabra *communicare* (Paulo, L. 1, § 1, y L. 74, D., *pro soc.*, XVII, 2). Pero la obligación así formulada es compleja y comprende los elementos siguientes: 1. Cada asociado debe suministrar lo que ha prometido; es decir, realizar su aportación, y garantizar el disfrute a sus coasociados. 2. Cada asociado debe llevar los negocios comunes y comunicar a sus coasociados el resultado de esta gestión. 3. En fin, los asociados responden de su dolo y culpa.

1. *De la realización y de la garantía de la aportación.*— El asociado que se ha comprometido a suministrar su industria o su crédito ejecuta su obligación prestando los servicios prometidos. Si debe procurar a la sociedad la propiedad de ciertas cosas corporales, efectúa su aportación por tradición, mancipación o *in jure cessio*, según la naturaleza de los bienes, pero no transfiere a sus coasociados más que la copropiedad,

(4) Se daba en general el nombre de *publicani* a los que se encargaban de una empresa pagada por el Estado. Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de public.*, XXXIX, 4: *Publicani sunt qui publico fruuntur, nam inde nomen habent.* Las sociedades de publicanos son célebres en la literatura latina y los escritos de los jurisconsultos. Pero muchas veces se señalaron por su avaricia y exacciones (Cicerón, *Epist. ad Quint.*, 1). Así es que los *publicanos* terminaron por hacerse odiosos a las poblaciones en que recaudaban.

384. (1) Gayo, L. 4, pr., D., *quod cujus...*, III, 4: *Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus habere passim omnibus conceditur: nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur; paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere; vel aurifodinarum, vel argenti fodinarum, et salinarum.* La personalidad civil era también dada a otras asociaciones que no tenían el carácter de sociedades propiamente dichas. Véanse n.° 136 y nota 2.

pues no deja de ser su propietario (1). Basta que ponga las cosas prometidas a la disposicion de sus coasociados, si no se ha comprometido a suministrar más que su disfrute. Está obligado además a la *garantía* de la evicción y de los defectos ocultos de su aportación: la acción *pro socio* basta para sancionar esta obligación.

En la sociedad *omnium bonorum*, la puesta en común de las cosas corporales se hacía de una manera muy sencilla, y sin tradición material. El acuerdo de las partes bastaba; cada asociado dejaba de poseer por él solo y empezaba a poseer a título de copropietario (2). Además, no había lugar a garantía, pues cada asociado no podía dar más que su patrimonio tal como era.

¿Quién debe soportar los riesgos de la aportación? Hay que distinguir: a) Si el asociado ha prometido la *propiedad* de un cuerpo cierto, está en la situación de un vendedor: los riesgos son para la sociedad, antes como después de la tradición de la cosa. Era, pues, liberado si perece por caso fortuito, y conserva, sin embargo, el derecho de participar en las ventajas del contrato; b) Si ha prometido el *disfrute* de un cuerpo cierto, desempeña el papel de un arrendador y los riesgos son para él, según los principios del arrendamiento (Ulpiano, L. 58, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2); c) En fin, si el asociado ha prometido cosas *in genere*, como una cantidad de dinero, los riesgos son para él mientras no entregue la cantidad; pero, una vez efectuada la aportación, es la sociedad quien soporta los riesgos (L. 58, 1, D., *eod.*).

2. *De la gestión de los negocios comunes.*—Todos los asociados tienen la obligación y el derecho de llevar los negocios comunes y realizar las operaciones sociales (3). Si se reúnen para obrar, las consecuencias del acto, derecho real, derecho de crédito o deuda, se realizan en la persona de todos los asociados por partes iguales, salvo hacer entre ellos otro reparto si el contrato lo exige. Pero frecuentemente es uno solo el que obra, bien con el asentimiento tácito de sus coasociados, que son libres de oponerse, ya porque ha sido encargado expresamente de la gestión. En este caso, el efecto del acto es especial del gerente; él solo se hace propietario, acreedor o deudor, pues es un principio, en Derecho Romano, que no se puede estar representado por una persona libre y *sui juris* (Véanse números 392 a 394). Pero está obligado a dar cuenta a sus coasociados del resultado del acto realizado. Si ha adquirido un bien o un crédito, debe comunicarles el beneficio (4). Viceversa, puede hacerse indemnizar de los gastos que ha hecho o descargarse de las obligaciones que ha contraído hasta la concurrencia de su parte (Paulo, L. 38, § 1, y L. 67. § 2, D., *pro soc.*, XVII, 2). Los terceros con quienes ha tratado no tienen, pues, en principio relaciones más que con él, y no pueden ni perseguir a los coasociados ni ser perseguidos por ellos (5).

3. *De la responsabilidad de los asociados.*—En la ejecución de sus obligaciones y la gestión de los asuntos comunes, los asociados son responsables de su dolo, y también de su falta, aunque ha habido dudas

---

385. (1) Ulpiano, L. 13, § 1, D., *de praeser. verb.*, XIX, 5: ... *Nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit...*

(2) Paulo, L. 1, § 1, D., *pro soc.*, XVII, 2: *In societate omnium bonorum, omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicantur.*—Gayo, L. 2, D., *eod.*: *Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*

(3) Las sociedades que constituían personas morales tenían un director, *magister*, que obraba en nombre de ellas (V. n.º 136, *in fine*).

(4) Paulo, L. 74, D., *pro soc.*, XVII, 2: *Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare.*

(5) Un asociado no tenía derecho de introducir en la sociedad un nuevo asociado asociándose con un tercero. Este tercero, que llamamos hoy un *croupier*, se hace su asociado, pero no de los demás, pues la sociedad, contrato consensual, no existe más que entre los que han consentido en asociarse. Ulpiano, L. 20, D., *pro soc.*, XVII, 2: *Nam socii mei socius, meus socius non est.*—Ad. L. 19, D., *eod.*—*Cf.* art. 1.861, C. C.

sobre este punto (J., § 9, *ht.)*. Pero la falta debe ser apreciada con indulgencia: el asociado no responde más que de lo que no tiene costumbre de cometer en la gestión de sus propios negocios (6). Este favor se explica, ya porque hay entre asociados un lazo de fraternidad *jus fraternitatis*, que hace que sus obligaciones recíprocas no deban apreciarse con demasiado rigor, ya más bien porque cada asociado, al llevar los asuntos sociales, lleva también sus propios asuntos (7).

386.—IV. *De la disolución de la sociedad y de sus consecuencias.*— Toda sociedad es limitada en su duración (1). Entre las causas que pueden acarrear la disolución del contrato, citaremos: 1.ª La llegada del *término* fijado o la *condición* a que está subordinada la resolución de la sociedad (Paulo, L. 1, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2); 2.ª Todo acontecimiento que pone un obstáculo material a la continuación de la sociedad, como la *pérdida* del fondo social, o el *fin de la operación* en la sociedad *unius rei* (Paulo, L. 65, § 10, D., *eod.)*; 3.ª La *muerte* de uno de los asociados. La sociedad es, en efecto, contraída *intuitu personae;* es decir, que cada asociado tiene confianza en los demás y sólo se asocia porque cuenta con el concurso de todos los que acepta como asociados (7, § 5, *ht.)*. No se puede, pues, admitir de pleno derecho la continuación de la sociedad ni entre los supervivientes ni con los herederos del difunto. Los contratantes son libres de convenir que la sociedad continuará entre los supervivientes, pero no con los herederos del asociado que muera, pues no los conocen todavía, y no podrían ligarse de antemano con personas inciertas (L. 65, § 9, D., *eod.)*. En la sociedad *vectigalium*, que es, sobre todo, una sociedad de capitales, eran admitidos otros principios: a la muerte de un asociado, la sociedad continuaba de pleno derecho entre los supervivientes y los herederos del difunto, a menos que su personalidad hubiera sido la causa determinante de la sociedad, o que ella no fuera indispensable para la buena administración de los negocios sociales (Pomponio, L. 59, pr., D., *eod.);* 4.ª Los acontecimientos que, despojando de su patrimonio a un asociado aun vivo, están asimilados a su muerte: son la *maxima* y la *media capitis deminutio*, pero no la *minima* (2); la confiscación, y la *bonorum venditio*, consecuencia de la insolvencia (J., §§ 7 y 8, *ht.);* 5.ª El *mutuo disentimiento*, es decir, la voluntad común de los asociados que están de acuerdo para disolver la sociedad (L. 65, § 3, D., *eod.);* 6.ª La *renuncia* de un asociado. En efecto, nadie está obligado a permanecer en sociedad (3). Si, pues, un asociado se retira, es como si muriera, y la sociedad es disuelta por las mismas razones. Pero es posible que esta renuncia sea fraudulenta, por ejemplo, si se retira en el momento de realizar un beneficio, para aprovecharle solo; o intempestiva, si la hace en una época en que perjudica los intereses sociales. En este caso la regla es que el asociado

---

(6) Gayo, L. 72, D., *pro soc.*, XVII, 2: ... *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet.*

(7) Ulpiano, L. 63, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2: ... *Cum societas quodammodo fraternitatis in se habeat.* Paulo, L. 25, § 16, D., *fam. ercisc.*, X, 2: ... *Quoniam... propter suam partem causam habuit gerendi...*

386. (1) Paulo, L. 70, D., *pro soc.*, XVII, 2: *Nulla societatis in aeternum coitio est.*— Véanse sobre las causas de disolución y su clasificación: Modestino, L. 4, § 1 y Ulpiano, L. 63. § 10, D., *eod.*

(2) Juliano citado por Ulpiano, L. 58, § 2, D., *pro soc.*, XVII, 2. Paulo, L. 65, § 11, D., *eod.*: ... *Adrogatus socius permanet: nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.* Sin embargo, Gayo (III, § 153) declara de una manera absoluta que la *capitis deminutio*, sin distinción, disuelve la sociedad: *quia civili ratione... morti coaequatur.* Pero es verosímilmente la solución primitiva, contra la que ha debido prevalecer la opinión de Juliano.

(3) Alej. Severo, L. 5, C., *com. div.*, III, 37: *In communione vel societate, nemo compellitur invictus detineri...*—Ulpiano, L. 14, D., *pro socio*, XVII, 2.

que renuncia deja a sus coasociados libres para con él en el porvenir; pero él no queda libre para con ellos; queda obligado a comunicarles el beneficio que realice y a participar en las pérdidas de la sociedad (4).

387.—La disolución de la sociedad pone fin a las operaciones sociales, pero no extingue las obligaciones nacidas entre los asociados y que no han sido aún ejecutadas. La acción *pro socio*, que puede ser ejercida en el curso de la sociedad para obligar a un asociado a realizar su aportación o a dar cuenta de un acto de gestión (Paulo, L. 65, § 15, D., *pro socio*, XVII, 2), tiene su principal aplicación, después de la disolución del contrato, para el arreglo definitivo de las obligaciones entre los asociados. Es de buena fe y presenta dos particularidades: a) El asociado demandado goza del beneficio de competencia: no es condenado más que en el límite de su facultades, *in id quod facere potest* (Ulpiano, L. 63, pr., D., *eod.);* b) La condena lleva consigo la nota de infamia (Gayo, IV, § 182).

La acción *pro socio* es insuficiente cuando la sociedad ha creado entre las partes un estado de indivisión del que hay que salir. Si la *partición* no puede hacerse amigablemente, cada asociado tiene derecho de ejercitar contra los demás, para obtenerla, la acción *communi dividundo*, que no nace de la sociedad, sino de la indivisión, y pertenece a todo propietario por indiviso, cualquiera que sea el origen de la comunidad. En virtud de los poderes que le da la fórmula, el juez de esta acción puede *adjudicar* un lote a cada parte. Puede también *condenar* a un asociado a pagar a otro una indemnización por las obligaciones relativas a la cosa común. Si uno de los asociados ha hecho gastos por esta cosa, debe ser indemnizado; si ha recogido sus frutos, debe dar cuenta a los demás.

Cada una de las dos acciones tiene, pues, su dominio propio, y, además, se encuentran sobre un terreno común. Si se trata de obligaciones nacidas fuera de las cosas indivisas, el asociado sólo puede ejercitar la acción *pro socio*. Si quiere obtener la partición, no tiene otro recurso más que la acción *communi dividundo*. Pero si quiere hacer ejecutar una obligación nacida con ocasión de una cosa común, tiene, para obligar a su coasociado, ora la acción *pro socio*, ora la acción *communi dividundo*. En este caso debe optar y no puede ejercitar más que una (Paulo, L. 38, § 1, D., *pro soc.*, XVII, 2). Sin embargo, si ha intentado primero la acción *communi dividundo*, y le es más ventajosa la acción *pro socio*, puede ejercitarla también, pero sólo para obtener el exceso (Ulpiano, L. 43, D., *eod.).*

§ 5.—Del mandato

(I., *de mandato*, III, 26.)

388.—El *mandato* es un contrato por el cual una persona da encargo a otra persona, que acepta, de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones (1). El que da el mandato se llama *mandante, mandator* o *dominus;* el que se encarga de ello se llama *mandatario, procurator*. Este contrato tenía una gran utilidad práctica, pues sucede con frecuencia que una persona está impedida, por enfermedad o por ausencia, de realizar los actos necesarios a la gestión de sus bienes (Ulpiano, L. 1, § 2, *de procur.*, III, 3), y tiene que recurrir a la buena voluntad de un tercero. Así que los poderes confiados al mandatario

(4) Paulo, L. 65, § 3, D., *pro soc.*, XVII, 2: *Casus scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod utique observandum est, si dolo malo renunciato facta sit...*—Ad. L. 65, §§ 5 y 6, D., *eod.*—L. § 4, *ht.*

388. (1) *Mandatum* viene de *manum dare*, dar la mano en señal de confianza y, por extensión, dar poder (Plauto, *Captiv.* act. II, sc. 3).

podían ser más o menos amplios: ya estaba encargado de uno o varios asuntos especiales; ya su mandato era general y comprendía la administración del patrimonio entero (2).

389.—I. *Formación y caracteres del mandato.*—El contrato de mandato es perfecto por el solo acuerdo de las partes. El consentimiento puede ser dado ora *expresamente*, por palabras, por carta o por mensajero; ora *tácitamente*, pues el que sabe que un tercero obra por él y que no se opone a ello, es considerado como dándole un mandato tácito (Ulpiano, L. 6, § 2, D., *mandat.*, XVII, 1). Por lo demás, las partes eran libres de contratar pura y simplemente, a plazo o bajo condición (1).

El mandato no es válido si no reúne los caracteres siguientes:

1.° Debe ser *gratuito*. El mandatario presta un servicio al mandante que ha puesto en él su confianza. Si las partes hubieran fijado un salario, no habría mandato, sino arrendamiento de servicios o contrato innominado (2). Sin embargo, estaba permitido remunerar ciertos servicios que repugnan por su naturaleza a la idea de tráfico, y no pueden ser objeto de un arrendamiento: tales eran los de los profesores, abogados, filósofos. La remuneración tomaba entonces el nombre de *honor;* era reclamada no por la acción *mandati*, sino por una *cognitio extraordinaria:* el magistrado mismo estatuía sobre la demanda (Véanse números 377, 1, y 759).

2.° Debe tener por objeto un acto lícito; si no, es nulo (J., § 7, *ht.*).

3.° En fin, *es preciso que el mandante tenga un interés pecuniario en la ejecución del mandato*. Es un principio general que toda obligación debe procurar al acreedor una ventaja apreciable en dinero: si no tiene interés, no tiene acción. Por tanto, el mandato dado en sólo interés de un tercero no es obligatorio, sino luego que las partes están de acuerdo, y el mandatario no puede ser obligado a ejecutarle. Pero hay un momento en que el contrato adquiere toda su fuerza. Es cuando el mandatario ha empezado voluntariamente su ejecución; desde entonces aparece el interés del mandante, pues es responsable para con el tercero, en cuyos negocios se ha ingerido (3).

390. —Desde este punto de vista, las diferentes variedades del mandato pueden dividirse en dos categorías, según el contrato es inmediatamente productor de obligación o que sólo llega a serlo por un comienzo de ejecución:

1.° Es inmediatamente obligatorio cuando es dado: a) En interés del mandante solo: tal es el mandato de llevar los negocios del mandante, o de ponerse por fiador de él (J., § 1, *ht.);* b) En interés del mandante y de un tercero; por ejemplo, si el mandato tiene por objeto administrar un fondo común entre el mandante y un tercero, o de afianzar una deuda común (I, § 4, *ht.);* c) En interés del mandante y del mandatario: tal es el caso en que un fiador perseguido por el acreedor le da mandato de obrar contra el deudor principal a riesgos y peligros suyos, *periculo mandantis* (V. n.° 325, 2, a). He aquí otro ejemplo: Mevio, deudor de mil sestercios, delega a Sempronio hacia su acreedor; es decir,

(2) Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de procur.*, III, 3: *Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest...*

389. (1) Sin embargo, según Gayo, el mandato que debía ser ejecutado *post mortem mandantis* era nulo en el Derecho clásico, como la estipulación *post mortem stipulantis*, y por la misma razón (Gayo, III, § 158.—V. n.° 304, 3, *b);* pero esta nulidad no era universalmente admitida (Marcelo, citado por Ulpiano, L. 12, § 17, D., *mandat.*, XVII, 1), y ha desaparecido bajo Justiniano.

(2) Paulo, L. 1, § 4, D., *mandat.*, XVII, 1: *Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio, atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces; intervenientе enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.*

(3) Ulpiano, L. 8, § 6, D., *mandat.*, XVII, 1: *Mandati actio tunc competi, cum caepit interesse ejus qui mandavit; ceterum, si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit quatenus interest...*

que da mandato al acreedor de estipular de Sempronio los mil sestercios a sus riesgos y peligros, *periculo mandantis*, Mevio es librado de su deuda primitiva, y el acreedor tiene en lo sucesivo dos deudores en vez de uno; pues si no puede hacerse pagar por Sempronio, tendrá recurso contra el mandante Mevio por la acción *mandati contraria* (I, § 2, *ht.*— V. n.º 506, d).

2.ª Al contrario, el mandato no produce obligación sino después de un comienzo de ejecución, si es dado: a) En solo interés de un tercero; por ejemplo, si el mandatario está encargado de administrar los asuntos de un tercero, de ponerse por fiador suyo (J., § 3, *ht.)*; b) En interés del mandatario y de un tercero; tal es el mandato de prestar a interés dinero a un tercero. El mandatario encuentra una colocación ventajosa, y el tercero, el dinero que necesita: es el mandato *credendae pecuniae* (I, § 5, *ht.)* (1).

En cuanto al mandato que sólo interesa al mandatario, no es más que un simple consejo que no tiene nada de obligatorio, y el que le da no es responsable más que de su dolo (2).

391.—II. *Efectos del mandato.*—El mandato es un contrato sinalagmático imperfecto. Produce una obligación esencial a cargo del mandatario: la de ejecutar el mandato. Incidentalmente, el mandante puede ser obligado a indemnizar al mandatario.

1. *De la obligación del mandatario.*—Debe ejecutar el mandato y dar cuenta de él al mandante, que tiene contra él, para obligarle, la acción *mandati directa.* Esta acción implicaba una condena infamante (Gayo, IV, § 182).

a) Para ejecutar el mandato, el mandatario debe realizar la operación de que le han encargado, sin salir de los límites que le han sido asignados. Si los ha excedido, es considerado como incumplidor de su obligación. Se expone a daños e intereses, a la infamia resultante de la condena, y no puede hacerse indemnizar de sus desembolsos (1).

Los sabinianos aplicaban esta solución rigurosa en el caso en que el mandatario, encargado de comprar una cosa por un cierto precio, la había comprado a un precio superior. Para ellos había inejecución del mandato. El mandante no podía ser obligado a aceptar la adquisición, aun por el precio que había fijado (Gayo, III, § 161). Pero los proculeyanos hicieron prevalecer una solución más suave para el mandatario, y que no podía dañar al mandante: el mandatario puede hacer considerar el mandato como ejecutado en los límites convenidos, haciendo el sacrificio del excedente del precio (Gayo, L. 4, D., *mand.*, XVII, 1 y I, § 8, *ht.)*. Es necesario agregar que el mandatario ejecutó bien el mandato si compra en condiciones más ventajosas (Paulo, L. 5, § 5, D., *eod.)*.

b) Cuando el mandato está ejecutado, el mandatario debe dar cuenta al mandante, es decir, entregarle todo lo que ha adquirido para

---

390. (1) Véase, para el estudio del *mandatum credendae pecuniae*, el número 396.

(2) Gayo, III, § 156: *Si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum.* L. 2, § 6, D., *mandat.*, XVII, 1. Ulpiano, L. 47, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17.

391. (1) Paulo, L. 5, pr., D., *mandat.*, XVII, 1: *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur, et, si susceptum non impleverit, tenetur.* Gayo, L. 41, D., *eod.*

N. del T.—Además de las especies de mandato citadas por el autor, los textos reconocen otras, como las de expreso y tácito, por el modo de manifestarse el consentimiento: especial y general por la extensión del asunto, denominándose lo primero si tiene por objeto uno solo o algunos asuntos determinados, y lo segundo, cuando comprende un conjunto de asuntos o todos los asuntos del mandante *(procurator omnium bonorum)*.

Los autores llaman al mandato, teniendo en cuenta la persona en cuyo interés se confiere, simple, si aprovecha sólo al mandante, o mixto si redunda en beneficio del mandante y mandatario, del mandante y un tercero, o de los tres al mismo tiempo (D., XLVI, 3, 1, 12).

él (2). Si ha recibido dinero, debe entregárselo; si se ha hecho propietario de cosas corporales, debe transferirle la propiedad por tradición, mancipación o *in jure cessio*, según su naturaleza. Si ha adquirido un crédito, debe cederle las acciones (Ulpiano, L. 8, § 10; Paulo, L. 45, pr., y L. 59, pr., D., *eod.*).

c) En la ejecución de su obligación, el mandatario es responsable de su dolo y de toda falta. Sin embargo, no está interesado en el contrato, presta un servicio gratuito, y no debería responder más que de su dolo, como el depositario. Tal fué seguramente el parecer de ciertos jurisconsultos (Modestino, *Lex Dei*, X, 2, § 3). Pero otros hicieron prevalecer una doctrina más severa, y con razón, pues el mandatario, en quien el mandante pone toda su confianza, debe merecerla por sus cuidados; se compromete a ello tácitamente aceptando el mandato, que es libre de rehusar (3).

2. *De la obligación del mandante.*—Debe hacer de manera que el mandato no cause al mandatario ningún perjuicio. Si, pues, el mandatario hace gastos justificados, o ha sufrido pérdidas a causa de la ejecución del mandato, el mandante debe indemnizarle de ellas (Gayo, L. 27, § 4, D., *mandat.*, XVII, 1). Si el mandatario ha contraído obligaciones, debe procurarle su liberación, ejecutándolas o tomándolas a su cargo mediante una novación (Paulo, L. 45, §§ 2 a 5, *eod.*).—V. n.º 506, d). Es además responsable de toda falta para con el mandatario, puesto que está interesado en el contrato. Su obligación es sancionada por la acción *mandati contraria*, que no es infamante como la acción directa (Ulpiano, L. 6, § 7, D., *de his qui not.*, III, 2).

392.—III. *De las relaciones del mandante y del mandatario con los terceros.*—En nuestro Derecho actual, el mandante está representado por el mandatario. Es considerado como habiendo tratado con los terceros por intermedio del mandatario, y las consecuencias del acto se realizan directamente en su persona. Pero esta idea de *representación* no es admitida en Derecho Romano, en el que la regla general es que una persona *sui juris* no puede adquirir más que por sí misma y no puede obligar más que a sí misma (1). Resulta de esto que el mandatario no representa al mandante. Las relaciones creadas por el mandato entre las partes son extrañas a los terceros, que no tienen negocio más que con el mandatario. Él solo es quien se hace propietario, acreedor o deudor, según la naturaleza del acto realizado. Pero como, en suma, obra por el mandante y no por sí mismo, hemos visto que está obligado a transmitirle el beneficio de la operación, y que el mandante debe descargarle de las obligaciones que ha contraído.

Esta teoría, lógica en su principio, tenía inconvenientes prácticos. Además de las complicaciones y lentitudes que resultaban, el mandante no tenía acción contra los terceros, ni los terceros contra él, y todos estaban expuestos a los riesgos de la insolvencia del mandatario. Así que, aunque el principio no haya desaparecido nunca en Derecho Romano, las consecuencias han sido atenuadas en interés de la equidad.

393.—Hemos expuesto ya cómo fué admitido que la posesión primero, y la propiedad después, podían ser adquiridas o transferidas por mandatario (V. n.º 261). Igualmente se realizó un progreso en materia

---

(2) Paulo, L. 20, pr., D., *mandat.*, XVII, 1: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet...*

(3) Cicerón, *Pro Rosc. Amer.*, 38, 39. Ulpiano, L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17.—Diocleciano, L. 13, C., *mandat.*, IV, 35: *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.*

392. (1) Era distinto entre el jefe de la familia y las personas colocadas bajo su poder, porque, en Derecho civil, son considerados como no formando más que una persona jurídica (V. n.º 304, nota 6).

de obligaciones. Cuando el mandatario había contratado con un tercero, se acabó por dar acción al tercero contra el mandante, y acaso también al mandante contra el tercero.

La reforma salió de una institución pretoriana. Sucedía con frecuencia que un jefe de familia pusiera a su esclavo o a su hijo bajo potestad a la cabeza de un comercio. El tercero, que contraía con este encargado o *institor*, no tenía contra él más que un derecho ilusorio, puesto que el esclavo no se obliga civilmente por contrato, y el hijo de familia, que se obliga, no tiene patrimonio. Por otra parte, no podía obrar contra el comisionante, porque un *alieni juris* no obliga al jefe de familia (Véase número 479). Pero el comisionante había autorizado tácitamente al *institor* a hacer todos los actos relativos al comercio, por lo que muy a menudo los terceros sólo trataban con el esclavo en consideración al dueño; era, pues, equitativo que quedara obligado por los contratos del *institor*. Eso es lo que decidió al pretor. Permitió al tercero, convertido en acreedor al contratar con el *institor*, ejercitar contra el jefe de familia la acción nacida del contrato bajo el nombre de acción *institoria* (1). El edicto aplicaba la misma solución en el caso en que el jefe de familia había puesto a la cabeza del comercio al esclavo ajeno o a un hombre libre (Gayo, IV, § 71). Desde entonces era natural no restringirla a las operaciones comerciales y aplicarla también cuando una persona libre estaba encargada de realizar una serie de actos de otra naturaleza, o aun un acto aislado; en resumen, a todos los casos de mandato. Papiniano es el primero que admitió esta extensión: permitió al tercero, convertido en acreedor como consecuencia de un contrato con el mandatario, obrar contra el mandante *ad exemplum institoriae actionis*, ejercitando la acción *institoria utilis* o *quasi-institoria*, El parecer de Papiniano fué aceptado y se generalizó (2).

Este progreso debía arrastrar otro. En efecto, la situación ya no era igual cuando el mandatario era un hombre libre. El tercero, hecho acreedor contratando con él, tenía contra el mandante la acción *quasi-institoria*. Pero si el tercero se había hecho deudor, el mandante no tenía acción contra él, y únicamente podía hacerse ceder la acción del mandatario. La equidad exigía que se tuviera esta cesión por realizada, y que el mandante pudiera ejercer, *utilitatis causa*, contra el tercero, la acción nacida del contrato. Es, a nuestro parecer, lo que se acabó por admitir, al menos en todos los casos en que la cesión de las acciones era *obligatoria* para el mandatario. La solución es dada por Ulpiano, y ha pasado al Derecho de Justiniano, puesto que el texto que la consagra ha sido insertado en el *Digesto* (3).

394.—Según estas nuevas reglas, el tercer acreedor puede, pues, obrar contra el mandatario, ya directamente, ya por la acción *quasi-*

---

393. (1) Esa es sólo una parte de la reforma del pretor, la única de que tenemos que hablar aquí con ocasión del mandato. El conjunto está expuesto en los números 480 y *siguientes*.

(2) Papiniano, L. 10, § 7, D., *mandat.*, XVII, 1. L. 19, pr., D., *de instit. act.*, XIV. 3. L. 31, pr., D., *de negot. gest.*, III, 5. Diocleciano, L. 5 y 6, C., *de instit. act.*, IV, 25, año 294.

(3) Ulpiano, L. 13, § 25, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *Si procurator vendiderit et caverit emptori: quaeritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus lib.* 3. *Responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem exempto actionem domino competere.* A pesar de la afirmación de Ulpiano, esta doctrina es controvertida por varios autores. Para ellos, el principio según el cual el mandatario sólo es acreedor ha subsistido siempre aun bajo Iustiniano; está constatado por Ulpiano mismo (L. 1, D., *de inst. act.*, XIV, 3) y más tarde aún por Diocleciano (L. 1, C., *per quas pers.*, IV, 27, año 290).—Pero nos parece difícil apartar el texto tan claro de la L. 13, § 25, en que la solución de Ulpiano completa de una manera racional todo el progreso ya realizado en esta materia.

institoria contra el mandante. Viceversa, si es deudor, puede ser perseguido ya directamente por el mandatario, bien *utiliter* por el mandante. Pero no puede ejercitar ni sufrir las dos acciones. Tiene, por decirlo así, dos deudores o dos acreedores correales: el ejercicio de una de las acciones extingue la otra, y el pago extingue a las dos, pues no hay más que una deuda (1).

A pesar de este progreso, el Derecho Romano no llegó nunca a admitir en los contratos el derecho de representación. La persona del mandatario no está puesta fuera de causa; siempre es en él en quien se realizan los efectos del acto cumplido, y sólo por extensión, y mediante acciones útiles, son comunicados al mandante. Sin embargo, no ha quedado extraña al Derecho Romano, en esta materia, la idea de una representación completa, y se puede citar al menos una aplicación cierta. Si una persona encarga a un mandatario prestar en su nombre dinero a un tercero, poco importa que el mandatario haya dado en *mutuum* su dropio dinero o el dinero del mandante: es el mandante quien se hace acreedor al prestatario; el mandatario está fuera de causa (2).

395.— IV. *De la extinción del mandato.*—El mandato acaba naturalmente por la realización del acto de que está encargado el mandatario. Puede también tener fin antes de ser ejecutado, o cuando sólo ha recibido un comienzo de ejecución. Cuando es así, las obligaciones ya nacidas y no ejecutadas no son anuladas (1). Pero estando disuelto el contrato, ya no se producen nuevas.

Las causas que pueden traer la extinción del mandato son: 1.ª El *mutuo disentimiento;* 2.ª La *voluntad del mandante,* que tiene el derecho de revocar el mandato a su gusto (2). El mandatario obra válidamente mientras ignore la revocación (Paulo, L. 15, D., *mand.*, XVII, 1); 3.ª La *voluntad del mandatario,* que puede renunciar a cumplir el mandato con tal que no resulte ningún daño para el mandante, si no le debe una indemnización, a menos que haya tenido un motivo legítimo para renunciar (I, § 11, *ht.);* 4.ª La *muerte* del mandante o del mandatario, pues el mandato implica una confianza personalísima, que no puede sobrevivir a una de las partes. El mandatario continúa, por lo demás, obrando válidamente mientras no esté informado de la muerte del mandante (I, § 10, *ht.).*

396.—V. *Del «mandatum pecuniae».*—Entre las diferentes aplicaciones del mandato, el *mandatum credendae pecuniae* presenta un interés especial. Está unido al afianzamiento, del que es una forma. Sabemos que las garantías personales fueron organizadas pronto entre los romanos, que tenían señalada preferencia por ellas. Pero la *sponsio* y la *fidepromissio* obedecían a principios rigurosos que trajeron su desuso antes del fin de la época clásica. La *fidejussio* misma tenía inconvenientes: a) Sólo podía realizarse por estipulación, es decir, que exigía la presencia de las partes; *b)* El fiador se comprometía a pagar la misma

---

394. (1) Ulpiano, L. 1, § 17, D., *de exerc. act.*, XIV, 1: *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.* § 24, *eod.*: ... *Et ideo, si cum utro actum est, cum altero agi non potest.*

(2) Paulo, L. 126, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur.* Ad. Ulpiano, L. 9, § 8, D., *de reb. cred.*, XII, 1. Fuera del mandato, la idea de representación aparece también, pero menos completamente aplicada, a propósito de la gestión de tutores y curadores. Cuando está terminada la tutela, las acciones resultantes de los contratos hechos por el tutor son todas *utiliter* al pupilo hecho púber, o contra él, y el tutor puede rechazar la persecución de los terceros acreedores (V. n.º 110, *in fine*, y nota 5). Lo mismo es para los curadores de los menores (L. 1, C., *quando ex fact.*, V. 39).

395. (1) Paulo, L. 58, pr., D., *mand.*, XVII, 1: ... *Quia mandatum, morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur.*

(2) Véase, sin embargo, para el *adjectus solutionis gratia,* el número 303, *in fine.*

cosa que el deudor principal; había unidad de objeto en las deudas y, cuando el acreedor perseguía a uno de los coobligados, los demás eran libres por efecto de la *litis-contestatio*.

El mandato permitió dar una caución al acreedor, evitando estos dos inconvenientes. He aquí cómo Mevio quiere pedir dinero a Ticio, que exige una caución. Sempronio consiente en desempeñar este papel, y da mandato a Ticio de prestar a Mevio. Sempronio, en lugar de ser fiador, es un *mandator credendae pecuniae;* pero es siempre una caución, una garantía personal para el acreedor (1). En efecto, Ticio tiene por deudor principal al prestatario Mevio, obligado por contrato de *mutuum*, y puede, en calidad de mandatario, perseguir a Sempronio, el mandante, por la acción *mandati contraria*, para que le indemnice de las consecuencias del mandato. (2)

El *mandatum credendae pecuniae* tenía sobre la fianza las ventajas siguientes: *a)* Podía ser realizado entre ausentes, por carta o por mensajero, pues el mandato es un contrato consensual.—*b)* El acreedor, que persigue al prestatario, no pierde el derecho de obrar contra el *mandator* y recíprocamente. Pues cada obligación tiene un objeto distinto; el prestatario debe devolver la cantidad prestada; el *mandator* debe indemnizar al mandatario del perjuicio que le ha causado el mandato. El acreedor puede también, si tiene varios *mandatores*, perseguirlos sucesivamente, hasta que haya sido completamente desinteresado (3). Por la misma razón, el *mandator* que paga no libera de pleno derecho al deudor principal, puesto que sus deudas no tienen el mismo objeto (Papiniano, L. 28, D., *mandat.*, XVII, 1). Pero si el acreedor desinteresado persigue a este deudor, la acción debe ser rechazada por una excepción de dolo.

397.—Los *mandatores* estaban, bajo otros respectos, en la misma situación que los fiadores. *a)* Obligados *in solidum*, y susceptibles de ser perseguidos antes que el deudor principal, tuvieron el beneficio de *división* a partir de Adriano (L. 3, C., *de const. pec.*, IV, 18), y el beneficio de *discusión* bajo Justiniano (Nov. 4, C., 1).—b) El *mandator* sólo se ha comprometido en interés del deudor principal; puede, pues, si ha pagado, recurrir contra él, bien por la acción *mandati contraria*, bien por la acción *negotiorum gestorum contraria*, según los casos —V. n.º 326 1). Goza también del beneficio de *cesión de acciones*, es decir, que pagando al acreedor puede tener la cesión de sus acciones contra el deudor principal (V. n.º 396, nota 3). Pero había a este propósito una diferencia entre el fiador y el *mandator*. El acreedor está obligado a conservar sus acciones en provecho del *mandator*. Si las ha dejado perecer o hacerse ineficaces, el *mandator* puede rehusar pagarle. El fiador, al contrario, debe contentarse con las acciones que el acreedor ha conservado. Es que la estipulación es un contrato unilateral y de estricto derecho, el acreedor no debe nada al fiador; mientras que el mandato es sinalagmá-

---

396. (1) Juliano, L. 32, D., *mandat.*, XVII, 1: ... *Neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens mandet.*

(2) La validez de este mandato no fué admitida sin resistencia. Servio lo trataba como un simple consejo, que no obligaba al mandante. Pero Sabino lo considera como obligatorio, y la utilidad práctica de esta solución la hizo prevalecer (Gayo, III, § 156). Hay que observar además que, no estando el mandante interesado en la operación, no puede forzar al mandatario a ejecutarla. El interés del mandante sólo aparece después que el mandatario ha ejecutado voluntariamente el mandato, y la acción *mandati contraria* es la única que nace de este contrato (Véause números 398, 3 y 390, 2).

(3) Juliano, L. 13, D., *de fidejus.*, XLVI, 1: *Si mandatu meo Titio decem crediderís, et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor. sed in id duntaxat obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*— Ad. Papiniano, L. 52, § 3, D., *eod.*

tico y de buena fe, el acreedor está obligado como mandatario y responsable de su falta para con el *mandator* (1).

398.—A pesar de estas ventajas, el *mandatum credendae pecuniae* no hizo desaparecer la fianza, pues su dominio era más restringido. La fianza puede acceder a una obligación cualquiera ya creada. El mandato, al contrario, precede necesariamente a la formación de la obligación que está destinado a garantizar. Así, cuando un acreedor que se había fiado en la solvencia de un deudor perdía esta confianza, y quería exigir de él una garantía personal, no podía ya recurrir al mandato; pero podía aún usar de la fianza. Tenía, pues, lugar, en Derecho Romano, para otra forma de afianzamiento que tuviera las ventajas del mandato sin tener este inconveniente: es el *constituto debiti alieni* (V. n.° 413).

Sección V.—De las demás convenciones sancionadas.

§ I.— De las convenciones sancionadas por el Derecho civil.

399.—El Derecho civil no se ha limitado a sancionar las cuatro clases de contratos que acabamos de estudiar. Ha dado también fuerza obligatoria a otras convenciones, ya porque estaban unidas a un contrato: son los *pacta adjecta;* bien porque habían sido ejecutadas por una de las partes: son los *contratos innominados.*

I.—De los "pacta adjecta".

400.—Sabemos que, en principio, el simple pacto no es sancionado por el Derecho civil. Es una regla formulada frecuentemente por los textos: *ne ex pacto actio nascatur* (V. n.° 268, nota 3). Aquel en cuyo provecho ha intervenido un pacto no puede, pues, prevalerse de él por vía de acción. Pero, en derecho natural, toda convención lícita es obligatoria Por consiguiente, la parte que ejecuta lo que ha prometido por simple pacto hace un pago válido y no puede ya reclamar lo que ha pagado. Por otra parte, si el objeto del pacto es de tal naturaleza que pueda ser invocado como medio de defensa por una de las partes, tiene derecho de prevalerse de él bajo forma de excepción (1). Tales son los efectos ordinarios de un pacto aislado.

401.—Pero se puede suponer que estando hecho un contrato, las partes han querido modificarle o completarle por una convencion posterior. Es natural que este pacto, que va unido a un contrato, sea visto con más favor que un pacto aislado. Esta idea, aceptada por ciertos jurisconsultos al final de la República, se generaliza en el siglo II de nuestra era, y se admite que el pacto unido al contrato es sancionado, en muchos casos, como el contrato mismo, con tal que sea lícito (1).

Para determinar en qué límites fué realizado este progreso hay que observar que un pacto puede ir unido a un contrato *in continenti* o *ex intervallo:* a) *In continenti*, es decir, ya al principio mismo del contrato, *in ingressu contractus* (Ulpiano, L. 7, § 5, D., *de pact.*, II, 14), ya antes

---

397. (1) Papiniano, L. 95, § 11, D., *de solut.*, XLVI, 3. V. n.° 327. En nuestro Derecho actual, en que los contratos son de buena fe, es la situación admitida en Derecho Romano para los *mandatores* la que es regla para las cauciones.—Cf. art. 2.037, C. C.

400. (1) Ulpiano, L. 7, § 4, D., *de pact.*, II, 14: *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

401. (1) Así queda siempre nulo el pacto en virtud del cual el deudor no es responsable de su dolo.—V. n.° 460, nota 1.

que termine el asunto, ya después de su conclusión, pero antes de que las partes hayan procedido a otros actos; b) *Ex intervallo*, es decir, cuando hace cierto tiempo que está formado el contrato, o cuando las partes se han entregado a otras ocupaciones, cualquiera que sea por otra parte la duración del intervalo transcurrido.

El pacto que se une a un contrato *ex intervallo*, después de un lapso más o menos largo de tiempo, no es en resumen para las partes contratantes más que la expresión de una nueva voluntad. Es como un nuevo contrato; por tanto, salvo excepción, para que sea sancionado, tiene que estar revestido de las formas de un contrato: si no, no produce más efecto que un pacto aislado. Al contrario, el pacto unido al contrato *in continenti* sólo es la continuación, el complemento de la voluntad de las partes, que acaso no hubieran contratado sin esta cláusula. Es, pues, natural que forme cuerpo con el contrato y que sea sancionado como él. Veamos cómo fué aplicada esta solución, primero en los contratos de buena fe, luego en los contratos de derecho estricto.

1. *De los pactos unidos a un contrato de buena fe.*—1. El pacto unido *in continenti* a un contrato de buena fe forma parte integrante de él. Da la misma medida de obligación, y el acreedor puede reclamar su ejecución por la acción nacida del contrato (2). Así, en una venta mediante pacto hecho *in continenti*, ha sido convenido que el comprador suministraría fiadores para garantizar el pago del precio: el vendedor tiene la acción *venditi* para obtener la seguridad prometida. Hemos visto ya que esta solución fué ampliada, tras algunas vacilaciones, aun a los pactos resolutorios de la venta: cuando son hechos *in continenti*, el vendedor puede perseguir su ejecución por la acción *venditi* (Véanse números 372 y 373).

2. El pacto unido *ex intervallo* a un contrato de buena fe sólo tiene el valor de un pacto aislado. No da acción. Pero cuando la parte a quien aprovecha tiene el papel de demandado, puede valerse de ello oponiendo a la acción del acreedor la excepción *pacti* (3). Así, tras una venta, las partes convienen *ex intervallo* que el vendedor, al proporcionar la *cautio duplae*, deberá dar un fiador; el comprador no tiene la acción *empti* para exigirlo, pero si no ha pagado el precio y es perseguido por el vendedor, puede oponerle la excepción *pacti* y negarse a pagar en tanto que el vendedor no haya suministrado el fiador que ha prometido (Papiniano, L. 72, pr., *de contr. empt.*, XVIII, 1).

Sin embargo, hay que señalar una hipótesis en que el pacto, unido *ex intervallo* a un contrato de buena fe, producía pleno y entero efecto, y era sancionado como el contrato mismo. Es cuando se trata de un contrato consensual, y las partes, antes de iniciar la ejecución, han modificado por un pacto uno de los elementos esenciales; en este caso se consideran como habiendo disuelto el primer contrato y haber formado uno nuevo (4). Se comprenden desde entonces las condiciones a que está sujeta esta excepción: a) Sólo se aplica a los contratos consensuales, que pueden formarse y disolverse por un simple acuerdo de voluntades; b) El pacto debe recaer sobre un elemento esencial del con-

(2) Ulpiano, L. 7, § 5, D., *de pact.*, II, 14: *... Interdum (pactio) format ipsam actionem ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis; sed hac sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt etiam ex parte actoris insint.*

(3) Ulpiano, L. 7, § 5, *in fine*, D., *de pact.*, II, 14: *... Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur parere, exceptiones.* Máximino, L. 13, C., *de pact.*, II, 3: *In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit.*

(4) L. 72, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1: *Paulus notat; si omnibus integris manentibus del augendo vel diminuendo pretio rursum conventi, recessum a priore contactu, et nova emptio intercessise videur.* Ulpiano, L. 7, § 6, D., *de pact.*, II, 15.

trato; de otro modo, el contrato primitivo subsistiría entero (5); c) En fin, debe intervenir *omnibus integris* ante todo comienzo de ejecución, porque ejecutando el contrato primitivo, aun parcialmente, las partes lo han ratificado y no pueden ya disolverlo.

II. *De los pactos unidos a un contrato de derecho estricto.*—Las obligaciones nacidas del *mutuum*, de la estipulación y del contrato *litteris*, tienen una medida fija e invariable, que es indicada por la *mutui datio*, por las palabras o por la escritura. No se puede deber ni más ni menos que lo que se ha determinado por las solemnidades del contrato (n.° 348, nota 3). Por consiguiente, el pacto unido a un contrato de derecho estricto no podía ser tratado tan favorablemente como si hubiera estado unido a un contrato de buena fe. Esta solución rigurosa no parece haberse modificado para el antiguo contrato *litteris*, caído muy pronto en desuso. Pero terminó por ser sensiblemente atenuada para la estipulación y el *mutuum;* al menos, en favor de los pactos unidos *in continenti* a estos contratos.

a) *En cuanto a la estipulación*, Paulo, en un texto célebre, la ley *Lecta* (L. 40, D., *de reb. cred.*, XII, 1), refiere un caso en que el pacto, unido *in continenti* al contrato, había fraccionado el capital estipulado en prestaciones mensuales. El jurisconsulto hizo decidir que este pacto formara parte con la estipulación, y que de pleno derecho el acreedor no pudiera obrar al cabo del mes más que por la cantidad vencida. Sin duda, se trata aquí de un pacto favorable al deudor; pero la solución está formulada de una manera general, lo que permite creer que era aplicable a cualquier otro pacto (6). Estamos, pues, autorizados a deducir que el pacto, unido *in continenti* a una estipulación, ha terminado por formar parte integrante de ella, y que esta teoría, combatida por algunos jurisconsultos, ha prevalecido al principio del siglo III de nuestra era.

b) Para el *mutuum*, fué realizado el mismo progreso, pero de una manera menos completa. Así, un pacto unido *in continenti* al contrato puede establecer la correalidad entre prestatarios (Paulo, L. 71, pr., D., *fidejus.*, XLVI, 1). Modestino comprueba la validez del pacto en virtud del cual el prestatario está autorizado a hacer pagos parciales (L. 41, § 1, C., *de usur.*, XXII, 1). En fin, en el *mutuum* de géneros se admite bajo Alejandro Severo que un pacto hecho *in continenti* puede obligar al prestatario a devolver más de lo que ha recibido (V. n.° 350). Pero, en caso de *mutuum* de dinero, siempre ha sido cierto que un simple pacto no permitía al acreedor exigir intereses, salvo en ciertos casos excepcionales, que hemos señalado al estudiar este contrato (V. n.° 350, *in fine*).

II.—De los contratos innominados.

402.—Cuando dos personas han convenido hacerse prestaciones recíprocas, por ejemplo, que una cederá a la otra el esclavo Stico, para recibir el campo Corneliano, este convenio, como todos los pactos ais-

(5) Los elementos esenciales *substantia* son necesarios a la existencia del contrato; es, por ejemplo, la cosa y el precio en la venta. Se los opone a los *adminicula*, que las partes pueden suprimir del contrato o agregarlo sin que deje de existir; por ejemplo, la *cautio duplae* en la venta, la obligación para una de las partes de dar un fiador. Cf. Papiniano, L. 72, pr., D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.

(6) Paulo, L. 40, pr., D., *de reb. cred.*, XII, 1: ... *Dicebam quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur...*—Ad. L. 4, § 3, D., *de pact.*, II, 14.

lados que no forman un contrato consensual, no tiene en principio nada de obligatorio. Pero si una de las partes ejecuta lo que ha prometido, enriquece a la otra: desde entonces se hace equitativo que la que ha recibido la prestación esté civilmente obligada a cumplir su promesa. Hay algo análogo a un contrato *re*, y la prestación suministrada por una de las partes se convierte para la otra en causa suficiente de obligación. El Derecho civil ha llegado a sancionar en este caso la convención y a dar acción a la parte que ha ejecutado, para obligar a la otra a cumplir su compromiso. Así es como han nacido nuevos contratos que los jurisconsultos califican de *contractus incerti* (Ulpiano, L. 9, pr., D., *de reb. cred.*, XII, 1), o *negotia nova* (Gayo, L. 22, D., *de pr., verb.*, XIX, 5), y que los comentaristas han llamado los *contratos innominados*, porque no entran en ninguna de las cuatro clases de contratos que habían recibido un nombre particular.

El *contrato innominado* es, pues, una convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados, y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca. Esta prestación puede ser bien una *datio*, bien un *hecho* (V. n.° 264, *in fine*). Combinando estas dos ideas, se pueden reducir los contratos innominados a cuatro grupos de operaciones: *do ut des, do ut facias; facio ut des, facio ut facias* (Paulo, L. 5, pr., D., *de pr. verb.*, XIX, 5).

La teoría de los contratos innominados no ha sido admitida sin vacilación y sin resistencia. Propuesta al principio del Imperio, sólo fué definitivamente consagrada hacia el fin de la época clásica; y aun acaso solamente en el Derecho de Justiniano (V. n.° 404, nota 5). Los fragmentos de los jurisconsultos insertos en el *Digesto* llevan la huella de las disidencias y Gayo no habla de los contratos innominados en sus *Instituciones*. Hay que exponer, pues, el desarrollo histórico de estos contratos antes de estudiar sus reglas.

403.—I. *Desarrollo histórico de los contratos innominados.*—Una persona ha ejecutado voluntariamente una convención sinalagmática no sancionada: ¿qué recurso le ofrece el Derecho Romano para que la otra parte no se enriquezca a su costa? Dos soluciones son posibles: a) obligar a la otra parte a suministrar lo que ha prometido en cambio; es reconocer fuerza obligatoria a la convención; es admitir la idea de contrato; b) Dar a la parte que ha ejecutado un medio de ser indemnizada; es negar efecto a la convención; es rechazar toda relación contractual entre las partes.

Sin embargo, esta segunda solución es la única que admitió el Derecho Romano durante mucho tiempo. He aquí cómo era aplicada:

Hay que distinguir si la prestación efectuada ha consistido en una *datio* o en un hecho: a) Si es una *datio*, el que la ha hecho está autorizado a recobrar lo que ha dado, ejerciendo la *condictio ob rem dati* (1). Esta *condictio* no es más que una variedad de la *condictio sine causa*. Está fundada sobre este hecho, que la propiedad de una cosa ha sido transferida por una causa que ha dejado de existir, y que debe ser restituída; es la equidad la que le sirve de base (2); b) Si es un hecho, la parte que le ha efectuado no puede ejercer la *condictio ob rem dati*, pues la idea de restitución es inaplicable a un hecho realizado (3). Quedaba,

---

403. (1) Esta *condictio* es así llamada porque tiene por fin reclamar lo que ha sido dado *ob rem*, en vista de obtener una prestación equivalente. Se la llama también *condictio causa data causa non secuta*; el que ha ejecutado, *dedit causam; causa non secuta est.*

(2) Paulo, L. 65, § 4, D., *de cond. indeb.*, XII, 6: *Quod ob rem datur ex bono et aequo habet repetitionem; veluti si dem tibi ut aliquid facias, nec feceris.*

(3) Sin embargo, el hecho que consiste en una remisión de deuda por *acceptilatio* es asemejada a una *datio*, y permite el ejercicio de la *condictio ob rem dati*, para hacer restablecer la obligación extinguida. Javoleno, L. 10, D., *de cond. caus. dat.*, XII, 4.

pues, desprovista de todo recurso. Es verdad que hacia el fin de la República, la *actio de dolo*, creada por Aquilio Gallo, vino a proporcionarle uno (Paulo, L. 5, § 3, D., *de pr. verb.*, XIX, 5). Pero era a la vez una vía demasiado rigurosa e insuficiente, pues, por una parte, esta acción implicaba una condena infamante; por otra parte, era anual y fundada en el dolo del demandado.

404.—Al principio del Imperio, ciertos jurisconsultos proponen una solución más lógica y equitativa. Consideran la ejecución voluntaria del convenio por una de las partes como causa suficiente para obligar civilmente a la otra parte. Desde entonces, la convención así ejecutada por una de las partes se convirtió en *contrato*.

Parece que fué el jurisconsulto Aristón, bajo Trajano, quien definió con más autoridad la teoría del contrato innominado. Pero esta doctrina estuvo lejos de reunir todos los sufragios. Aristón mismo no la proponía más que para los *negotia do ut des* y *do ut facias* (1). Sin duda, es, como se ha pensado con razón, porque la *datio* ejecutada en semejante caso presentaba analogía con la del *mutuum*, y no era apartarse sensiblemente de las reglas del Derecho civil el admitir que había contrato. Pero para los *negotia facio ut facias* y *facio ut des*, faltaba esta analogía, y, si la lógica exigía que estas operaciones fueran tratadas como las demás, los jurisconsultos no se mostraron menos rebeldes durante mucho tiempo a esta solución. Cedieron primero para los *negotia facio ut facias* (L. 5, § 4, D., *de pr. verb.*, XIX, 5). Pero la resistencia duraba todavía para los *negotia facio ut des* al principio del siglo III, sin que sea fácil discernir el motivo. Paulo se niega claramente a admitir en esta hipótesis la idea de contrato, y no da como recurso al autor del hecho más que la acción *de dolo* (L. 5, § 3, D., *eod.)*. Sin embargo, la teoría de los contratos innominados debía triunfar, aun para los *negotia facio ut des*. Ulpiano la acepta en efecto (L. 14, D., *eod.)* y Alejandro Severo la consagra por un rescripto (2).

Mientras los jurisconsultos estaban en desacuerdo sobre el principio mismo de los contratos innominados, se dividían también sobre la acción que convenía conceder al acreedor, en los casos en que se entendían para sancionarlos. Unos le daban una acción nueva, propuesta por Labeón, y llamada por los textos *actio civilis in factuum, o actio civilis incerti*, o *praescriptis verbis* (3). Otros, sobre todo los sabinianos, la rechazaban. Para dar satisfacción al acreedor, trataban a veces de asimilar la operación a un contrato nominado, y le ofrecían la acción de este contrato; así es como querían tratar el cambio, *do rem ut des rem*, como la venta (V. n.º 360, 2, *a)*. En general, ofrecían al acreedor una acción *in factuum* (4). La solución de Labeón acabó por prevalecer, pues, para contratos nuevos, era lógico tener una acción nueva, con sus reglas propias.

Así es como antes del final del siglo III de nuestra era la teoría de los

---

404. (1) Ulpiano, L. 7, § 2, D., *de pact.*, II, 14: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc συναλλαγμα, id est contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem...*

(2) Alej. Severo, L. 6, C., *de transact.*, II, 4, año 230.—V., sin embargo, nota 5.

(3) L. 19, pr., D., *de pr. verb.*, XIX, 5: *Tutius est agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis.* Celso, L. 2, D., *eod.*; *Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*—Ad. L. 1, § 1, D., *eod.)*.

(4) Pomponio, L. 11, D., *de pr. verb.*, XIX, 5: *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque in factum actiones desiderantur...* Papiniano, L. 1, pr., D., *eod.*: *Non numquam evenit ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus cum proprium nomem invenire non possumus, facile descendemus ad eas quae in factum appellantur...* Cf. como ejemplos: Alfeno, L. 23; Javoleno, L. 10, D., *eod.*

contratos innominados se ha encontrado generalizada, y estos contratos son sancionados por la acción *praescriptis verbis* (5).

405.—II. *Caracteres y efectos de los contratos innominados.*—El contrato innominado resulta de una convención por la cual dos personas se prometen recíprocamente una prestación. Pero esta convención sólo se hace obligatoria después que una de las partes voluntariamente ha efectuado la prestación prometida. Parece, pues, que todo contrato innominado sea unilateral, y que no cree obligación civil más que a cargo de la parte que no ha ejecutado aún. En realidad, estos contratos son sinalagmáticos. En efecto, la parte que ha ejecutado la convención, que ha dado una causa a la obligación de la otra parte, no está libre ella misma en lo sucesivo de toda obligación. Por ejemplo, en el *negotium do ut des*, es decir, en el cambio, el que ha hecho primero la *datio* se encuentra en la situación de un vendedor; por consiguiente, está obligado a la garantía de la evicción y de los defectos ocultos; hay, pues, obligación a cargo de las dos partes que desempeñan el mismo papel (1). Así es en los demás contratos innominados, pues se aproximan casi todos bien a la venta, bien a un doble mandato (2).

406.—En el último estado del Derecho Romano, las obligaciones que nacen de los contratos innominados son sancionadas por la acción *praescriptis verbis*. Este nombre viene de una particularidad de la fórmula. Cuando se trata de las acciones que sancionan los contratos nominados, la *demonstratio* indica la fuente de la obligación, designando el contrato de donde nace (V. n.º 739, 1). Pero aquí, el *negotium* no ha recibido nombre especial, por lo que el magistrado se limita a escribir a la cabeza de la fórmula, *praescriptis verbis*, los *hechos* que han producido la obligación (1). Esta acción es de buena fe (Ulpiano, L. 2, § 2, *de precar.*, XLIII, 26.—I, 28, *de act.*, IV, 6). Por ella, la parte que ha ejecutado puede obligar a la otra a cumplir a su vez su compromiso y hacer lo que ha prometido. Si no, el demandado es condenado a una cantidad de dinero que representa el interés que el demandante tenía a obtener la prestación convenida (Paulo, L. 9, y L. 7, D., *de pr. verb.*, XIX, 5).

Esta acción no ha hecho desaparecer la *condictio ob rem dati* para los casos en que era dada antiguamente. En los *negotia do ut des* o *do ut facias*, el que ha hecho la *datio* tiene la elección, cuando la otra parte se niega a ejecutar la prestación prometida, o de obligarla por la acción *praescriptis verbis*, o de resolver el contrato y reclamar el objeto de la *datio* por la *condictio ob rem dati* (Paulo, L. 5, § 1, D., *de pr., verb.*, XIX, 5). Puede tener interés en tomar el último partido, cuando este objeto ha aumentado de valor.

---

(5) Esta solución ha sido admitida mucho tiempo por todos los autores. Pero es hoy muy controvertida, a consecuencia de los trabajos de Lenel y de diversas pesquisas sobre las interpolaciones del *Digesto* y del Código. En efecto, parece cierto que el fragmento de Paulo (L. 5, D., *de pr. verb.*, XIX, 5), base del desarrollo histórico que hemos expuesto, ha sido retocado por los compiladores. En cuanto a la Constitución de Alejandro Severo (L. 6, C., de *Transact.*, II, 4), la solución que ha consagrado no es admitida por Diocleciano (L. 4, C., *de dolo*, II, 21, año 294). No se la podría, pues, considerar como prevaleciente antes del fin de la época clásica. Por consiguiente, parece ser que la generalización de la teoría de los contratos innominados, sancionados uniformemente por la acción *praescriptis verbis*, no ha sido hecha ni aun por los jurisconsultos del siglo III, y que ha sido sólo obra de Justiniano.

405. (1) Ulpiano, L. 19, § 5, D., *de aedil ed.*, XXI, 1: ... *Si quis permutaverit dicendum et utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri.*

(2) Mas rara vez el contrato innominado presentaba analogía con el depósito o el comodato, y era entonces sinalagmático imperfecto (Cf. L. 1, § 9, D., *depos.*, XVI, 3).

406. (1) L. 6, *in fine*, C., *de transact.*, II, 4: ... *Actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat.* A causa de esta exposición de los hechos es por lo que la acción es llamada *actio civilis in factum*, aunque tenga una *intentio in jus concepta*. Se la califica también de *actio civilis incerti*, bien a causa del nombre de *contractus incerti*, por el que ciertos jurisconsultos parecen designar los contratos innominados, bien porque tiene una *intentio incerta*.

Si la *condictio ob rem dati* subsiste aún, las condiciones de ejercicio se han modificado. Tomemos el ejemplo del *negotium do ut des*. Mientras no haya habido contrato innominado, el autor de la *datio* no soportaba los riesgos de la cosa que debía serle proporcionada en cambio. Si perecía por caso fortuito antes de serle entregada, podía, sin embargo, recobrar la que él había dado, pues donde no hay contrato no se puede aplicar la regla *res perit creditori* (Celso, L. 16, D., *de cond. caus. dat.*, XII, 4). Pero después que ha sido admitida la teoría de los contratos innominados, los riesgos son para el acreedor, para el que primero ha ejecutado la convención. Si la cosa debida en cambio de la *datio* perece por caso fortuito, el que la debía queda libre; ya no está obligado por la acción *praescriptis verbis*, ni por la *condictio ob rem dati* (L. 5, § 1, *in fine*, D., *de pr. verb.*, XIX, 5).

407.—En todos los casos, si la parte que ha recibido la *datio* no se niega a suministrar la prestación debida en cambio, o si no ha vencido el plazo fijado para la prestación, el autor de la *datio* no podía ejercer la *condictio ob rem dati* sólo porque había cambiado de parecer y se arrepentía de su ejecución voluntaria. Con todo, hay textos que le dan este derecho, que le permiten *arrepentirse* y ejercitar, para recoger lo que ha dado, una acción que los comentaristas han llamado *condictio ex paenitentia* (1). Se explica generalmente esta anomalía observando que el *jus paenitentia* no es concedido más que en *negotia do ut facias*, que se parecen al mandato; a saber: *datio* de un esclavo con cargo de manumitirle; *datio* de una cantidad de dinero con cargo de manumitir a un esclavo o de hacer un viaje. La *condictio ex paenitentia* sería, pues, dada, en estas hipótesis, en virtud del derecho de revocación que pertenece al mandante (2).

408.— III. *De los principales contratos innominados.*—Los contratos innominados, que pueden dividirse en cuatro grupos, tienen, en cada categoría, variedades innumerables, según la naturaleza de las cosas o de los servicios que las partes se proponen cambiar. Sin embargo, hay algunos que, en razón de su importancia práctica, han recibido una calificación, y merecen una atención especial: son, en el Derecho clásico el *aestimatum* y el *cambio*, y en el Derecho de Justiniano, el *precario* (1).

1. *Del «aestimatum».*—Hay *aestimatum* cuando una persona entrega a un tercero una cosa estimada en cierto precio, y conviene con él que la venderá y le devolverá o el precio fijado o la cosa intacta si no ha podido venderla. Si el tercero la vende más cara, se guarda la diferencia; si la vende menos cara, debe siempre su estimación. Puede debérsele un salario (Paulo, L. 2, D., *de aestim.*, XIX, 3). Pero los riesgos de la cosa que le ha sido entregada son a su cargo (2). Se había tratado de asimilar esta convención, ya a la venta, ya a un arrendamiento, bien a un mandato; se terminó por ver en él un contrato innominado sancionado por la acción *praescriptis verbis*, que tomó en este caso la calificación particular de acción *aestimatoria* (3).

---

407. (1) Cf. sobre el *jus paenitendi:* Ulpiano, L. 3, §§ 2 y 3, D., *de cond. caus. dat.*, XII, 4.—L. 5, pr., y §§ 1 y 2, D., *eod.*—Gayo, L. 27, § 1, D., *mandat.*, XVII, 1.

(2) Según otra explicación, los textos en que es concedido el *jus paenitendi* se referían a enajenaciones a las que iba unido un pacto de *fiducie*, y que eran revocables a gusto del enajenante (Gayo, L. 27, § 1, D., *mandat.*, XVII, 1). Habiendo caído la fiducia en desuso bajo Justiniano, los redactores del *Digesto*, para conservar al enajenante el derecho de revocación, habrían sustituido, por interpolación, la *condictio* a la acción *fiduciae*.

408. (1) Había otros, entre los cuales tendremos ocasión de señalar más lejos la donación *sub modo* (V. n.° 425, 1) y el reparto (n.° 440, 1).

(2) Es, al menos, la solución de Ulpiano en la L. 1, § 1, D., *de aestim.*, XIX, 3. Pero el mismo jurisconsulto parece emitir otra opinión en la L. 17, § 1, D., *de pr. verb.*, XIX, 5.—Cf. Paulo, S., II, 4, § 4.

(3) Es la única aplicación de la acción *praescriptis verbis* que figura en el edicto perpetuo. De donde se deduce que era la más antigua, y que el *aestimatum* había sido una de

2. *Del cambio.*—El *cambio* es por excelencia el *negotium do ut des.* Las partes contratantes han convenido que una debe hacer a la otra la *datio* de una cosa, y que debe recibir en cambio la *datio* de otra cosa. Hemos visto que esta operación se parece a la venta y que los sabinianos querían aplicarle las mismas reglas. Su opinión, aun sostenida en tiempo de Gayo (V. n.º 360, 2, *a*), no ha prevalecido. El cambio nunca llegó a ser un contrato consensual. Pero, desde fines del siglo II, tiene su puesto entre los contratos innominados.

Diferencias notables separan el cambio de la venta: a) Por la formación del contrato: la venta es perfecta por el solo acuerdo de las partes; al contrario, la convención de cambio no es obligatoria, y sólo hay contrato después que una de las partes ha ejecutado voluntariamente la *datio* convenida (4); b) En cuanto a los efectos, mientras que en la venta importa distinguir el vendedor y el comprador, porque sus obligaciones son diferentes, en el cambio las dos partes desempeñan el mismo papel. Cada una de ellas está obligada a transferir la propiedad de la cosa prometida, lo que excluye la cosa ajena como objeto del cambio (Paulo, L. 1, § 3, C., *de rer. perm.*, XIX, 4). Cada una está obligada a la garantía de la evicción y vicios ocultos, y estas obligaciones recíprocas son sancionadas por la misma acción, la *praescriptis verbis* (L. 1, pr., y § 1, D., *eod.*); c) En fin, la parte que primero ha operado la *datio* tiene el derecho, en virtud de los principios del cambio, de resolver el contrato y de recobrar lo que ha dado, mediante la *condictio de rem dati*, cuando la otra parte no quiere, o no puede ya por culpa suya ejecutar su obligación (L. 1, § 4, D., *eod.*). En la venta, al contrario, el derecho de resolución no pertenece al vendedor no pagado más que en el caso de que se le haya reservado expresamente por un pacto unido *in continenti* al contrato de la *lex commissoria.*

3. *Del precario.*—Hay *precarium* cuando una persona concede a otra, que se lo *ha rogado*, la posesión y disfrute gratuito de una cosa, a cargo de restituirla a la primera reclamación (5). El origen de este uso es oscuro. Se ha conjeturado que se había establecido a propósito de la explotación del *ager publicus.* Los patricios hacían a sus clientes concesiones esencialmente revocables (Festo, V.º *Patres.*—V. n.º 157). Más tarde se amplió la institución. El precario, que primero no se aplicaba más que a fundos de tierra, ha podido tener por objeto cosas muebles y aun cosas incorpóreas, como las servidumbres (Gayo, L. 3, D., *de precar.*, XLIII, 26.—Ulpiano, L. 4, pr., D., *eod.*).

Durante mucho tiempo, el que concedía una cosa a título de precario no tuvo para recobrarla más que un recurso pretoriano, el interdicto *de precario* (L. 2, pr., § 1, D., *eod.*—V. n.º 810, II, 2), y la *rei vindicatio*, cuando era propietario. Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos le conceden la *condictio incerti* para hacerse devolver la posesión (Juliano, L. 19, § 2, D., *eod.*). En fin, en el último estado del Derecho, el precario ocupó un puesto entre los contratos innominados, y el concedente tiene, para hacerse restituir la cosa, la acción *praescriptis verbis* (6).

---

las primeras operaciones, acaso la primera, sancionada por esta acción (Labeón, citado por Ulpiano, L. 17, § 1, D., *de pr. verb.*, XIX, 5).

(4) Paulo, L. 1, § 2, D., *de rer. perm.*, XIX, 4: *Emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: permutatio autem ex re tradita initium obligatione praebet...*

(5) Ulpiano, L. 1, pr., D., *de precar.*, XLIII, 26: *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.*—§ 3: *Et est simile commodato.*

(6) Ciertos textos dan la acción *praescriptis verbis* al precarista desde la época clásica (Ulpiano, L. 2, § 2, D., *de precar.*, XLIII, 26. Juliano, L. 19, § 2, D., *cod.*). Pero parece cierto que estos textos han sido interpolados, ya en el Bajo Imperio (Cf. Paulo, S., V. 6, § 10), ya bajo Justiniano; y que el precario no ha sido tratado como contrato innominado por los jurisconsultos clásicos. Es lo que prueba por otra parte Ulpiano, L. 14, § 11, D., *de furt.*, XLVII, 2: *Cum non est contra eum (qui precario rogaverat, civilis actio, ideoque et interdictum necessarium visum est...)*

El precario se parece mucho al comodato. Se diferencia, sin embargo, desde ciertos puntos: a) En el comodato, la restitución de la cosa prestada sólo es debida en el plazo convenido. En el precario, es exigible a voluntad del concedente, aunque haya habido plazo fijo (Celso, L. 12, pr., D., *eod.);* b) El comodatario no tiene más que la detención de la cosa prestada. El precarista *posee;* tiene contra los terceros el recurso de los interdictos posesorios para conservar la posesión (7); c) Mientras que el comodatario es responsable de toda falta, el precarista sólo responde de su dolo y de su falta grave (8); d) En fin, el precario es una liberalidad personalísima que cesa a la muerte del precarista y no aprovecha a sus herederos (Celso, L. 12, § 1, D., *eod.).*

§ 2.—De las convenciones sancionadas por el Derecho pretoriano.

409.—El pretor anunciaba en su edicto que haría respetar todo convenio lícito y hecho sin fraude (L. 7, § 7, D., *de pact.*, II, 14). Pero esta declaración no significa que el pretor sancionara todos los pactos por una acción. Se contentaba, en interés de la equidad, con dar una excepción *pacti* al que podía prelaverse de un pacto como medio de defensa. Sólo en un reducido número de casos ha creado el pretor una acción *in factum* para asegurar la ejecución de una simple convención. Ya hemos visto un ejemplo: el *pacto de hipoteca*, que ofrece esta particularidad de ser sancionado por una acción pretoriana *in rem*, la acción cuasi-serviana o hipotecaria (V. n.º 244). Nos limitaremos a citar aquí el pacto de *constituto* y el pacto de *juramento*, que producen obligaciones sancionadas por el Derecho pretoriano.

I.—Del pacto de "constituto".

410.—El *constituto* es un pacto por el que una persona conviene con otra que le pagará a día fijo una deuda preexistente. Las partes toman día para el pago, *constituunt diem.*

El pretor parece haber sancionado esta convención porque el que la viola ofende más manifiestamente la equidad. En efecto, en su aplicación primitiva, el *constituto* intervenía cuando un deudor que no podía pagar al vencimiento obtenía del acreedor un plazo y le prometía pagar a fecha fija. Su promesa tiene una causa en la obligación que tenía, y si en el día dicho no paga, falta a su palabra más gravemente que el que sólo ha hecho una convención ordinaria (1). El pretor castigó, pues, lo que consideró como una especie de delito, y la acción del *constituto* fué primero penal (2).

---

(7) Ulpiano, L. 4, § 1, D., *de precar.*, XLIII, 26: *Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.*

(8) Ulpiano, L. 8, § 3, D., *de precar.*, XLIII, 26: ... *Illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit... cum totum ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit et satis sit si dolus tantum praestetur...*

410. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *de pec. const.*, XIII, 5: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam grave est fidem fallere.*

(2) Se ha buscado algunas veces el origen del *constituto* en otra institución: el *receptum argentariorum*, usado entre banqueros y ciudadanos. *Receptum* viene de *recipere*, tomar a su cargo. El *receptum* es un compromiso por el que un banquero promete a un cliente pagar por él cierta cantidad, a día fijo, a un tercero designado. El cliente podía obligarle por la acción *receptitia*. El *receptum*, pues, tenía próximamente la utilidad de un cheque, y, como era válido sin obligación preexistente, podía servir para realizar en provecho del cliente una apertura de crédito. Se ha considerado mucho tiempo el *receptum* como un contrato *verbis*, y la acción *receptitia* como una acción civil (Cf. L. 2, C., *de const. dec.*, IV, 18. I, § 8, *de act.*, IV, 6, y Teófilo, Par., *eod.).* Pero parece demostrado, después de los trabajos

Más tarde, gracias a una amplia interpretación del edicto, el *constituto* pudo tener otras aplicaciones. Se le usó para modificar en sus diversos elementos una obligación preexistente, y aun para realizar una variedad de afianzamiento. Desde entonces la acción perdió su carácter penal (V. n.º 412). El *constituto* era ya sancionado en tiempo de Cicerón *(Pro Quintio,* 3 a 5). Se ha desarrollado bajo el Imperio; pero sólo recibió toda su extensión a fines del siglo II de nuestra era.

411.—I. *Condiciones de validez y modalidades del «constituto».*—1. El *constituto* se forma por el simple acuerdo de las partes. El pretor no exige ninguna solemnidad en la manifestación del consentimiento, que puede ser dado entre ausentes, por carta o por mensajero (Ulpiano, L. 14, § 3, *de pec. const.,* XIII, 5).

Pero una condición esencial a la validez del *constituto* es que haya una *deuda preexistente* que le sirva de *causa.* Poco importa que sea civil, pretoriana o natural, con tal que sea *eficaz,* es decir, que el deudor no tenga a su disposición una excepción fundada en la equidad que pueda paralizar la acción del acreedor (1).

Esta obligación preexistente es además exigida de una manera abstracta; no es necesario que el *constituto* intervenga entre el deudor y el acreedor. El deudor podía prometer pagar a otro distinto del acreedor; y se admitió también que un tercero podía comprometerse a pagar la deuda: había entonces un *constituto alieni debiti* (Ulpiano, L. 5, § 2, *eod.).* En todos los casos, como la deuda preexistente servía de causa al *constituto,* la obligación nueva no puede nacer más que en el límite de la obligación antigua. Si se deben ciento y se promete por *constituto* pagar doscientos, la promesa no es nula, pero es reductible: el promitente sólo está obligado por ciento (2).

El *constituto* no puede tener por objeto más que cosas que se aprecian por el número, por el peso o por la medida, como dinero o géneros (L. 2, § 1, C., *de const. pec.,* IV, 18). Pero no es necesario que la deuda nueva tenga el mismo objeto que la antigua; el que debe dinero puede prometer trigo, o recíprocamente (L. 1, § 5, D., *eod.,* XII, 5).

2. El *constituto* podía contener la indicación de un lugar para el pago, o estar subordinado a la realización de una condición. Pero las partes tenían que fijar siempre un *día* para la ejecución de la convención; si no, hubiera sido nulo. Sin embargo, se terminó por validar el *constituto* puro y simple, autorizando una persecución inmediata. En el Derecho de Justiniano se sobreentiende un plazo bastante breve, diez días al menos, para permitir al deudor liberarse (3).

412.—II. *Efecto y utilidad del «constituto».*—1. El efecto del *constituto* es engendrar a cargo del constituyente la obligación de pagar lo que ha prometido, al vencimiento fijado. Esta obligación es sancionada por la acción *constitutae pecuniae* o *constitutoria.* Es probable que esta acción fuera primero penal, y que el acreedor obtenía por ella una pena pecuniaria en razón de la inejecución del pacto. Este carácter ha des-

---

de Lenel, que era un convenio sancionado por el edicto del pretor, y que la acción *receptitia* era una acción pretoriana (V. Lenel, *Edit. perp.,* I, págs. 148 a 150). Sea como fuere, las diferencias profundas que separaban el *receptum* y el *constituto* parecen excluir entre ellos toda relación de filiación (V. n.º 414).

411. (1) Ulpiano, L. 1, §§ 6 y 7, D., *de pec. const.,* XIII, 5: *Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est quocumque contractu... Debitum autem vel natura sufficit.*—L. 3, § 1, D., *eod.: Si quis autem constituerit quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem..., est verum ut et Pomponius scribit, eum non teneri...*

(2) Ulpiano, L. 11, § 1, D., *de pec. const.,* XIII, 5: *Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est.*—Ad. Paulo, L. 12, D., *eod.*

(3) Paulo, L. 21, § 1, D., *de pec. const.,* XIII, 5. Se considera generalmente como interpolado el final del texto que concede al deudor el plazo de diez días.

aparecido en la época clásica (Ulpiano, L. 18, § 2, D., *de pec. const.*, XIII, 5). Pero explica dos particularidades de la acción: a) Era en ciertos casos que han quedado desconocidos, anual e intransmisible (L. 2, pr., C., *de const. pect.*, IV, 18); b) Podía ir acompañada de una *sponso dimidiae partis*, por la que el demandado prometía pagar una mitad más de la deuda si perdía el pleito (1).

La creación de una obligación nueva, nacida del *constituto*, no implicaba la extinción de la obligación primitiva, como lo hubiera hecho una novación.

El acreedor tenía en adelante dos acciones, entre las cuales debía escoger según su interés. Pero esta solución era modificada si las partes habían tenido la intención cierta de sustituir la obligación antigua por la nueva. El *constituto* implicaba entonces una remisión tácita de la deuda primitiva. El acreedor conservaba, es cierto, su primera acción; pero podía ser rechazada por la excepción de pacto o de dolo.

2. La utilidad del *constituto* variaba según que el pacto estaba hecho por el deudor mismo, *constituto proprii debiti*, o por un tercero, con ocasión de la deuda ajena, *constituto debiti alieni*.

a) *Del «constituto proprii debiti».*—Gracias al *constituto*, dos personas pueden realizar por simple consentimiento, y aun entre ausentes, lo que no hubieran podido hacer, según el Derecho civil, más que por una novación, es decir, por una estipulación que exigiera palabras solemnes y la presencia de las partes.

Así pueden sustituir a la obligación primitiva una obligación nueva que se diferencia de ella en uno de sus elementos: cambiar el término, lo que parece haber sido en su origen el destino principal del *constituto* (L. 3, § 2, D., *de pec. const.*, XIII, 5); agregar o suprimir otra modalidad (L. 16, § 1; L. 19, § 1, D., *eod.*); cambiar la persona del acreedor (L. 5, § 2, D., *eod.*); dar acción al que sólo tenía un crédito natural (L. 1, § 7, D., *eod.*). En todos los casos es cierto que la obligación primitiva no está extinguida de pleno derecho; pero es paralizada por una excepción. Hasta era posible hacer por *constituto* lo que no se podía hacer por novación: por una parte, cambiar el objeto de la deuda; por otra parte, conservar la obligación antigua toda su fuerza a pesar de la creación de una deuda nueva, de manera que el acreedor tuviera la elección entre las dos acciones.

b) *Del «constituto debiti alieni».*—Cuando una persona se compromete por *constituto* a pagar la deuda ajena, las partes pueden proponerse dos resultados muy diferentes: o bien el nuevo deudor se obliga en el lugar del antiguo; entonces es una especie de novación por cambio de deudor, con esta diferencia: que la deuda primitiva no era extinguida de pleno derecho, sino solamente hecha ineficaz por una excepción de pacto o de dolo; o bien el nuevo deudor se compromete para garantizar la obligación anterior; desempeña entonces el papel de una caución; el acreedor puede a su elección perseguir al deudor principal, o al que ha hecho el *constituto*.

413.—Esta forma de afianzamiento presenta sobre la fianza las ventajas siguientes: 1. Puede realizarse por simple consentimiento, aun entre ausentes; 2. Si el constituyente ha prometido más que no debía el deudor principal, su compromiso no es nulo, sino solamente reducible a la medida de la obligación que garantiza (V. n.° 411); 3) La perse-

412. (1) Gayo, IV, § 171: *Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae.*

cución dirigida contra uno de los coobligados no extingue el derecho del acredeor contra el otro (1).

Por otra parte, el *constituto* era de empleo más cómodo que el *mandatum credendae pecuniae*, pues que podía servir, como la fianza, para garantizar una obligación ya creada (V. n.º 398). Pero era inferior a esta última especie de afianzamiento, porque tenía un uso limitado a cosas que se aprecian por el peso, el número o la medida.

414.—III. *Reformas de Justiniano.*—Justiniano ha modificado los caracteres del *constituto*, aplicándole una parte de las reglas del *receptum*, caído en desuso (V. n.º 410, nota 2). En adelante, el *constituto* puede tener por objeto cosas muebles o inmuebles, cantidades o cuerpos ciertos. La acción *pecuniae constitutae* es, en todos los casos, perpetua y transmisible, como lo era la acción *receptitia*. Pero el *constituto* permanece aplicable entre todos los ciudadanos, y es preciso siempre, para que sea válido, que haya una deuda preexistente (L. 2, pr., y § 1, C., *de const. pec.*, IV, 18, año 531).

II.—Del juramento.

415.—El *juramento* consiste en la afirmación solemne de un derecho o de un hecho (1). Podía ser necesario o voluntario. No tenemos que hablar más que del juramento voluntario, que es libremente deferido por una de las partes a la otra, muy a menudo fuera de la presencia del magistrado y del juez.

Dos personas pueden convenir que se remitirán al juramento de una de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho (2). Cuando el juramento ha sido prestado por una de las partes, o cuando la otra le hace dejación, el pretor las obliga a respetar su convención. Si es, pues, el acreedor quien ha prestado juramento y afirmado solemnemente en su provecho la existencia del crédito, el pretor le da una acción *in factum*. El juez de esta acción debe examinar únicamente si el acreedor ha prestado juramento y, si está probado el hecho, condena al deudor (3).

Si, al contrario, es el deudor quien ha jurado no deber nada, el pretor niega toda acción al acreedor, o si hay duda sobre el juramento, da al deudor una excepción *jurisjurandi*. Cuando esta excepción es justificada por el juez, y cuando está probado que el deudor ha prestado el juramento, debe ser absuelto (4).

---

413. (1) Ulpiano, L. 18, § 3, D., *eod.*: ... *Tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contigere, non litiscontestatione.* Los constituyentes de la deuda ajena gozaban del beneficio de *división* de Adriano, pues la L. 3, C., *de const. pec.*, IV, 18, que se le concede, no parece hacer innovación en este punto. Los textos nada dicen sobre el beneficio de *cesión de acciones:* pero el derecho común les ofrecía, según los casos, contra el deudor principal cuya deuda habían pagado, la acción *mandati* o *negotiorum gestorum*. En cuanto al beneficio de *discusión*, Justiniano se le ha dado expresamente por la Novela 4: C. 1, y la Nov. 136, pr.

415. (1) Los textos suministran ejemplos de las fórmulas de juramento en uso entre los romanos. Se podía jurar *per Deum*, o *per caput suum*, o *per caput filiorum suorum, per salutem suam, per principis venerationem*... Cf. L. 3, § 4; I. 5, pr., D., *de jurejur.*, XII, 2. L. 2, C., *de reb. cred.*, IV, 1.

(2) La convención de juramento puede intervenir con ocasión de toda especie de derechos, ya se trate de obligación o de derecho real; hasta puede tener por objeto cuestiones de estado. Ulpiano, L. 3, §§ 1 y 2, D., *de jurejur.*, XII, 2.

(3) Ulpiano, L. 9, § 1, D., *de jurejur.*, XII, 2: *Jurejurando dato, vel remisso... actor... actionem adquirit, in quam hoc solum quaeritur an juraverit dari sibi oportere vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.*

(4) Ulpiano, L. 9, pr., D., *eod.*: *Nam postquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est.* I, § 4, *de except.*; IV, 13. La excepción *jusjurandi* aprovecha a los fiadores y a los deudores correales; pues el juramento produce el efecto del pago.—L. 27 y L. 27, pr., y § 1, D., *eod.*

§ 3.—De las convenciones sancionadas por las Constituciones imperiales.

416.—Además de las convenciones que el Derecho civil y el Derecho pretoriano han sancionado fuera de las cuatro clases de contratos, las Constituciones imperiales han reconocido también la fuerza obligatoria a ciertos pactos, que los comentaristas han llamado *pactos legítimos*. La acción que resulta de estos pactos es la *condictio ex lege* (1). Son: 1. El pacto de *donación entre vivos*, sancionado por Antonino Pío, con ciertas determinadas condiciones y, de una manera general, por Justiniano en el año 530; 2. El pacto de *constitución de dote*, sancionado por Teodosio y Valentiniano el año 428.

Uniremos al estudio de las *donaciones entre vivos* la de las *donaciones mortis causa* y la de las *donaciones entre cónyuges;* con ocasión de la *dote*, hablaremos de las *donaciones propter nuptias*.

I.—De las donaciones entre vivos.

417.—I. *Noción y caracteres.*—En el Derecho primitivo, una donación consistía esencialmente en un traslado de propiedad hecho a título de dádiva, *dono datio*, de donde resultaba para el donatario la adquisición de una cosa corporal (1). Más tarde esta noción se ha ampliado, y la donación ha podido consistir en una ventaja de otra naturaleza. En el Derecho clásico, la *donación entre vivos* puede definirse: una liberalidad irrevocable por la que una persona, el donante, se despoja voluntariamente de una cosa o de una ventaja apreciable en dinero, en provecho de otra persona, el donatario.

Debe reunir los caracteres siguientes: 1. Es preciso que empobrezca al donante y enriquezca al donatario. Los que prestan un servicio gratuito, como el depositario, el comodante, no hacen una donación, porque no disminuyen su patrimonio en provecho de otro. En sentido inverso, el deudor que da una garantía real a su acreedor no le hace una donación, pues el acreedor no se enriquece; sólo está más seguro de obtener lo que se le debe (Ulpiano, L. 1, § 19, D., *si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5); 2. Es irrevocable, lo que quiere decir que el donante no puede revocar arbitrariamente la donación entre vivos cuando es perfecta; lo mismo que no se puede revocar un contrato a título oneroso, como la venta (2). Es una diferencia con la donación *mortis causa*, que es revocable (n.º 426); 3. Debe ser libremente consentida por el donante; el que hace una liberalidad porque está obligado, no tiene el *animus donandi:* no hace una verdadera donación (3).

La aceptación del donatario no es necesaria para que la donación sea válida. Así, cuando se paga la deuda de un tercero sin saberlo él o cuando se hace aceptilación a un fiador sin saberlo el deudor principal (L. 25, pr., D., *quae in fr.*, XLII, 8), hay una verdadera donación perfecta sin el consentimiento del donatario. Pero éste puede rechazar

---

416. (1) Paulo, L. 5, D., *de pact.*, II, 14: *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur...* L. 1, D., *de cond. ex lege*, XIII, 2: *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.*

417. (1) Paulo, L. 35, § 1, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6: *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum.*

(2) I., § 2, *de donat.*, II, 7: ... *Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt...*

(3) Papiniano, L. 82, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.*

el beneficio, pues no puede ser obligado a recibir una liberalidad a su pesar (4).

418.—Si el consentimiento del donatario no es una condición esencial a la validez de la donación, no es menos cierto que de hecho, cuando una persona quiere hacer a otra una liberalidad, hay casi siempre entre ellas un acuerdo preliminar, una convención por la que el donante se compromete con el donatario. ¿Cuál era el efecto de esta *convención de dar?*

Durante mucho tiempo fué un simple pacto no obligatorio. Si el donante no cumplía su promesa, el donatario no tenía acción para obligarle y el donante quedaba dueño de no ejecutar la convención (Fr. Vat., § 266). Para que la donación fuera perfecta, y por consiguiente irrevocable, era preciso que las partes hubieran empleado un procedimiento de derecho común que proporcionara al donatario una vía de fuerza contra el donante. ¿Qué procedimientos eran necesarios y suficientes para la perfección de la donación, y cuáles eran los efectos que resultaban? La solución de esta pregunta ha variado según las épocas. Vamos a estudiarla someramente, distinguiendo: 1. El Derecho antiguo; 2. El régimen de la ley Cincia; 3. La reforma de Antonino Pío; 4. El régimen de la insinuación; 5. Las reformas de Justiniano.

419.—II. *Condiciones de perfección y efectos de la donación entre vivos.*—1. *Derecho antiguo.*—Entre los procedimientos que bastaban a hacer la donación perfecta, los más usados eran: a) Una *datio*, es decir, la transferencia al donatario de la propiedad de la cosa dada, por la tradición para las cosas *nec mancipi*, por la mancipación o la *in jure cessio* para las cosas *mancipi*. El donatario estaba entonces armado contra todos de la *rei vindicatio*. La simple tradición de una cosa *mancipi* era asimismo suficiente para la perfección de la donación, pues el donatario tenía desde entonces la cosa *in bonis*. Podía rechazar la *rei vindicatio* del donante, que quedaba propietario según el Derecho civil, por una excepción *rei donatae et traditae*, y, si perdía la posesión, podía obtener contra todos la restitución de la cosa dada, ejerciendo la acción publiciana; b) Una *estipulación*, que hacía al donatario acreedor del donante y le daba la *condictio* para hacer ejecutar la donación; c) El contrato *litteris*, que producía el mismo efecto (V. n.° 340, a), *in fine*, y nota 3). En resumen, la donación era perfecta desde que el donatario tenía una acción real o personal contra el donante (1).

420.—2. *Régimen de la ley Cincia.*—El año 550 de Roma, el Derecho antiguo fué modificado por un plebiscito, votado sobre la proposición del tribuno Cincio Alimento, la ley *Cincia de donis et muneribus*. Contenía dos capítulos: el primero tenía por objeto remediar la venalidad de los oradores (1); el segundo, el abuso de las donaciones excesivas. Sólo esta última disposición debe ocuparnos (2).

---

(4) En este sentido se expresan varios textos: Paulo, L. 69, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Invito beneficium non datur.* Ulpiano, L. 19, § 2, D., *de donat.*, XXXIX, 5: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.*

419. (1) En el caso especial en que un acreedor quería hacer una liberalidad a su deudor, la donación podía ser realizada po la *acceptilatio*, o remisión solemne de la deuda que extinguía la obligación de pleno derecho (L. 2, C., *de acceptil.*, VIII, 44), o por un pacto de remisión que daba al deudor la excepción *pacti* (L. 1, § 1, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6).

420. (1) El primer capítulo de la ley Cincia prohibía a los patronos recibir regalos de sus clientes, y a los abogados recibir honorarios: *Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.* Cf. Tácito, *An.*, XI, 5; XV, 20. Tito Livio, XX, IV, 4 (9). Esta prohibición, demasiado absoluta, fué mal observada en la práctica, aunque fué sancionada bajo Augusto por una pena del cuádruplo. Bajo Claudio y los emperadores siguientes se contentaron con restringir en una determinada medida el salario del abogado. Cf. Tácito, *An.*, XI, 5, 6 y 7. Ulpiano, L. 1, §§ 12 y 13, D., *de var. et extr. cogn.*, L. 13.

(2) Los informes que se poseen actualmente sobre el segundo capítulo de la ley Cincia son suministrados por los fragmentos del Vaticano, §§ 256 a 316.

Destinada a proteger al donante y su familia contra las donaciones exageradas, la ley Cincia prohibía dar más de cierta tasa que ha quedado desconocida; pero hacía excepción para las donaciones entre ciertos parientes o aliados y entre cónyuges (3). Hubo, pues, que distinguir en adelante dos categorías de donaciones entre vivos: a) Las donaciones que no pasaban la tasa de la ley, y las que se hacían entre personas exceptuadas, cualquiera que fuera su valor, quedaban sujetas al Derecho antiguo; b) Las donaciones superiores a la tasa entre personas no exceptuadas caían bajo la aplicación de la ley Cincia.

Esta ley era *imperfecta* porque, aunque prohibía las donaciones superiores a una tasa determinada, no declaraba la nulidad de las que se hacían con violación de esta prohibición; de donde resulta que el donante no tenía acción especial para recoger la cosa dada (4). Por otra parte, el donatario, puesto en posesión, tenía un justo título y podía usucapir (Fr. Vat., § 293), lo que excluyó la *condictio ex injusta causa*. Es, pues, difícil saber qué recurso procuró primero al donante. Pero, bajo el procedimiento formulario, es cierto que la prohibición de la ley le dió un arma defensiva, la excepción *legis Cinciae* o una excepción *in factum* Fr. Vat., § 310). Gracias a esta excepción, la perfección de la donación se había hecho más difícil. En muchos casos en que el donante estaba ligado según el Derecho antiguo y no tenía ya ningún medio de evadir la ejecución de la donación, la ley Cincia le permitía revocar la liberalidad y sustraerse a las consecuencias de un arrebato irreflexivo.

421.—Sin entrar en detalles, se pueden resumir así las consecuencias de la ley. Mientras el donante no se haya desprendido de la cosa dada, puede revocar la donación y negarse a ejecutarla, oponiendo a la acción del donatario la excepción *legis Cinciae*. Puede también usar de esta excepción después del desprendimiento, si el derecho común le da un medio de recobrar lo que ha dado.

He aquí las aplicaciones de estos principios: a) Cuando la donación tiene por objeto un inmueble *mancipi*, que el donante ha mancipado al donatario, sin entregársele, en el Derecho antiguo es perfecta; pero, bajo la ley Cincia, el donante puede revocar la donación, oponiendo la excepción *legis Cinciae* a la *rei vindicatio* del donatario. Igualmente, si sólo ha entregado el inmueble al donatario, quien le tiene *in bonis*, puede aún revocar la donación ejercitando la *rei vindicatio*, pues paraliza la excepción *rei donatae et traditae* del donatario por la excepción *legis Cinciae*, opuesta en forma de réplica. En resumen, la donación de un inmueble *mancipi*, que era perfecta en el Derecho antiguo, por la mancipación o la tradición, no lo es bajo el imperio de la ley Cincia más que por la mancipación y la tradición reunidas, pues sólo entonces el donante no tiene ya ningún recurso (1); b) Cuando el donante se ha comprometido por estipulación para con el donatario, la donación ya no es perfecta, pues mientras no haya pagado, el donante puede oponer a la *condictio* la excepción *legis Cinciae* (Fr. Vat., § 311). De igual modo

---

(3) La lista de las personas exceptuadas está indicada de una manera completa en los Fr. Vat., §§ 298 a 309.

(4) Ulpiano, § 1: ... *Prohibet exceptis... quibusdam... cognatis et, si plus donatum sit, non rescindit.* Aunque este pasaje de las reglas de Ulpiano esté incompleto, hace alusión evidentemente a la ley Cincia.

421. (1) Diocleciano, Fr. Vat., § 213: *Donatio praedii quod mancipi est inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur, ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola...* año 296. En caso de donación de mueble, el interdicto *utrubi* podía a veces dar un recurso al donante para recobrar la posesión, aun después de mancipación y entrega. Paulo, Fr. Vat., § 311: ... *In rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.*—V. sobre el interdicto *utrubi* el n.° 810, III, 2.

cuando ha pagado, si es por error de hecho, porque se ha equivocado sobre el valor de las cosas dadas, tiene también el recurso de ejercitar contra el *donatario* la *condictio indebiti*, porque ha pagado lo que no debía, pues que estaba protegido por una excepción perpetua (2).

La excepción *legis Cinciae* tenía por efecto anular la donación entera y no solamente lo que excedía de la tasa (Argt., Fr., Vat., § 266). Era perpetua. Según los sabinianos, pertenecía sólo al donante, a quien estaba destinada a proteger, mientras que los proculeyanos la calificaban de *popularis* y la daban a todo interesado. Esta opinión, menos lógica, parece haber prevalecido (Fr. Vat., § 266). Sin embargo, los herederos del donante sólo podían aprovechar la excepción si había muerto *durante voluntate*, es decir, sin haber manifestado la voluntad de revocar la donación (3).

La ley Cincia estaba aún en vigor en la época de Diocleciano (Fr. Vat., § 312). Pero no tardó en caer en desuso (Nov. 162, C. 1, pr.). Fué reemplazada por un régimen mejor concebido, el de la insinuación.

422.—3. *Reforma de Antonino Pío.*—Entre las donaciones que bajo el imperio de la ley Cincia estaban sujetas al Derecho antiguo, como hechas a personas exceptuadas, las hay que fueron, por parte de Antonino Pío, objeto de una reglamentación especial: son las donaciones entre ascendientes y descendientes *interparentes et liberos* (1). El emperador decidió que, en este caso, la simple convención de dar sería obligatoria, con tal que se redactase un acta escrita, y este escrito fuera entregado al donatario (2). Con esta condición, el pacto de donación se convierte, desde la época clásica, en un pacto legítimo: la donación es perfecta y el donatario está provisto de la *condictio ex lege* desde que se le entrega el escrito.

423.—4. *Régimen de la insinuación.*—Hacia el principio del siglo IV, en el momento en que la ley Cincia comenzaba a caer en desuso, una nueva institución vino a ejercer cierta influencia sobre la perfección de las donaciones entre vivos. Es la formalidad de la insinuación (1).

Consiste en la necesidad de transcribir en registros públicos el escrito que comprobaba una donación superior a doscientos sueldos (2), aun si era hecha entre personas exceptuadas por la ley Cincia . Así, a las condiciones ordinarias para la perfección de las donaciones, vino a agregarse la obligación de hacerlos insinuar, si pasaban de la tasa. Si no, la donación era nula para todo lo que excedía de la tasa (3).

La insinuación era exigida por un doble motivo: a) Primero, en in-

---

(2) Ulpiano, Fr. Vat., § 226: *Hoc quoque repeti poterit si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non solverit, debuit dici repetere eum, posse nam semper exceptione Cinciae uti potuit.*—V. para el principio del texto el n.° 443, nota 3.

(3) Fr. Vat., § 359, *in fine: Quoniam morte Cincia removetur.*

422. (1) Se trata aquí de donaciones entre personas que no están unidas por el lazo de potestad. Cuando un jefe de familia hacía una donación al hijo colocado bajo el poder paterno, esta donación era nula en el Derecho clásico (Papiniano, Fr. Vat., §§ 294 y 296). Diocleciano decidió, sin embargo, que la donación sería válida cuando el padre había muerto sin haber manifestado voluntad contraria (Fr. Vat., § 281). Esta decisión fué confirmada por rescriptos posteriores (Fr. Vat., § 274). En fin, Justiniano sometió estas liberalidades a las mismas reglas que las donaciones entre esposos (L. 25, C., *de donat. int. vir.*, V, 16.—Véase n.° 431, 4).

(2) El texto de esta Constitución no ha llegado a nosotros. Se hace alusión a él en la L. 4, C. *th.*, *de donat.*, VIII, 12, y en los Fr. Vat., §§ 297 y 314.

423. (1) La insinuación es mencionada por primera vez, pero como institución ya existente, en un edicto de Constantino del año 316 (Cf. Fr. Vat., § 249). Otra Constitución del mismo emperador, del año 319, atribuye su introducción a Constancio Cloro (L. 1, C. *th.*, *de sponsal.*, III, 5).

(2) El *sueldo* valía unos quince francos de nuestra moneda, en la época de Constantino.

(3) L. 34, pr., C., *de donat.*, VIII, 54: *Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est tantummodo non valere.*

terés del donante y de su familia, pues la publicidad es a menudo un obstáculo a liberalidades exageradas; así, el donante podía prevalerse él mismo del defecto de insinuación; b) Luego, en interés de los terceros, que la publicidad pone en guardia contra los peligros de una liberalidad clandestina (Argt., Fr., Vat., § 249) (4).

424.—5. *Reformas de Justiniano.*—Justiniano completó y generalizó la reforma de Antonino Pío, decidiendo que la convención de donar sería obligatoria por sí misma en todas las hipótesis. Se convierte así en pacto legítimo, sancionado por la *condictio ex lege* (L. 35, § 5, C., *de donat.*, VIII, 54, año 530.—I, § 2, *de donat.*, II, 7). El acta escrita no es exigida más que si las partes han subordinado a su redacción la validez de la donación (L. 17, C., *de fide instr.*, IV, 21). Por otra parte, conserva la formalidad de la insinuación, pero sólo somete a ella las donaciones superiores a quinientos sueldos (L. 36, § 3, C., *de donat.*, VIII, 54, año 531).

425.—III. *De las excepciones a la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos.*—Cuando una donación entre vivos es perfecta, el donante no puede revocarla arbitrariamente. Pero la revocación era autorizada por ciertas causas especiales.

1. *Revocación por inejecución de las cargas.*—Una donación puede ser hecha *sub modo*, es decir, bajo ciertas cargas impuestas al donatario. En este caso, si el donatario no ejecuta lo que ha prometido hacer, el donante tiene el derecho de resolver la donación. Esta resolución no puede hacer volver de pleno derecho al donante la posesión de la cosa donada, pues la propiedad no puede ser transferida *ad tempus*. Sólo permite al donante ejercitar contra el donatario una acción personal, la *condictio ob rem dati*, para obligarle a devolver lo que ha recibido (1).

Pero, ¿no podía el donante, si lo prefería, obligar al donatario a ejecutar las cargas? Primero sólo tuvo este derecho si el donatario no se había comprometido por estipulación: el donante tenía entonces la acción *ex stipulatu* para obligarle. Después, cuando se desarrolló la teoría de los contratos innominados, se acabó por considerar la donación *sub modo* como un *negotium do ut facias*, y el donante pudo obligar al donatario a la ejecución de los cargos, mediante la acción *praescriptis verbis* (2).

2. *Revocación, por sobrevenir un hijo, de la donación del patrono al liberto.*—La donación de un patrono a su liberto era revocable a voluntad del donante, al menos a partir del año 249 de nuestra era, como lo muestra un rescripto del emperador Filipo (Fr. Vat., § 272). Más tarde fué restringido el derecho de revocación. Una Constitución de Constantino y Constancio, del año 355, no permitió ya al patrono revocar la donación hecha al liberto más que en un caso: si había donado no te-

---

(4) Con esta doble utilidad ha pasado la insinuación a nuestro antiguo Derecho. Cf. ordenanza de 1539. Más tarde sólo ha sido tomado en consideración el interés de los terceros. Desde la ordenanza de 1566, artículo 58, el donante, cuyo interés no está ya en causa, no puede prevalerse del defecto de inscripción. Igual es según la ordenanza de 1731 artículo 27, y según la ley del 11 de brumario del año VII. En nuestro Derecho actual, la transcripción de las donaciones, que ha reemplazado a la insinuación, sólo está legalmente establecida en interes de un tercero. Cf. art. 941, C. C.

425. (1) Alej. Severo, L. 2, C., *de cond. ob caus.*, IV, 6, año 228. En el último estado del Derecho Romano, nos parece cierto que la propiedad vuelve de pleno derecho al donante, y que puede éste ejercer la *rei vindicatio* contra el donatario. Es lo que resulta de la comparación de un texto interpolado de Diocleciano, L. 2, C., *de donat. quae sub modo*, VIII, 55, con el texto original que se encuentra en los Fr. Vat., § 283.—Ad. n.° 161, *in fine*, y notas.

(2) Diocleciano, L. 9, C., *de donat.*, VIII, 54: *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio fid est praescriptis verbis), apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat*, año 293.

niendo hijos, y le sobrevenía un hijo después de la donación (L. 8, C., *de rev. donat.*, VIII, 56) (3).

3. *Revocación por ingratitud.*—Sólo bajo Justiniano se estableció como principio general la revocación de las donaciones entre vivos por ingratitud del donatario. Antes de él no había sido admitida más que en caso de donación entre ascendientes y descendientes (L. 7, C., *de revoc. donat.*, VIII, 56, año 349.—L. 9, C., *eod.*, año 430). Las causas de ingratitud eran dejadas a la apreciación del donante. Justiniano generalizó esta decisión e hizo de ella derecho común; pero determinó limitativamente las causas de ingratitud (L. 10, C., *eod.*, año 530). El donante obtiene la revocación de la donación por ingratitud mediante una *condictio ex lege*, que no ataca en nada las enajenaciones y los derechos reales consentidos por el donatario en provecho de un tercero. Esta causa de revocación no sobrevive ni al donante ni al donatario (L. 6, y L. 10, C., *eod.*).

Apéndice 1.—De las donaciones "mortis causa".

426.—I. *Noción y caracteres.*—La donación *mortis causa* ocupa un lugar intermedio entre la donación entre vivos y el legado. Hecha por el donante en previsión de su fallecimiento, sólo se hace perfecta en el momento de su muerte, y caduca si muere primero el donatario (1).

Con mucha frecuencia el donante subordina la perfección de la donación *mortis causa* a su muerte anterior en general. Pero puede también no tener en vista más que un peligro de muerte especial. Así, a punto de partir para una expedición lejana, en el momento de un combate, un ciudadano puede hacer una donación *mortis causa*, que será válida si sucumbe en este peligro determinado y nula si se libra de él (I, § 1, *de donat.*, II, 7). Pero en todos los casos la caducidad de la liberalidad por la muerte anterior del donatario es un carácter esencial de la donación *mortis causa*, sin la cual sólo es una donación ordinaria entre vivos.

Otro carácter de la donación *mortis causa* es que es revocable a voluntad del donante, como una disposición de última voluntad. Hasta su muerte el donante es libre de cambiar de parecer y de revocar la liberalidad que ha hecho. Pero la revocabilidad no es de esencia en la donación: el donante la puede renunciar por una cláusula expresa, sin que la liberalidad deje de ser una donación *mortis causa* (2).

En resumen, la donación *mortis causa* difiere de la donación entre vivos por los caracteres siguientes: a) No es definitiva más que a la muerte del donante; b) Caduca por muerte anterior del donatario; c) Es revocable a voluntad del donante, a no ser que haya una cláusula en contrario.

427.—II. *Forma y efectos.*—En caso de donación *mortis causa*, como para la donación entre vivos, la simple convención de donar no es obligatoria por sí misma. Las partes tenían, pues, que recurrir, para realizar la donación, a los procedimientos ordinarios, de los que los más usados eran una *datio* o una estipulación: a) La *datio* podía tener lugar bajo condición suspensiva, de manera que el donatario no se hiciera

(3) Esta disposición, generalizada, ha llegado a ser, en nuestro Derecho, el origen de la revocación de las donaciones por sobrevenir un hijo (Cf. art. 960, C. C.).

426. (1) Ulpiano, L. 32, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.*—I, § 1, *de donat.*, II, 7: *Mortis causa donatio est, cum quis ita donat, ut, si... supervivisset qui donavit, reciperet, vel si... prior decesserit is cui donatum sit...*

(2) Esta solución no es admitida por todos los autores. Pero está dada claramente por Juliano; L. 13, § 1, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6: *Sed et sic donari potest ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit, decesserit.*

propietario de la cosa donada hasta la muerte del donante. Podía también ser pura y simple: el donatario era entonces inmediatamente propietario; pero le era quitada la propiedad si la donación caducaba (V. n.º 430 y nota 2); b) Cuando el donante se ha obligado por estipulación, el donatario no puede ejercitar la acción *ex stipulatu* sino después de la muerte del donante, y contra sus herederos, pues sólo entonces es prefecta la donación (Marcelo, L. 34, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6).

428.—Entre las modificaciones sucesivas aportadas al régimen de las donaciones entre vivos, unas quedaron extrañas a las donaciones *mortis causa*, otras les fueron aplicables. Las disposiciones de la ley Cincia parecen hechas sólo para las donaciones entre vivos, pues ningún texto señala su aplicación a las donaciones *mortis causa;* y, además, el donante encontraba casi siempre en su derecho de revocación una protección suficiente contra liberalidades exageradas. ¿Estuvieron sujetas a la insinuación las donaciones *mortis causa?* Es un punto oscuro. En fin, es difícil saber si la convención de donar *mortis causa* se convirtió bajo Justiniano en un pacto legítimo, como la convención de donar entre vivos. La constitución por la que este emperador da fuerza obligatoria al pacto de donación está concebida en términos absolutos (L. 35, § 5, C., *de donat.*, VIII, 54). Pero el texto de las *Instituciones* que refiere esta decisión es especial para las donaciones entre vivos (I, § 2, *de donat.*, II, 7). Sin tomar partido en la cuestión, nos limitaremos a hacer constar que carece de interés, pues algunos meses más tarde, en setiembre del 530, Justiniano reguló de una manera especial la forma de las donaciones *mortis causa*. Las dispensa de la insinuación y las declara válidas con tal que sean hechas, verbalmente o por escrito, en presencia de cinco testigos (L. 4, C., *de donat. c. mort.*, VIII, 57).

429.—Por esta Constitución, Justiniano quiso también cortar una cuestión hasta entonces dudosa: ¿había que aplicar a las donaciones *mortis causa* los principios del legado? En general, había prevalecido la asimilación (1).

La misma capacidad era necesaria en el donatario *mortis causa* que en el legatario. La donación sólo se mantenía, como el legado, si el donatario moría solvente; si no, los bienes donados *mortis causa* eran considerados como si no hubieran salido del patrimonio del difunto. En fin, estaba sujeta a la ley Faldicia y a las leyes caducarias (2). Justiniano completó esta asimilación decidiendo de una manera general que las donaciones *mortis causa* y los legados producirían los mismos efectos y estarían sujetos a las mismas reglas. Sin embargo, las dos constituciones han quedado aún, en razón misma de su naturaleza, separadas por diferencias importantes. La donación es independiente del testamento y puede producir en vida del donante efectos ciertos, aunque revocables; el legado sigue la suerte del testamento y sólo tiene efecto después de la muerte del testador. En fin, no creemos que, bajo Justiniano, la donación *mortis causa* haya sido nunca, como el legado, un modo de adquirir: ningún texto deciviso prueba que Justiniano haya tenido la idea de semejante reforma (3).

---

429. (1) Ulpiano, L. 37, pr., D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6: *Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.*

(2) Véanse sobre estas diversas soluciones: Paulo, L. 9, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6 y L. 35, pr., D., *eod.* Juliano, L. 17, D., *eod.* Alej. Severo, L. 5, C., *ad leg. Falcid.*, VI, 50, año 223.

(3) La I. 4, C., *de donat. c. mort.*, VIII, 57, establece, es cierto, una asimilación completa entre las donaciones *mortis causa* y los legados. Pero el argumento que de ahí se puede sacar pierde todo su valor en presencia del texto más exacto de las *Instituciones* de Jus-

430.—*De la caducidad de las donaciones «mortis causa» y de sus consecuencias.*—La donación *mortis causa* llega a caducar: a) Si el donatario muere antes que el donante; b) Cuando, habiéndose hecho la donación en vista de una probabilidad de muerte determinada, el donante se salva de ese peligro, y c) Cuando el donante revoca la donación.

La caducidad de la donación hace perder al donatario su derecho de crédito, si la liberalidad ha sido realizada por estipulación. Pero las consecuencias son más complicadas si ha habido *datio* en provecho del donatario. Hay que distinguir dos hipótesis: a) Cuando la *datio* ha sido hecha bajo condición suspensiva, no habiéndose realizado el acontecimiento que debe hacer perfecta la liberalidad, pues que la donación es caduca, el donante ha permanecido propietario y puede reivindicar la cosa dada (1); b) Cuando ha habido *datio* pura y simple, si el donante ha guardado la posesión, puede oponer la excepción de dolo a la *rei vindicatio* del donatario (Papiniano, L. 42, pr., D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6). Pero si el donatario tenía la propiedad y la posesión, ¿cuál es el derecho del donante? En principio, la propiedad no le vuelve de pleno derecho, pues en la época clásica no puede ser transferida *ad tempus*. Pero la *datio* ya no tiene causa y el donante puede ejercitar contra el donatario una acción personal, para obligarle a transferirle la propiedad de la cosa donada. Esta acción es la *condictio ob rem dati*, pues la operación es considerada como un *negotium do ut facias* (Paulo, L. 36, § 3, D., *eod.*). Por consiguiente, los derechos reales consentidos por el donatario permanecen posibles de oponer al donante, quien, en caso de enajenación de la cosa dada, sólo obtiene su valor (Juliano, L. 19, D., *eod.*). Ulpiano parece haber sido el primero que propuso una solución más favorable a los intereses del donante, como lo había hecho igualmente con el vendedor en caso de *addictio in diem;* sostiene que se puede considerar la propiedad como regresando de pleno derecho al donante, al cual permite, por consiguiente, ejercitar una *rei vindicatio utilis* oponible a los terceros (2). Esta doctrina parece haber triunfado en el Bajo Imperio, y está definitivamente consagrada bajo Justiniano (L. 26, C., *de legat.*, VI, 37.—V. n.º 161, *in fine*, y notas).

Apéndice II.—De las donaciones entre cónyuges.

431.—Las donaciones entre cónyuges son hechas por uno de los cónyuges al otro durante el matrimonio. Estas donaciones presentan en general un peligro: uno de los cónyuges puede abusar de su influencia sobre el otro para obtener de él liberalidades y enriquecerse a su costa. Por esta razón, en nuestro Derecho actual las donaciones entre cónyuges están permitidas, pero son esencialmente revocables a voluntad del donante (art. 1.096, C. C.). Esta teoría produce poco más o menos el mismo resultado que la que ha sido consagrada en el último estado del Derecho Romano, tras de fases diversas.

1. Durante los primeros siglos de Roma, la *manus* acompañaba con frecuencia al matrimonio, y hacía imposible toda donación entre cónyuges, puesto que los bienes de la mujer pertenecían al marido. Pero cuando la mujer no había caído *in manu*, las donaciones entre cón-

---

tiniano, donde se dice que las dos instituciones son asimiladas *fere per omnia*, lo que deja aún lugar a diferencias.

430. (1) Ulpiano, L. 29, D., *de mort. c. donat.*, XXXIX, 6: *Si quidem quis sic donavit ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est; sine dubio donator poterit rem vindicare...*

(2) L. 29, D., *eod.* (continuación): *Si vero sic ut jam nunc haberet: redderet, si convaluisset, vel de praelio, vel peregre rediisset: potest defendi in rem competere donatori, si quod horum contigisset; interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.*

yuges quedaron permitidas. Hasta parece que en esa época, en que los divorcios eran escasos, habían sido vistas favorablemente, pues la ley Cincia cita al marido y a la mujer entre las personas exceptuadas que pueden hacerse liberalidades sin restricción (Fr. Vat. § 302).

2. A este régimen de libertad sucede una prohibición absoluta. Hacia el fin de la República y al principio del Imperio, la relajación de las costumbres y el abuso del divorcio hicieron más sensible el inconveniente de las donaciones entre cónyuges. El matrimonio se había convertido en una especulación: el cónyuge poco escrupuloso se aprovechaba del afecto o de la debilidad de su conjunto para despojarle, y la amenaza del divorcio le ofrecía un medio cómodo de obtener las liberalidades que deseaba. Así que, sin que haya habido ley especial, y por la sola autoridad de la costumbre establecida bajo la influencia de los jurisconsultos, se prohibieron las donaciones entre cónyuges (1). Había excepción en favor de ciertas liberalidades, a las que no se podían aplicar los motivos de la prohibición. Tales eran, por ejemplo, las donaciones *divortii causa*, hechas en el momento del divorcio, y las donaciones *mortis causa*, que no eran perfectas más que por la muerte anterior del donante y, por consiguiente, después de la disolución del matrimonio (Ulpiano, VII, § 1).

La sanción de la prohibición es la nulidad absoluta. Cualquiera que haya sido el procedimiento empleado para realizar la donación, *datio*, estipulación, remisión de deuda, el acto es nulo. El donante tiene el derecho de reivindicar la cosa donada, sin que el donatario pueda prevalerse de la usucapión, pues su posesión carece de justa causa. Si la cosa ha sido consumida, el donante tiene una *condictio*, hasta concurrencia del enriquecimiento del donatario (2).

El mismo derecho pertenece a sus herederos. Pero el cónyuge donante queda libre de confirmar expresamente la donación: ya antes de morir, transformando la liberalidad en donación *mortis causa*, bien en su testamento, bajo forma de legado. Este uso se generalizó en la práctica y preparó el establecimiento de un régimen menos riguroso.

3. Un senadoconsulto de Septimio Severo y de Antonino Caracalla, *oratio Antonini*, decidió que si el donante había perseverado hasta su muerte en la voluntad de mantener la donación, y si moría durando aún el matrimonio, se haría válida de pleno derecho en el momento del fallecimiento. Por tanto, mientras viva, queda dueño de prevalerse, como antes, de la nulidad de la donación; pero su silencio equivale a una ratificación expresa, y la liberalidad se hace inatacable para sus herederos (3). La donación entre cónyuges se encontraba así tratada como una liberalidad *mortis causa*, puesto que sólo se hacía válida a la muerte del donante; por consiguiente, se le aplicaron la mayor parte de las reglas de las donaciones *mortis causa* y de los legados (L. 32, § 1, D., *de donat. int.*, XXIV, 1).

4. Justiniano aporta una última modificación a estos principios. Decide que la donación entre cónyuges, hecha válida porque el donante ha muerto sin haber cambiado de voluntad, debe ser tratada como ver-

---

481. (1) Ulpiano, L. 1, D., *de donat. int.*, XXIV, 1: *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent... ne mutuo amore invicem spoliarentur...*— Ad. Paulo, L. 2, *eod.*

(2) Ulpiano, L. 3, § 10, D., *de donat. int.*, XXIV, 1: *Sciendum est autem ita interdictam inter virum et uxorem, donationem ut ipso jure nihil valeat quod actum est...* L. 5, § 18, D., *eod.*; *In donationibus... jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo cave cui donatum est, ut si quidem existet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est.*

(3) Ulpiano, L. 32, pr., D., *de donat. int.*, XXIV, 1: L. 32, § 2, D., *eod.*: *Ait oratio ejus esse eum quidem qui donavit poenitere; heredem vero eripere, forsitam adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum et avarum esse.*

dadera donación entre vivos. Da además a la validez un efecto retroactivo al día en que la donación ha sido hecha regularmente; es decir, al día en que tuvo lugar la convención de donar, si el valor de la donación no pasa de quinientos sueldos, y al día de la insinuación, si es superior a esa tasa (L. 25, C., *de donat. int.*, V. 16, año 528).

II.—De la dote.

432.—I. *Noción y desarrollo histórico de la dote.*—En el Derecho clásico, se entiende por dote el conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer, o de otra persona en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio (1).

El uso de la dote parece ser muy antiguo; se justifica por varias razones. En el matrimonio, la mujer se hacía asociada del marido: participaba de su rango en la sociedad; era justo que contribuyera a los gastos de la casa. Por otra parte, la manutención y educación de los hijos no podían quedar a cargo exclusivo del marido; la fortuna de la madre debía, como la del padre, darles medios de existencia. En fin, los hijos extraños a la familia civil de la madre no sucedían más que al padre: era, pues, útil que los bienes de la familia materna vinieran por su parte a aumentar la herencia que estaban llamados a recoger.

Estos resultados eran naturalmente obtenidos cuando la mujer, siendo *sui juris*, tenía un patrimonio propio; la *manus* acompañaba al matrimonio, como era al principio la práctica más frecuente; todos sus bienes pertenecían entonces al marido, y formaban una especie de *dote* en un sentido lato (Cicerón, *Topic*, 4). Pero era distinto cuando la mujer, siendo *alieni juris*, no tenía fortuna personal, o cuando, *sui juris*, no caía bajo la *manus* del marido. Así que, en tal caso, el jefe de la familia de la mujer, si ella era *alieni juris*, la mujer misma si era *sui juris*, transfería al marido la propiedad de ciertos bienes; era la dote propiamente dicha. Estos bienes *dotales* eran adquiridos por el marido de una manera definitiva y, a su muerte, aumentaban para los hijos la sucesión paterna (2). Pero la mujer *sui juris* conservaba, fuera de la *manus*, la propiedad de sus bienes no comprendidos en la dote (3). Este régimen matrimonial sustituyó completamente, bajo el Imperio, a la *manus*, que acabó por caer en desuso.

Hacia mediados del siglo VI de Roma, el cambio de las costumbres trajo modificaciones en los principios de la dote. El divorcio, que primero había sido raro, se hizo más frecuente, y tuvieron que preocupar-

---

432. (1) *Dote* viene del griego δώς, que se deriva de διδόναι, dar, entregar. Es, en efecto, en su origen un verdadero donativo definitivamente adquirido por el marido. Pero los jurisconsultos clásicos, preocupados con la idea de que el marido debe afectar los bienes dotales a las cargas del matrimonio y restituirlos eventualmente, no consideran la dote como una adquisición a título gratuito, como una verdadera donación. Cf. Ulpiano, L. 19, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Ex promissione dotis, non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur qui dotem petit.*

N. del T.—Indudablemente no se concibe la dote sin matrimonio (Florentino, D., XXIII, 3, 3); pero casi con seguridad no debió existir en los primeros tiempos, durante el régimen de la *manus*, en el sentido técnico. Parece, no obstante, que respecto a este punto se verificó un cambio en los últimos tiempos de la República, o sea cuando la dote se había determinado jurídicamente. La interpretación de los jurisconsultos admitió que todo el patrimonio de la mujer pasase al marido con la *manus*, pero no a título de propiedad absoluta, sino de dote.

(2) Tal es el sentido de la antigua regla formulada por Paulo, L. 1, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3: *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.*

(3) Estos bienes, quedados fuera de la dote, eran llamados en las Galias *peculium*, y entre los griegos, παράφερνα, de donde hemos dicho *bienes parafernales*. Ulpiano, L. 9, § 3, *de jur. dot.*, XXIII, 3.

se de asegurar la existencia de la mujer repudiada, cuya dote quedaba en manos del marido. Se tomó, pues, la costumbre de unir a la constitución de dote una estipulación por la que el marido se comprometía, en caso de divorcio, a restituir a la mujer una cantidad determinada que representara la totalidad o una parte de la dote (4).

Muy pronto, en ausencia de toda estipulación, la mujer repudiada tuvo otro medio de recobrar su dote: fué una acción especial, llamada *rei uxoriae* (5). Es probable que esta acción, como otras muchas, tuviera primero un carácter penal, y fuera destinada a castigar una repudiación injusta por parte del marido; pues ella es a menudo calificada de acción *injusti repudii* (Quintiliano, *Declam*, 250). La pena podía ser inferior, pero no superior al total de la dote (6). Bajo la influencia de las costumbres, la acción *rei uxoriae* se extendió en caso de disolución del matrimonio por muerte del marido. Desde entonces, no podía ya descansar sobre la idea de delito: se la consideró como sancionando una obligación nacida *quasi ex contractu*, y se convirtió, en todos los casos, en una verdadera acción en restitución. Es cierto que presenta este carácter, al menos al final del siglo VII (Cicerón, *Topic*, 17 [66]).

No era bastante haber consagrado el principio de la restitución de la dote. Había aún que garantizarla contra las disipaciones del marido. Al principio del Imperio lo exigía el interés mismo del Estado. Las costumbres se habían relajado; el número de los ciudadanos ingenuos disminuía. Augusto quiso fomentar los matrimonios legítimos. Pero la mujer sin dote se casaba difícilmente. Era, pues, necesario asegurar a la mujer viuda o divorciada la conservación de su dote, para que pudiera contraer un segundo matrimonio (7). Así es que una ley *Julia* vino a aportar graves restricciones a los derechos del marido sobre la dote durante el matrimonio. Fueron más tarde completadas por Justiniano, quien dió a la mujer nuevas garantías.

Así es como, bajo el reinado de Augusto, la dote ya no es adquirida por el marido de una manera definitiva y perpetua. Su papel ha terminado cuando el matrimonio es disuelto en vida de la mujer, y su constitución misma implica la obligación de restituir (8).

433. II. *De la constitución de la dote.*—1. La dote puede ser constituída por la mujer misma, o por uno de sus ascendientes, o por un tercero. Si es dada por el padre, o por un ascendiente paterno, aun a una hija emancipada, toma el nombre de dote *profecticia* (1); en los

---

(4) Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV, 2: *Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma qui in Satio fuisse, quin profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimonits divertentibus... Tunc primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas cum Spurius Carvilius... divortium cum uxore fecit.*—Ad. Dionisio de Halicarnaso, II, 25. Boecio, Ad. *Cicer. topic.*, XVII, 66.

(5) No nos parece posible precisar cuál fué la autoridad que estableció esta acción. Los hay que piensan que fué introducida primero por el pretor, como las demás acciones *in bonum et aequum conceptae* (V. n.° 796, nota 4), y que acabó por ser considerada como civil.

(6) La naturaleza primitiva de la acción *rei uxoriae* es muy dudosa. Según ciertos autores, sería una extensión de las *cauciones* usadas entre las partes. ¿Pero cómo una estipulación *certa*, sólo posible entonces, habría servido a una acción tan amplia, *in bonum et aequum conceptae*? Para otros, tendría su origen en la jurisprudencia de los tribunales de familia, decidiendo, en caso de divorcio, qué porción de la dote volvía a la mujer. Cuando la imparcialidad de esta justicia doméstica se hubiera hecho sospechosa, se habría recurrido a un árbitro designado por el magistrado: de ahí la acción *rei uxoriae*. La opinión según la cual esta acción habría sido primero penal, nos parece más en armonía con el desarrollo ordinario de las acciones en Derecho Romano.

(7) Paulo, L. 2, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* L. 4, D., *solut matr.*, XXIV, 3.

(8) El régimen dotal ha pasado del Derecho Romano a nuestros países de derecho escrito, y está aún consagrado por los artículos 1.540 a 1.581, C. C.

433. (1) Ulpiano, VI, § 3. En la L. 5, pr., D., *de jur. dot.*, XXIII, 3, da el origen de la palabra *profectitia: Profectitia dos est quae a patre, vel parente profecta est de bonis vel facto ejus.* Ad. L. 5, § 11, D., *eod.*

demás casos es llamada *adventicia*. A partir de Antonino Caracalla, la constitución de una dote se convirtió, para los ascendientes de la hija *sui juris* o bajo potestad, en una verdadera obligación sancionada por el Derecho civil (2).

2. La dote es generalmente constituída antes del matrimonio, y no es entonces válida más que si el matrimonio se realiza. Pero puede también ser constituída o simplemente aumentada durante el matrimonio (Paulo, S., II, 21, § 1.—Fr. Vat., § 110).

3. La convención de constituir una dote no es más que un simple pacto, y en el Derecho clásico no tiene nada de obligatorio. Para darle efecto, las partes tenían que recurrir bien a una *datio*, que hacía al marido propietario de las cosas dotales, bien a una *estipulación* o a una *dictio dotis*, que le hacía acreedor del constituyente (3). Los dos procedimientos eran de derecho común. Pero la mujer *sui juris*, su padre o su ascendiente paterno, podían sólo obligarse por las *dictio dotis* (V. n.º 335). En el año 428 de nuestra era, Teodosio y Valentiniano hicieron obligatoria la simple convención de dote, que se convirtió en pacto legítimo, sancionado por la *condictio ex lege;* la *dictio dotis*, sin utilidad en lo sucesivo, cayó en desuso (L. 6, C., *de dot. prom.*, V, 11).

434.—III. *Derechos del marido sobre la dote durante el matrimonio.*—1. *Derecho anterior a Justiniano.*—El marido es propietario de la dote y, hasta principios del Imperio, puede disponer de ella a su gusto, ya consista en muebles o en inmuebles. Pero, bajo Augusto, se trata de poner los inmuebles dotales al abrigo de las disipaciones del marido, y la ley *Julia de adulteriis* ha restringido estos poderes sobre los inmuebles constituídos en dote.

a) Decide que el marido no puede enajenar el inmueble dotal sin consentimiento de la mujer (1). No puede tampoco gravarle con servidumbres. Esta disposición sólo se aplicaba a los predios itálicos (2). Por otra parte, el marido conservaba el derecho de enajenar el inmueble dotal que había sido estimado, de modo que tuviera la elección de devolver, a la disolución del matrimonio, el inmueble mismo o la estimación (Africano, L. 11, D., *de fund. dot.*, XXIII, 5). En fin, la prohibición de enajenar sólo concernía a las enajenaciones voluntarias, y no impedía las necesarias, como la que resulta del reparto provocado por un copropietario del inmueble dotal (3).

La prohibición de la ley Julia tenía por sanción la nulidad de la enajenación. Aunque los textos no precisan los efectos de esta nulidad, como lo hacen para las donaciones entre cónyuges, se admite generalmente que el marido, obrando solo, no puede transferir al adquirente la propiedad del inmueble dotal, ni poner a este tercero en condición de usucapir (4). El inmueble no ha cesado de pertenecerle y puede reivin-

---

(2) Marciano, D., 19, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2: ... *Qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur... dotare.*

(3) Ulpiano, IV, § 1: *Dos aut dicitur, aut datur, aut promittitur.* En el caso especial en que el marido era deudor de la mujer, la dote podía ser constituída mediante una remisión de deuda (Paulo, L. 41, § 2, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3: *Accepti quoque latione dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendae causa.*

434. (1) Gayo, II, § 63. Paulo, S., II, 21, *b*, § 2: *Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale praedium maritus invita uxore alienet.* La califica de *Lex Julia de fundo dotali* en la L. 1, D., *de fund. dot.*, XXIII, 5.

(2) A pesar de la duda emitida por Gayo (II, § 63), estas restricciones a los poderes del marido no se aplicaban a los predios provinciales. Es lo que prueban las *Instituciones* de Justiniano (Pr. II, 8), confirmadas por los Fragmentos del Sinaí, 5.

(3) Trifonino, L. 78, § 4, D., *de jur. dot.*, XXIII, 3. Gordiano, L. 2, C., *de fund. dot.*, 23.—Ad. Paulo, L. 1, D., *de fund. dot.*, XXIII, 5.

(4) Paulo, L. 28, pr., D., *de verb. sign.*, L. 16. Pero la usucapión empezada antes del matrimonio no es interrumpida ni suspendida (Trifonino, L. 16, D., *de fund. dot.*, XXIII, 5).

dicarle (5). Pero esta solución sólo es provisional, pues la nulidad está establecida en interés de la mujer y para la conservación de su dote. Resulta de aquí que, para saber la suerte definitiva de la enajenación, hay que aguardar a la disolución del matrimonio. Cuando la dote debe ser restituída, *la nulidad es cierta (6). La mujer se hace devolver* el inmueble por el marido, si le ha recobrado ya; si no, le obliga por la acción *rei uxoriae* a cederle la reivindicación contra el adquirente. Pero cuando el marido guarda la dote, la enajenación es confirmada; no puede ya reivindicar el inmueble, que queda en manos del adquirente, y si le ha recobrado ya, el adquirente puede obligarle a devolvérselo (Marciano, L. 17, D., *de fund. dot.*, XXIII, 5). La ratificación expresa de la mujer durante el matrimonio confirma también la enajenación.

b) Además, el marido no puede *hipotecar* el inmueble dotal, aun con el consentimiento de su mujer. La hipoteca es, en efecto, más rigurosa que la enajenación: conduce a ella con frecuencia, pero de una manera desviada; la mujer puede también dejarse llevar demasiado fácilmente a consentirlo.

Esta prohibición estaba, como la de enajenar, limitada a los predios itálicos (Fr. del Sinai, 5). Pero ¿estaba declarada por la ley Julia? Aunque Justiniano lo afirma en el Código (L. 1, § 15, V. 13) y en las Instituciones (Pr., II, 8), varios autores lo han negado, a causa del silencio de Gayo y de Paulo (V. n.º 434, *nota* 1), y porque la hipoteca no era conocida en Italia en tiempo de Augusto. Hacen de ello una consecuencia del Veleyano, que prohibía a la mujer obligarse por otro. Para nosotros, la prohibición de hipotecar se deriva de la ley Julia, sin haber sido una disposición expresa suya. En efecto, la prohibición de enajenar se aplicaba a la enajenación fiduciaria. Más tarde, cuando se practicó en Italia la hipoteca, se extendió naturalmente a esta nueva seguridad real, que contiene en germen la enajenación; y la jurisprudencia, bajo la influencia de la idea de protección que inspiró el Veleyano, agravó la prohibición de hipotecar, tratando como nula toda hipoteca con la que el marido ha gravado el fundo dotal, aun con el consentimiento de la mujer.

2. *Reformas de Justiniano.*—Justiniano completó las disposiciones de la ley Julia. Decidió que el marido no podría enajenar ni hipotecar el predio dotal, aun con el consentimiento de la mujer, y extendió esta prohibición a los fundos provinciales. Así se encontró consagrada, de una manera absoluta, la inalienabilidad de la dote inmueble. Pero el marido queda dueño de enajenar e hipotecar los muebles dotales, así como los inmuebles que ha recibido con estimación, y de los que puede devolver sólo el valor (L. 1, § 15, C., *de rei ux.*, V. 13,).

435.—IV. *De la restitución de la dote.*—Hemos dicho cómo la dote, primero adquirida por el marido de una manera definitiva, estuvo sujeta más tarde a la restitución, y cómo fué asegurada esta restitución, primero por *cauciones* sancionadas por la acción *ex stipulatu*, después por la acción *rei uxoriae* (V. n.º 432). Nos queda por precisar en qué casos debió ser restituída la dote, y a qué reglas estaban sujetas las acciones en restitución, primero en el Derecho clásico, luego bajo Justiniano.

(5) Papiniano, L. 42, D., *de usurp.*, XLI, 3: *Cum vir praedium dotale vendidit, scienti sel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet.* Se puede preguntar si por estas palabras *venditio non valet* hay que entender la anulación de la transferencia de propiedad o solamente la nulidad de la venta. En el primer caso, el marido tiene la *rei vindicatio;* en el segundo, la *condictio sine causa.* Pero, en ambos casos, el comprador no puede oponerle útilmente la excepción *rei venditae et traditae*, siendo nula la venta. Sería paralizada por una réplica sacada de la ley Julia.

(6) Paulo, L. 3, § 1, *de fund. dot.*, XXIII, 5: *Totiens... non potest alienari fundus, quotiens mutieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est.*

A) *Derecho clásico.*—1. La mujer, o cualquiera otra persona que constituye la dote, es libre de estipular su restitución, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio. La dote es entonces llamada *recepticia* (Ulpiano, VI, § 5). Pero si no se ha hecho ninguna estipulación de este género, la restitución de la dote sólo es obligatoria en ciertos casos: a) Cuando el matrimonio es disuelto por el divorcio o por la muerte del marido, la dote debe ser restituída a la mujer divorciada o viuda. Sin embargo, una disposición del edicto del pretor, llamada edicto *de alterutro*, obligaba a la mujer superviviente a optar entre la restitución de su dote y las liberalidades que su marido le había hecho por testamento (L. 1, § 3, C., *de rei ux.*, V. 13); b) Al contrario, cuando el matrimonio ha terminado por la muerte de la mujer, la dote queda en principio al marido. Sólo es de otro modo cuando es *profecticia;* vuelve entonces al padre que la ha constituído (1). Estas reglas son ya admitidas en tiempo del jurisconsulto Servio Sulpicio, a fines del siglo VII de Roma (Labeón, L. 24, pr., D., *solut. matr.*, XXIII, 3).

Solamente después de la disolución del matrimonio tenía lugar la restitución de la dote. Pero, por excepción, la mujer podía exigirla aun durante el matrimonio, cuando el marido se hacía insolvente, hasta el punto de que la dote estuviera evidentemente comprometida (Ulpiano, L. 24, pr., D., *solut. matr.*, XXIV, 3).

2. La restitución de la dote podía ser obtenida, bien por la acción *ex estipulatu*, bien por la acción *rei uxoriae*.

La acción *ex stipulatu* pertenecía a toda persona que, al constituir la dote, había estipulado su restitución. Era de estricto derecho; los mismos términos de la estipulación fijaban la medida de la obligación del marido o de sus herederos. La acción pasaba a los herederos del estipulante.

La acción *rei uxoriae* era de derecho común. Pero sólo era dada a dos personas: a) A la mujer viuda o divorciada. Si estaba en potestad paterna, era el padre de familia quien la ejercitaba con el concurso de su hija, *adjuncta filiae persona* (Ulpiano, VI, § 6); b) Al padre, si el matrimonio se disuelve por la muerte de la mujer y la dote es profecticia. Es negada a cualquier otra persona, aun a los herederos de la mujer, al menos que antes de morir no haya puesto al marido en demora de restituir la dote (Ulpiano, VI, §§ 4 y 7).

La acción *rei uxoriae* era *in bonum et aequum concepta.* El árbitro debía tener en cuenta la equidad en la medida más amplia, y la fórmula le autorizaba a ello dándole el poder de fijar para la condena *quod melius aequius erit* (2). Sin embargo, la jurisprudencia había acabado por establecer reglas que fijaban las ventajas del marido demandado en esta acción.

a) Tenía derecho de hacer ciertas retenciones sobre la dote en los casos siguientes: 1.° *Ob liberos*, cuando quedaba cargado de hijos después del divorcio sobrevenido por culpa de la mujer o del padre de familia de la mujer (Ulpiano, VI, § 10). 2.° *Ob mores*, en caso de mala conducta de la mujer (3). La retención era mayor para el adulterio, más pequeña para los desórdenes menos graves (Ulpiano, VI, § 12). 3° *Ob im-*

435. (1) Ulpiano, VI, § 4. Pomponio, L. 6, pr., D., *de jur. dot.*, XXIII, 3: *Jure succursum est patri ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne et filios amissae et pecuniae damnum sentiret.*

(2) Véase sobre las acciones *in bonum et aequum conceptae* el n.° 796, nota 4.

(3) El marido tenía también una acción especial contra la mujer, *judicium de moribus*, que le permitía obtener directamente las mismas ventajas que las retenciones *ob mores* (Aulo Gelio, *Nuits at.*, X, 23. Gayo, IV, § 102. Paulo, L. 5, pr., *de pact. dot.*, XXIII, 4.) Esta acción fué suprimida por Justiniano (L. 11, § 2, C., *de repud.*, V. 17, año 528).

pensae (4). Los gastos necesarios disminuyen la dote de pleno derecho; lo que quiere decir que si la dote comprende cuerpos ciertos y dinero y el marido ha hecho gastos necesarios para la conservación de los bienes dotales, la deuda de dinero es disminuída de pleno derecho hasta la concurrencia del gasto (Ulpiano, L. 1, § 2 y L. 5, pr., D., *de imp. in res dot.*, XXV, 1). *En cuanto a los gastos útiles, que dan plus valía a la dote,* tiene derecho a indemnización si la mujer lo ha consentido; si no, puede solamente quitar lo que ha agregado a los bienes dotales, pero sin deteriorarlos (Paulo, L. 8, D., *eod.*). Este *jus tollendi* es el único recurso del marido en caso de gastos *de mero lujo*, que no aumentan el valor de la dote (Ulpiano, L. 9, D., *eod.*). 4.° *Ob res amotas*, si la mujer ha separado cosas que pertenecían al marido y no las ha restituído (5).

b) Gozaba del *beneficio de competencia*, gracias al cual sólo era condenado en el límite de su patrimonio (Modestino, L. 20, D., *de re judic.*, XLII, 1.—V. n.° 806).

c) En fin, a menos de cláusula contraria, el marido restituía la dote en tres plazos de un año cada uno, *annua, bima, trima, die*, cuando se trataba de cantidades de dinero o de cosas que se evalúan en el número, en el peso o en la medida, pues podía no tenerlas inmediatamente a su disposición (Ulpiano, VI, § 8). Esta facultad no le era concedida para los cuerpos ciertos, que hubiera debido conservar; tenía que restituírlos sin demora.

Por su parte, la mujer acreedora de la dote tenía un *privilegium exigendi*, en virtud del cual debía ser pagada sobre los bienes del marido con preferencia a los demás acreedores quirografarios. Pero los acreedores hipotecarios se colocaban antes que ella (L. 12, pr., C., *qui pot.*, VIII, 18).

B) *Reformas de Justiniano.*—Al mismo tiempo que completaba las disposiciones de la ley Julia y aseguraba la conservación de la dote inmueble, Justiniano, por la misma Constitución del año 530 (C., *de rei ux.*, V. 13), generalizó el principio de la restitución de la dote, y creó en provecho de la mujer garantías especiales.

1. En todos los casos en que la restitución de la dote no ha sido expresamente estipulada en provecho del constituyente, Justiniano decide que se repute a la mujer como si hubiera hecho una estipulación, en virtud de la cual la dote debe ser restituída a ella o a sus herederos, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio (L. 1, § 13, C., *de rei ux.*, V. 13). El marido, pues, está siempre obligado en lo sucesivo a restituir la dote. La mujer está asimismo autorizada a acumular el total con las liberalidades testamentarias del marido, pues el edicto *de alterutro* está abrogado (L. 1, § 3, C., *eod.*).

2. Teniendo lugar la restitución de la dote en virtud de una estipulación expresa o presunta, sólo se da contra el marido la acción *ex stipulatu*. Justiniano suprime la acción *rei uxoriae*. Pero, para no quitar a las partes las ventajas que les daba, comunica a la acción *ex stipulatu* sus caracteres principales. Así: a) La nueva acción *ex stipulatu* es de buena fe (I, 29, § *de act.*, IV, 6); b) El marido demandado conserva el derecho de retener el importe de sus gastos necesarios que disminuyen la dote de pleno derecho; todas las demás retenciones son suprimidas (I, § 37, *in fine, eod.*); c) Goza del beneficio de competencia (I, § 37, *eod.*); d) En fin, Justiniano, al crear una regla nueva, le concede un plazo único de un año para restituir la dote mueble. Los inmuebles no esti-

(4) Ulpiano, VI, § 14: *Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae.*—Ad. §§ 15 a 17.

(5) El marido podía también, en caso de divorcio, reclamar la restitución de las cosas apartadas por la mujer, mediante la acción *rerum amotarum*.—V. n.° 451, 2.

mados deben ser devueltos inmediatamente (L. 1, § 7, D., *de rei ux.*, V. 13).

3. El Derecho clásico no daba a la mujer, como hemos dicho, para asegurar la restitución de la dote, más que un *privilegium exigendi*. Justiniano agregó garantías de una importancia excepcional.

a) El año 529 se preocupa primero de asegurarle la restitución de los bienes dotales que existen todavía en la naturaleza. Pero la constitución que promulga a este objeto es oscura. Parece haber vacilado entre la doctrina antigua que hacía de la dote propiedad del marido, y una teoría que hubiera estado más en armonía con los nuevos principios sobre la restitución de la dote, y que hubiera consistido en conceder al marido únicamente la administración y el disfrute de la dote durante el matrimonio, quedando la propiedad de la mujer. Sin tomar partido entre estos dos sistemas legislativos, permite a la mujer: o considerarse como propietaria de los bienes dotales aún existentes, y ejercitar para recobrarlos la acción *rei vindicatio*, o presentarse como acreedora y hacer valer sobre estos bienes un derecho de hipoteca preferente a todos los acreedores del marido, cualesquiera que sean (6).

b) Esta ventaja era insuficiente cuando la mujer sólo tenía derecho a la restitución de una dote en dinero, pues podía ser adelantada por acreedores hipotecarios del marido. Así que, en 530, por la constitución que regulaba el ejercicio de la acción *ex stipulatu*, Justiniano le concede una *hipoteca tácita* sobre todos los bienes del marido (L. 1, § 1, C., *de rei ux.*, V. 13). Esta hipoteca se verifica a partir del matrimonio o de la constitución de la dote si ésta ha tenido lugar después del casamiento.

Los acreedores hipotecarios anteriores a esta fecha podían aún colocarse antes que la mujer y comprometer el pago de la dote. Numerosas quejas determinaron a Justiniano a aumentar en proporciones exageradas una garantía ya perjudicial al crédito del marido. En 531 decidió que la hipoteca tácita de la mujer sería *privilegiada* y preferida a todos los acreedores del marido, aun a aquellos cuya hipoteca era anterior al matrimonio (L. *assiduis*, 12, C., *qui pot.*, VII, 18).

Apéndice.—De la donación "propter nuptias".

436.—A la dote se une el estudio de la donación *propter nuptias*. Es una donación hecha a la mujer por el marido o por un tercero, con ocasión del matrimonio.

Era desconocida en la época clásica. Pero era ya costumbre que el novio hiciera a su novia regalos, que eran revocables si no se realizaba el enlace (1). Más tarde, en el siglo V de nuestra era, estas liberalidades se convirtieron en verdaderas donaciones hechas antes del matrimonio, *ante nuptias*, y sujetas a reglas propias. Justino decidió que a ejemplo

(6) L. 30, C., *de jur. dot.*, V. 12: *Volumus itaque eam, in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere: ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligentur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive a rem, sive hypothecariam et plenissime consulatur...*

Se ha puesto en duda que Justiniano permitiera a la mujer ejercer la *rei vindicatio*. Pero el texto de la L. 30 es confirmado por un escolio de las *Basílicas* (L. 50, Lib. XXIX, título 1, y en la Nov. 91, c. 1, el emperador, volviendo incidentalmente sobre esta decisión, se expresa así: *Illinc enim et in rem quae de proprietate est competit pure, et unumquemque quod suum est habere nullo privilegio indigens.* Nos parece, pues, cierto que el nuevo principio, según el cual la mujer guarda la propiedad de la dote, de la que el marido sólo tiene el disfrute durante el matrimonio, estaba ya en germen en el Derecho de Justiniano.

436. (1) L. 2, C., *de donat. ante nupt.*, V. 3. Esta costumbre se encuentra también entre los germanos (Tácito, *de morib. German.*, 18) y entre los celtas (César, *Comment.*, VI. 20).

de la dote, la donación *ante nuptias* podría ser aumentada durante el matrimonio, y Justiniano, completando la asimilación, permitió hacer la donación, bien antes, bien después del matrimonio; desde entonces se la llama donación *propter nuptias* (I, § 3, *de donat.*, II, 7).

La utilidad de este uso fué, sobre todo, de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio. En efecto, el marido tenía la probabilidad de ganar la dote a la muerte de la mujer; mientras la mujer sólo podía recobrar su dote si sobrevivía al marido, y no tenía que esperar otras ganancias de supervivencia más que las liberalidades del difunto. La donación *propter nuptias* fué para ella lo que la dote para el marido. Justiniano decidió también, en 539, que sólo podía haber donación *propter nuptias* si había constitución de dote, y que era precisa la igualdad entre las aportaciones de los cónyuges, como entre sus ganancias de supervivencia (Nov. 97, pref., y c. 1).

La donación *propter nuptias*, ligada a la dote para formar un mismo régimen matrimonial, estuvo sujeta a reglas análogas. Así: a) Mientras dure el matrimonio tiene el mismo destino que la dote; sus rentas deben servir a procurar recursos a la familia. El marido tiene la administración y el disfrute de los bienes donados; pero la prohibición de enajenar o hipotecar el fundo dotal se extiende a los inmuebles comprendidos en la donación *propter nuptias* (Nov. 61); b) A la disolución del matrimonio por muerte anterior del marido, la donación vuelve a la mujer como ganancia de supervivencia. Esta restitución está garantizada, como la de la dote, por una hipoteca general, pero no privilegiada, sobre los bienes del marido (L. 12, § 2, C., *qui pot.*, VIII, 18).

Capítulo II.—De las obligaciones nacidas "quasi ex contractu"

437.—Cuando una obligación es engendrada por un hecho lícito, o una manifestación de voluntad unilateral, o aun por ciertas relaciones independientes del hecho del hombre, pero de tal suerte que no haya ni contrato ni delito, los romanos dicen que nace *quasi ex contractu*. Las hipótesis de este género son numerosas. Las Instituciones de Justiniano citan las principales (I, *de obl. quasi ex contr.*, III, 27). Son: la *gestión de negocios*, la *tutela* y la *curatela*, la *indivisión*, la *aceptación de una herencia*, el *pago de lo indebido*. Pero hay otras de las que sólo indicaremos las más importantes.

Los cuasi-contratos presentan, en general, analogía con los contratos. Así, la gestión de negocios se parece al mandato; la indivisión, a la sociedad; el pago de lo indebido, al *mutuum*. Unos son sinalagmáticos perfectos, como la indivisión; o imperfectos, como la gestión de negocios, la tutela o la curatela: las obligaciones que de ellos nacen son sancionadas por acciones de buena fe. Los otros son unilaterales, como el pago de lo indebido, y producen una obligación sancionada por una acción de derecho estricto.

§ 1.—De la gestión de negocios.

438.—Hay *gestión de negocios* cuando una persona administra voluntariamente los negocios ajenos sin habérselo encargado. Resulta de ello una relación obligatoria análoga al mandato. El gerente, *negotiorum gestor*, debe rendir cuenta de su gestión al dueño, *dominus;* por su parte, puede hacerse indemnizar por sus gastos.

El Derecho civil ha sancionado estas obligaciones en interés general(1). En efecto, cuando una persona está ausente, sin haber dejado mandatario para velar por sus intereses, es a menudo muy útil que un tercero se encargue espontáneamente de esta misión, bien tomando su defensa si es perseguido en justicia (Ulpiano, L. 1, D., *de negot. gest.*, III, 5), bien administrando sus bienes. Pero, para que ninguna de las partes tenga que sufrir, es preciso que el gerente esté seguro de hacerse indemnizar de sus gastos, y que el dueño tenga derecho a pedir cuentas al que ha gestionado sus negocios (I, § 1, *de obl. quasi ex contr.* III, 27).

Estas gestiones nacen de un acto de gestión, o de una serie de actos (Ulpiano, L. 3, § 1, *eod.)*. Pero no basta una inmixtión cualquiera en los negocios ajenos. Importa, pues, precisar cuáles son los elementos esenciales de la gestión de negocios, antes de ver sus efectos.

I. *Elementos de la gestión de negocios.* 1. Es preciso que el gerente haya obrado en interés del dueño. El que no tiene por mira más que su propio interés no puede obligar al dueño para con él más que en la medida del enriquecimiento que puede haberle procurado (Juliano, L. 6, § 3, D., *de negot. gest.*, III, 5). 2. Es preciso que el gerente haya obrado espontáneamente y sin saberlo la parte interesada. Si el dueño se lo ha encargado, hay mandato expreso. Si ha conocido la gestión sin oponerse, hay mandato tácito. Pero si ratifica los actos del gerente, ¿se convierte en mandato la gestión realizada? La cuestión parece haber dividido a los jurisconsultos (2). Puede ser, al fin, que el gerente haya obrado a pesar de la oposición formal del dueño. En este caso, no es dudoso que el dueño conserva el derecho de hacerle dar cuenta. Pero el gerente no puede hacerse indemnizar. Es la solución que ha consagrado Justiniano, según el parecer de la mayor parte de los jurisconsultos (L. 24, C., *de negot. gest.*, II, 19). 3) Es preciso, en fin, que el gerente haya tenido intención de crear entre él y el dueño una relación obligatoria. No hay gestión de negocios si ha querido hacerle una liberalidad (L. 4, D., *eod.)*, o si no ha hecho más que cumplir un deber de familia (L. 27, § 1, D., *eod.)*.

II. *Efectos de la gestión de negocios.*—Como el mandato, la gestión de negocios crea una obligación a cargo del gerente, y puede también nacer otra a cargo del dueño.

1. *De la obligación del gerente.*—El gerente debe ejecutar completamente el negocio de que se ha encargado, y dar cuenta de su gestión al dueño por los mismos procedimientos que el mandatario. En efecto, en la persona del gerente se realizan los efectos de los actos que ha tenido con un tercero; debe, pues, ceder al dueño todo lo que ha adquirido. Responde no solamente de su dolo, sino de toda falta que no hubiera cometido un buen padre de familia (I, § 1, *in fine, de oblig. quasi ex contr.*, III, 27). Su obligación es sancionada por la acción *negotiorum gestorum directa.*

---

438. (1) Es probable que en caso de gestión de negocios, como en caso de mandato, el pretor diera primero una acción *in factum* (L. 3, pr., D., *de negot. gest.*, III, 5. V. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 118), y que la acción *in jus* fuera concedida por el Derecho civil hacia el fin de la República (Cicerón, *Topic.*, 17).

(2) Ulpiano, L. 60, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione.* En sentido contrario, Scaevola, L. 9, D., *de negot. gest.*, III, 5: *... Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.* El dueño, al ratificar la gestión, reconoce en esto su utilidad; desde entonces el gerente puede obtener por la acción *negotiorum gestorum* una indemnización igual a la que procuraría la acción *mandati.* No es ahí donde está el interés de la solución.

Se le hallaría mejor considerando: bien que la acción *mandati directa* era infamante, o bien que ciertos jurisconsultos limitaban al dolo y a la falta grave la responsabilidad del mandatario (V. n.° 391, c.).

2. *De la obligación del dueño.*—El dueño está obligado a indemnizar al gerente de sus gastos, pero sólo si eran útiles en el momento en que se hicieron (Ulpiano, L. 10, § 1, D., *de negot. gest.* III, 5). Es una diferencia con el mandante, quien debe reembolsar al mandatario todos los gastos, útiles o no, hechos en el límite del mandato; en efecto, los ha autorizado de antemano. El dueño debe también descargar al gerente de todas las obligaciones que ha podido contraer con ocasión de la gestión (*Gayo*, L. 2, D., *eod.*) El gerente tiene contra él, para obligarle, la acción *negotiorum gestorum contraria.*

§ 2.—De la tutela y de la curatela.

439.—La *tutela* y la *curatela* se acercan más a la gestión de negocios, y son, como ella, la imagen del mandato. El tutor que gestiona los negocios del pupilo no ha contratado con él. Su obligación de administrar resulta de las funciones que le han sido impuestas, ora por el testamento del jefe de familia, ora por la ley, bien por la decisión del magistrado. Sin embargo, su gestión le obliga a dar cuenta al pupilo, quien, por su parte, debe indemnizarle de sus gastos. Estas obligaciones son sancionadas por las acciones *tutelae directa* y *contraria* (V. n.° 119). Lo mismo sucede con el curador de un incapaz. No se ha creado para esta hipótesis acción especial; se le aplican las acciones *negotiorum gestorum directa* y *contraria* (V. n.° 132, 2).

§ 3.—De la indivisión.

440.—Cuando varias personas son copropietarias por indiviso de cosas determinadas, o de un conjunto de bienes, como una sucesión, este estado de indivisión o de *comunidad* crea entre ellas obligaciones que nacen *quasi ex contractu* fuera de toda convención. Estas obligaciones son las mismas para todos, como las que resultan de la sociedad. Pero no tienen igual importancia. Una resulta necesariamente de la indivisión. Las otras son accidentales: pueden no producirse.

1. La obligación que resulta de la comunidad es la de dividir. Ninguno está, en efecto, obligado a permanecer en la indivisión. Esta regla se justifica a la vez por la libertad individual y por el interés general, pues el estado de comunidad *sólo engendra discordias* y pleitos (1). Las partes pueden sólo convenir que permanecerán en la indivisión durante un tiempo determinado (Paulo, L. 14, § 2, D., *com. div.*, X, 3).

La obligación de dividir puede ser ejecutada amistosamente. Si dos copropietarios han hecho así una convención que regule el lote de cada uno, este pacto no es obligatorio, a menos que se le haya revestido de las formas de la estipulación. Pero si uno de ellos ha ejecutado la convención, hay contrato innominado; el otro está obligado civilmente (Hermogeniano, L. 45, D., *de pact.*, II, 14).

Si las personas que están en la indivisión no han podido entenderse para dividir amistosamente, cada una de ellas tiene derecho a provocar una partición judicial, ejercitando la acción *communi dividundo*, cuando se trata de objetos particulares indivisos entre copropietarios, o la acción *familiae erciscundae*, en caso de sucesión indivisa entre coherederos. La acción *familiae erciscundae* es la más antigua; se remonta a la ley de

---

440. (1) Diocleciano, L. 5, C., *com. div.*, III, 37: *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri...* Papiniano, L. 77, § 20, D., *de leg.*, 2.° XXXI: ... *Discordis... quae materia communionis solet excitare.*

N. del T.—El estado o caso de comunidad puede nacer de diferentes causas; el caso más importante es el de los coherederos (D., XVII, 2, 31).

las XII tablas (Gayo, L. 1, pr., D., *fam. ercisc.*, X, 2). Ambas son personales y de buena fe. El juez está investido de un doble poder: a) Puede hacer *adjudicaciones*, es decir, atribuir a cada uno de los copartícipes la propiedad exclusiva de los bienes puestos en su lote. Aquel a quien ha sido adjudicada una cosa es reputado como adquiriendo de los demás sus partes indivisas: obtiene la cosa tal como está, sujeta a los derechos reales con que está gravada (V. n.º 213) (2); b) El juez puede también condenar a cada una de las partes a prestaciones personales para con los demás: por ejemplo, a pagar una cantidad de dinero a título de compensación (Ulpiano, L. 22, § 4, D., *fam. ercisc.*, X, 2).

2. Es posible que nazcan otras obligaciones entre copropietarios en el curso de la indivisión, en razón de la gestión de los negocios comunes. El que ha percibido la totalidad de los frutos de un fundo indiviso debe dar cuenta a los demás de sus partes; pero, en sentido inverso, tiene derecho a indemnización por los gastos necesarios o útiles que ha hecho en interés común (Ulpiano, L. 4, § 3, *com. div.*, X, 3). Todo copropietario está igualmente obligado a reparar el perjuicio que ha causado a los demás por su dolo o falta al gestionar los negocios comunes. Pero sólo se exigen de él los cuidados que pone de ordinario en sus propios negocios, pues las cosas comunes son también suyas (Paulo, L. 25, § 16, D., *fam. ercisc.*, X. 2.—V. n.º 385, nota 7). Estas obligaciones son sancionadas por la acción *communi dividundo*, o por la acción *familiae erciscundae*. El juez de la acción de partición debe tenerlo en cuenta y pronunciar las condenaciones necesarias a su ejecución (I, § 4, *de of. jud.*, IV, 17).

441.—*De la confusión de límites.*—Se puede aproximar a la indivisión una situación análoga, que se presenta cuando los límites de dos fundos contiguos se encuentran confundidos, ya por accidente, ya a causa de las usurpaciones de uno de los propietarios sobre el terreno del vecino. Resulta para ellos la obligación de regular los límites de sus heredades. Esta obligación nace *quasi ex contractu*. Está sancionada por la acción *finium regundorum* (1).

El juez de esta acción puede usar del derecho de *adjudicatio* para hacer los límites más claros y adjudicar a uno parcelas del terreno perteneciente al otro (Ulpiano, L. 2, § 1, D., *fin reg.*, X, 1). Puede también ordenar a uno que dé al otro ciertas satisfacciones; por ejemplo: en caso de usurpación, restituir la porción invadida, con los frutos (Paulo, L. 4, §§ 2 y 3, D., *eod.*). En fin, puede condenar a una de las partes a pagar a la otra una cantidad de dinero, ya como precio de una parcela que le ha sido adjudicada, ya por no haber obedecido la orden de restitución, o bien por haber causado por dolo algún perjuicio a su adversario (I, § 6, *de of. jud.* (V. 17).

§ 4.—De la adquisición de una herencia.

442.—El heredero testamentario que adquiere una sucesión de pleno derecho, si es heredero necesario, o haciendo adición, si es heredero voluntario, se encuentra obligado a cumplir los legados contenidos en el testamento (V. n.º 595). Como no ha contratado con los legatarios, su

(2) Se dice, para expresar este resultado, que la partición, en Derecho Romano, es traslativa o atributiva de propiedad. Es distinto en nuestro Derecho actual, en que la partición es declarativa, lo que quiere decir que, por una ficción, cada uno de los copartícipes es considerado como habiendo sido único propietario de las cosas puestas en su lote; de donde resulta que los derechos reales consentidos por los demás son anulados (Cf. artículo 883, C. C.).

441. (1) En el Derecho antiguo, en la época clásica y acaso aun hasta Justiniano, el dominio de la acción *finium regundorum* era más restringido. No se aplicaba más que a los debates sobre el *confinium*, faja de tierra de cinco pies que debía quedar libre entre

obligación nace *quasi ex contractu* (J., § 5, *de obl. quasi ex contr.*, III, 27). Es sancionada por una acción de derecho estricto, la acción *ex testamento*. El heredero está también obligado a pagar las deudas del difunto; pero su obligación respecto a los acreedores hereditarios no tiene el mismo origen: continuador de la persona del difunto, está obligado para con sus acreedores con el mismo título que el difunto mismo.

§ 5.—Del pago de lo indebido.

443.—Cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que el que ha recibido el pago no se enriquezca a su costa, y que esté obligado a devolver lo que le ha sido pagado. Esta obligación nace *quasi ex contractu*. Sin duda, ha habido acuerdo entre las partes; pero se han entendido para extinguir una obligación supuesta y no para crear una; la que resulta del pago de lo indebido es, pues, independiente de toda convención (I, § 6, *de obl. quasi ex contractu*, III, 27).

Esta obligación es sancionada por la *condictio indebiti*. Veamos a qué condiciones está subordinada y cuáles son sus efectos:

1. *Condiciones.*—Se resumen en esta fórmula: *indebitum per errorem solutum;* es decir, que es preciso que se haya pagado lo *indebido* y que se haya pagado por *error* (1).

1. Hay *indebitum* cuando la obligación, que el pago estaba destinado a extinguir, no existía entre el *solvens* que ha pagado y el *accipiens* que ha recibido, ni según el Derecho civil, ni según el derecho natural. He aquí aplicaciones de este principio: a) El que ha prometido bajo condición, y paga *pendente conditione*, paga lo indebido, pues la condición suspende la existencia de la obligación. Puede, pues, ejercitar la *condictio indebiti* si ha pagado por error (V. n.º 297, nota 3). Pero cuando ha prometido a plazo, no se es menos deudor, y pagando antes del vencimiento, se paga lo que es debido (V. n.º 294, nota 3); b) Si un deudor ha pagado más de lo que debía, ha pagado lo indebido por todo lo que excede al importe real de la obligación (Pomponio, L. 19, § 4, D., *de cond. ind.*, (XII, 6); c) El que sólo está sujeto a una obligación natural, por ejemplo, por haber prometido intereses por un pacto unido a un *mutuum*, no puede ser obligado a pagar, pero debe: si ha pagado, aunque fuera por error, no tiene la *condictio indebiti* (L. 26, pr., D., *eod.*). El Derecho civil está conforme sobre este punto con el derecho natural, pues la acción que da está fundada en la equidad (2).

Se considera también que hay *indebitum* cuando existe una obligación, pero está paralizada, en Derecho civil como en derecho natural, por una excepción perpetua. Tal es el caso del deudor que puede oponer a la acción del acreedor la excepción de dolo, o la excepción de la ley Cincia (3). Pero es distinto: a) Cuando la excepción perpetua de que goza el deudor no tiene por objeto protegerle y procurarle su liberación, sino que está más bien destinada a castigar al acreedor haciendo su acción ineficaz. Tal es la excepción del senadoconsulto macedoniano concedi-

---

los terrenos cultivados (V. n.º 148 bis). Este pleito *(de fine)*, sujeto en tiempo de las acciones de la ley a la *judicis postulatio*, era juzgado por tres árbitros, según la ley de las XII tablas; por uno solo, según la ley Mamilia, anterior a Cicerón *(De legib.*, 1, 21). Cuando la disputa pasaba del límite de los cinco pies y se extendía a otras partes del terreno *(de loco)*, había que emplear la *rei vindicatio* (Frontino, *De contr. agr.*, I, 9. XLIII, 19, 22).

443. (1) I, § 6, *de obl. quasi ex contr.*, III, 27: ... *Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur...*

(2) Trifonino, L. 64, D., *de cond. ind.*, XII, 6: ... *Debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est...*

(3) Ulpiano, Fr. Vat., § 266: *Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit si quis perpetua exceptione tutus solverit...*

da al hijo de familia que queda obligado naturalmente: si paga, paga lo que debe (Marciano, L. 40, pr., D., *de cond. ind.*, XII, 6); b) Cuando el deudor sólo goza de una excepción temporal; pues entonces es tratado como un deudor a plazo (Papiniano, L. 36, D., *eod.*).

2. El pago de lo indebido no obliga al que lo ha recibido más que si ha sido pagado por error. Cuando se paga a sabiendas lo que no se debe, se reputa hacer una liberalidad al *accipiens*, y no puede recobrarse lo que se ha dado (4). Pero no todo error puede servir de base a la reclamación de lo indebido. Hay dos clases de errores: el error de hecho y el error de derecho. Si un deudor paga doscientos, creyendo haberlos prometido por estipulación, cuando no ha prometido más que ciento, es un error de hecho. Si un heredero paga por completo los legados que agotan la sucesión, ignorando que puede retener el cuarto según la ley Falcidia, es un error de derecho. Es, pues, cierto que el error de hecho da lugar a la reclamación de lo indebido, con tal que no sea demasiado rudo e inexcusable (Paulo, L. 9, § 2, D., *de jur. et fact.*, XXII, 6). Pero, en cuanto al error de derecho, los jurisconsultos no estaban de acuerdo. Papiniano admite que no puede servir cuando se quiere adquirir o realizar una ganancia, como en materia de usucapión; pero que puede ser invocado útilmente cuando se trata de evitar una pérdida y se quiere ejercitar la *condictio indebiti* (L. 7, D., *eod.*). Esta opinión no ha prevalecido y, en principio, el error de derecho no puede autorizar la *condictio indebiti* (5). Había excepción en favor de los menores de veinticinco años y de las mujeres (L. 9, pr., D., *eod.*).

3. Si estas condiciones esenciales se encuentran reunidas, si hay *indebitum per errorem solutum*, la *condictio indebiti* puede ser ejercitada, salvo en un caso: es cuando la deuda, que el *solvens* ha pagado por error, es de las que implican una condena al duplo contra el deudor, en caso de denegación. Tal es la obligación sancionada por la ley Aquilia, y la que resulta, en la época clásica, de un legado *per damnationem* que tenga un objeto cierto (6). Esta solución es difícil de justificar. No se puede decir que el *solvens* ha querido transigir, pues ha pagado por error, es decir, creyendo deber; y, además, la transacción estaba precisamente prohibida para las deudas de este género (Paulo, S., I, 19, § 2). Acaso los jurisconsultos han pensado que el error era inexcusable en semejante caso.

II. *Efectos.*—La obligación nacida del pago de lo indebido tiene por objeto la restitución de lo que se ha pagado indebidamente, ya se trate de cantidades de dinero, o de cosas determinadas, o de un hecho realizado por el cual el *solvens* reclama una indemnización. La *condictio indebiti* que sanciona esta obligación será, pues, según los casos, ya una *condictio certae creditae pecuniae*, ya una *condictio triticaria*, bien una *condictio incerti*.

El demandado es tratado con más o menos rigor según que sea de mala o de buena fe: a) Si es de mala fe (7), debe devolver primero la cosa que le ha sido prestada, o su valor cuando la ha consumido o enajenado, o cuando ha perecido. Debe además restituir todos los accesorios y los frutos, aun los que ha descuidado de percibir. Pero cuando la obligación tiene por objeto una cantidad de dinero, no debe los intereses,

(4) Paulo, L. 53, *de reg. jur.* L. 17: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* Ad. Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de cond. ind.*, XII, 6.

(5) Paulo, L. 9, pr., D., *de jur. et fact.*, XXII, 6: *Regula est: juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Ad. Constantino, L. 10, C., *de jur. et fact.*, I, 18.—Año 306.

(6) Cf. Gayo, II, § 283. Diocleciano, L. 4, C., *de cond. ind.*, IV, 5, año 298. I, § 7, *de obl. quasi ex contr.*, III, 27.

(7) El *accipiens* de mala fe era tratado como un ladrón y expuesto a la *condictio furtiva*. Scaevola, L. 18, D., *de cond. furt.*, XIII, 1).

porque el juez de la *condictio certae creditae pecuniae* no puede comprender en la condena ningún elemento fuera de la cantidad reclamada (8); b) Si es de buena fe, sólo debe dar cuenta de su enriquecimiento el día de la *litis-contestatio* (Paulo, L. 65, § 8, D., *de cond. ind.*, XII, 6). Por consiguiente, cuando ha recibido en pago un cuerpo cierto que ha perecido por caso fortuito, queda liberado (9).

§ 6.—De otras obligaciones nacidas "quasi ex contractu".

444. Las hipótesis que acabamos de estudiar no son las únicas en que nacía una obligación en Derecho Romano *quasi ex contractu*. He aquí otros ejemplos:

1. *De la obligación fundada sobre un enriquecimiento sin causa.*—El principio de equidad, que había hecho sancionar muy pronto la obligación nacida del pago de lo indebido, recibió otras aplicaciones, y en la época clásica se admite frecuentemente la existencia de una obligación, nacida *quasi ex contractu*, a cargo de la persona que se ha enriquecido sin causa a costa de otra.

Esta obligación está sancionada por una *condictio*, cuyo nombre varía según los casos: a) La *condictio ob rem dati*, cuando se ha hecho una *datio* en vista de una prestación equivalente, que no ha sido ejecutada (V. núms. 403, 404 y 407); b) La *condictio ob turpem causam*, cuando se ha hecho una prestación por una causa inmoral por parte del *accipiens* solamente (V. n.° 285, *in fine*); *ob injustam causam*, si la prestación tiene una causa ilícita, prohibida por el derecho positivo: es dada, por ejemplo, contra el poseedor de mala fe, a razón de los frutos que ha consumido (L. 3, C., *de cond. ex lege*, IV, 9); contra el acreedor prendista, en el mismo caso (L. 4, § 1, D., *de reb. cred.* XII, 1); c) La *condictio furtiva*, concedida a la víctima de un robo, para hacerse restituir la cosa robada o su valor (V. n.° 452, 3); d) En fin, la *condictio sine causa*, cuyos precedentes no son más que variedades, ha terminado por ser dada en un gran número de casos en que ha habido una prestación sin causa, o por una causa que ulteriormente ha cesado de existir, y en donde, por consiguiente, el *accipiens* se encuentra enriquecido a costa ajena (L. 1, § 2, C., *de cond. sine c.*, XII, 7). Así es como puede ser ejercitada por un deudor obligado sin causa, para obtener su liberación (V. n.° 285); por el propietario de una cosa contra el que la ha consumido de buena fe (V. n.° 347, b), y en otras varias hipótesis.

2. *De la obligación de exhibir una cosa que se detiene.*—Una persona puede tener interés pecuniario en que le sea exhibida una cosa a fin de reivindicarla o hacer valer sobre esta cosa un derecho de otra naturaleza (1). En este caso, el detentador de la cosa está obligado a exhibirla,

(8) Pomponio, L. 7, D., *de cond. ind.*, XII, 6: *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantumdem repetitur.* Paulo, L. 65, § 5, D., *eod.*: *Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa.* Severo y Antonino, L. 1, C., *eod.*, IV, 5, ... *Usuras... ejus summae praestari frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.*—Año 213.

(9) La obligación nacida del pago de lo indebido se parece a la que nace del *mutuum*. En los dos casos, en efecto, la obligación se forma por la entrega de una cosa y está sancionada por la *condictio*. Hay, sin embargo, entre las dos hipótesis diferencias sensibles: a) El *mutuum* sólo es válido si ha habido *datio*, mientras que el que ha dado en pago de lo indebido cosas que no le pertenecen, puede, sin embargo, ejercitar la *condictio indebiti* contra el *accipiens* para hacerse devolver la posesión (L. 15, § 1, D., *de cond. ind.*, XII, 6); b) El *mutuum* tiene siempre por objeto cosas *in genere* y los riesgos son para el prestatario. La obligación que nace del pago de lo indebido puede tener por objeto un cuerpo cierto, y en este caso los riesgos son para el *solvens*.

444. (1) Paulo, L. 2, D., *ad exhib.*, X, 4: *Exhibere est facere in publico potestatem ut et qui agat experiundi sit copia.*—Ad. Ulpiano, L. 1 y L. 3, §§ 2 a 9, *eod.*

N. del T.—Efectivamente, en Roma era el delito un hecho dañoso especialmente previsto y caracterizado por la ley como tal, por medio de una acción particular a él.

y esta obligación, que parece nacida *quasi ex contractu*, está sancionada por la acción *ad exhibendum*. La misma acción puede ser ejercitada contra el que se ha puesto por dolo en la imposibilidad de hacer la exhibición destruyendo la cosa o entregándola a un tercero (Juliano, L. 9, D., *ad exhib.*, X, 4). Siendo arbitraria esta acción, el juez ordena al demandado la exhibición de la cosa. Si el demandado obedece, es absuelto. Pero si se niega a ejecutar la orden del juez, o si se ha puesto por dolo o culpa en la imposibilidad de hacer la exhibición, es condenado a una cantidad de dinero. La condena es más o menos rigurosa, según el demandado sea de buena o mala fe (Paulo, L. 2, § 1, D., *de in lit. jur.*, XII, 3).

3. *De la obligación de restituir la dote.*—Si la restitución de la dote ha sido estipulada por el constituyente, la obligación del marido o de sus herederos nace del contrato de estipulación. Pero cuando la restitución es debida a la mujer, sin que haya habido estipulación, la obligación nace *quasi ex contractu*, y es sancionada por la acción *rei uxoriae* (Véanse núms. 432 y 435).

Capítulo III.—De las obligaciones nacidas "ex delicto".

§ 1.—Generalidades.

445.—El *delito* es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los romanos han considerado el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no han sido nunca las mismas que en nuestro Derehco moderno. Hay que hacer, a este respecto, una distinción, que parece remontarse a los primeros siglos de Roma, entre los *delicta privata* y los *delicta publica*.

1. Los *delitos privados* consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

La ley de las XII tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La ley se limita, en efecto, en ciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón cogido en el hecho era vapuleado o azotado y atribuído como esclavo al robado (Gayo, III, § 189). Para ciertas injurias pronunciaba la pena del talión (Gayo, III, § 223). Pero muy frecuentemente atestigua una civilización más avanzada, sustituyendo. a la venganza privada una pena pecuniaria, que es un verdadero rescate pagado por el culpable.

En resumen: los decenviros sólo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, reemplazándola por una multa. Es lo que explica los caracteres de la represión, tal como estaba entonces organizada: a) A la parte lesionada sólo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción va a dar en una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado; b) La pena se mide por el resentimiento de la víctima más que por la

---

Un gran número de comentaristas enseñan que lo que caracteriza el delito y le distingue de los hechos llamados cuasi delitos, es que supone dolo, la intención de dañar. Sin embargo, ya veremos que el daño causado por la imprudencia constituye algunas veces delito, sin que haya habido intención formal de perjudicar, y que, en otros casos, la obligación y la acción nacen, no *ex delicto*, sino *quasi ex delicto*, aunque haya existido dolo. Esto consiste en que por el Derecho Romano sucede respecto de los delitos lo que respecto de los contratos; para que haya obligación *ex delicto* es menester que el hecho dañoso haya sido especialmente previsto y caracterizado como tal por la legislación, y que le haya sido adherida una acción particular.

culpabilidad del agente. Así, el ladrón es castigado más severamente cuando es cogido en el hecho (V. n.º 451); c) En fin, el legislador, al fijar la multa debida por el culpable, no se ha preocupado, al menos en general, de la reparación del perjuicio; es una especie de composición legal con que tiene que contentarse la víctima (1).

Después de la ley de las XII tablas, las leyes penales y la jurisprudencia consagraron y desarrollaron poco a poco un sistema más perfeccionado. Por una parte, se tuvo en cuenta, en una medida más lata, la intención criminal en el autor del delito; por otra parte, la pena fué mejor proporcionada al daño causado. Pero siempre es a la parte perjudicada a quien queda el derecho de obrar contra el culpable, según las reglas ordinarias del procedimiento civil (2).

Sin embargo, bajo el Imperio se sintió la necesidad de reprimir ciertos delitos privados de una manera más enérgica. En varios casos se permitió a la parte lesionada ejercitar, a su elección, contra el autor del delito, bien la acción civil ordinaria, bien una persecución criminal que implicaba penas especiales (Ulpiano, 3, D., *de priv. delict.*, XLVII, 1, y L. 92, D., *de furt.* XLVII, 2).

2. Los *delitos públicos* eran lo que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado. Daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, delante de una jurisdicción especial. El derecho de intentar esta persecución estaba abierto a todo ciudadano, aunque de hecho sólo los personajes de cierta importancia osaron asumir el papel de acusador. Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran llamados *crimina* o *judicia publica* (I, pr., y § 1, *de publ. jud.*, IV, 18). Leyes penales fijaban para cada delito público penas más o menos graves.

El estudio de los delitos públicos es extraño al derecho privado. No vamos a tratar más que de los delitos privados, considerados como creando obligaciones a cargo del culpable y en provecho de la parte lesionada.

446.—En el Derecho clásico, la obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una pena pecuniaria, que sólo es algunas veces el equivalente del perjuicio causado, pero que con frecuencia le es superior y enriquece entonces al demandante. Esta obligación difiere bajo varios aspectos de la que nace de un acto lícito, como un contrato.

a) Se forma siempre *re*, es decir, por la realización de un hecho material. La intención no es nunca suficiente para que haya delito (J., pr., *de obl. quae ex del.*, IV, 1);

b) Las únicas personas que no pueden obligarse por delito son las que no son responsables de sus actos. Son, primero, los *locos:* no se obligan por sus delitos más que si han obrado en un momento lúcido; luego, los *impúberos en infancia*, cuya inteligencia no está aún desarrollada. En cuanto a los que habían salido de la infancia, pero que no eran aún púberos, se apreciaba en el hecho el desarrollo de sus facultades. Sólo se obligaban aquellos que, por su razón, se acercaban a la pubertad, *pubertati proximi.* Los otros, *infantiae proximi*, no eran más responsables que los *infantes* (Gayo, III, § 208);

c) El objeto de una obligación nacida de un delito consiste siempre en la *datio* de una cantidad de dinero determinada, y

---

445. (1) A veces, sin embargo, cuando el daño no ha parecido bastante grave para excitar el resentimiento de la víctima, la ley no obliga al autor del delito más que a reparar el daño, *noxiam sarcire*...—Cf. L. 5, D., *ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8.—L. 9, *de incend.*, XLVII, 9.

(2) En nuestro Derecho, al contrario, el delito da casi siempre nacimiento a dos acciones. La acción *civil*, ejercitada por la parte lesionada, le procura la reparación del daño que ha sufrido. La acción *pública*, que pertenece al magistrado, tiende a infligir, en nombre de la sociedad, una pena al culpable. Cuando esta pena es pecuniaria, la víctima del delito no se aprovecha de ella.

d) En fin, las obligaciones nacidas de los delitos se extinguen en principio por la muerte del deudor; los herederos del culpable no están obligados. Pero aquéllas sobreviven a la *capitis deminutio* del autor del delito (1).

447.—Las *Instituciones* de Gayo y las de Justiniano no citan más que cuatro delitos privados: 1. El *furtum* o hurto. 2. El daño causado injustamente y castigado por la ley Aquilia, *damnum injuria datum*. 3. El robo y el daño acompañados de violencia, *bona vi rapta*. 4. La injuria, *injuria* (Gayo, III, § 182, I, pr., *de obl. quae ex del.*, IV, 1). Pero hay otras menos importantes (1). Se pueden citar como ejemplos: el delito de corrupción de esclavo; la acción *servi corrupti* implicaba una condena del duplo del daño (I, § 23, *de act.*, IV, 6); el delito consistente en cortar árboles ajenos, sancionado en virtud de la ley de las XII tablas por la acción *de arboribus succisis* (Gayo, IV, § 11), que encerraba una pena de 25 ases por árbol, y en virtud del edicto del pretor por la acción más amplia *arborum furtim caesarum*, con condena del duplo (L. 7, D., *arb. furt. caes.*, XLVII, 7).

Nos limitaremos a estudiar los cuatro delitos principales.

§ 2.—Del "furtum" o hurto.

(I, *de obligat., quae ex delicto nasc.*, V, 1.)

448.—I. *Noción y elementos del hurto* (1).—El *hurto* era, en Derecho Romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión (2). Este delito supone la reunión de las condiciones siguientes:

1.ª Es preciso un hecho, *contrectatio rei*, es decir, el acto de coger una cosa para apoderarse de ella, y también el hecho de apropiársela, de disponer de ella (Gayo, III, 195). Así entran en el *furtum* no solamente la sustracción de la cosa ajena, sino también el acto del depositario que se niega a restituir al propietario el objeto del depósito.

2.ª Es preciso que al hecho se una la intención fraudulenta, el *affectus furandi*, es decir, la conciencia en el ladrón de obrar en fraude de los derechos de un tercero y cometer un hurto. No hay, pues, hurto si se quita la cosa ajena creyendo tener derecho (I, § 5, *de usucap.*, II, 6).

3.ª Es preciso que el acto haya sido realizado contra la voluntad del propietario, *invito domino*. Aun cuando al apoderarse fraudulentamente de una cosa se ha creído obrar contra la voluntad del propietario, no hay hurto si en realidad el propietario lo consiente (Gayo, III, § 198.—I, § 8, *ht.*).

4.ª En fin, es preciso que el autor del acto tenga intención de sacar provecho, *lucri faciendi gratia*. Si ha querido perjudicar a otro, pero

---

446. (1) Ulpiano, L. 2, § 3, D., *de cap. min.*, IV, 5: *Nemo delictis exuitur quamvis capite minutus sit.*

447. (1) Estos delitos están casi todos mencionados en el *Digesto*, a continuación del *furtum*, en el libro XLVII, títulos 3 a 21.

448. (1) El *furtum* no corresponde exactamente a nuestro delito de hurto; es más lato. En nuestro Derecho, el hurto consiste en la sustracción de la cosa robada (art. 379, C. P.). El *furtum* comprende no solamente el hurto propiamente dicho, sino el abuso de confianza y también la ocultación (Véanse n.º 443, nota 7: 448, I, y 453).

(2) Paulo, L. 1, § 3, D., *de furt.*, XLVII, 2: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve.* Gayo, III, § 195. *Furtum autem fit... generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.* Los textos proponen varias etimologías de *furtum*, hurto, y de *fur*, ladrón. Estas palabras vienen, sin duda, de *ferre, auferre*, como la palabra griega φῶρ, ladrón, viene de φέρειν.—Paulo, L. 1, pr., D., *de furt.*, XLVII, 2.

sin lucrarse, puede hacerse culpable de otro delito, pero no hay hurto (L. 27, § 25, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2).

En general, el ladrón quiere apropiarse la cosa robada. Pero es posible que no piense atribuirse más que el *uso* o la *posesión*. Se dice que hay hurto de uso, *furtum usus*, cuando una persona que detiene la cosa ajena hace de ella un uso ilícito; tal es el caso del depositario que usa fraudulentamente de la cosa depositada (Gayo, III, §§ 196 y 197). Hay hurto de posesión, *furtum possessionis*, cuando un deudor quita a su acreedor la cosa que le ha dado en prenda, o cuando un propietario quita una cosa que le pertenece al que la posee de buena fe (Gayo, III, § 200). En semejante caso, no es la cosa ajena la robada; es el propietario mismo quien comete el hurto a costa de un tercero, y no puede quitarle más que la posesión.

449.—II. *Del objeto del hurto.*—Pueden ser objeto de un hurto los *muebles corporales susceptibles de propiedad privada*. No podría haber delito de hurto: a) Ni para los inmuebles. La cuestión había sido controvertida, y los sabinianos eran de parecer contrario; pero su opinión no ha prevalecido (Gayo, II, § 51); b) Ni para las cosas no susceptibles de propiedad privada, como las cosas *divini juris*, las cosas públicas. Su protección estaba asegurada por otros medios. Leyes especiales hacían de su violación delito público y pronunciaban contra los culpables penas muy severas (I, § 9, *de publ. jud.*, IV, 18). Lo mismo sucedía con el rapto y el secuestro de personas libres (I, § 10, *eod.*); c) Ni para las cosas incorporales, que repugnan por su naturaleza misma a la idea del hurto.

450.—III. *De las consecuencias del hurto.*—El efecto directo del hurto es crear a cargo del ladrón una obligación nacida del delito, y que tiene por objeto, en el derecho clásico, el pago de una multa más o menos grande. Está sancionada por una acción penal, la acción *furti*.

La víctima del hurto tiene también otras acciones para obtener la restitución de la cosa robada o de su valor, *rei persequendae causa*. Aunque dadas con ocasión del hurto, no nacen del delito, sino del hecho de que el propietario ha sido despojado de una cosa que le pertenece.

451. A) *De la obligación nacida del hurto y de la acción furti.*—La ley de las XII tablas castigaba rigurosamente el hurto. Para el hurto *manifiesto*, es decir, cuando el ladrón era cogido en el hecho, pronunciaba una pena capital (1). Después de haber sido azotado, el hombre libre era atribuído como esclavo a la víctima del hurto; el esclavo era precipitado de la roca Tarpeya (2). En cualquier otro caso, el robo era *non manifeste*, y la acción *furti* no arrastraba contra el ladrón más que una condena pecuniaria del duplo. La pena del hurto manifiesto era demasiado severa. En fecha incierta, el pretor instituyó una multa del cuádruplo (Gayo, III, §§ 189 y 190).

Después de esta reforma, el hurto no crea ya a cargo del ladrón más que la obligación de pagar una multa. La acción *furti*, que sanciona esta obligación, es civil y del duplo, en caso de hurto *no manifiesto:* pretoriana y del cuádruplo, cuando el robo es *manifiesto* (I, § 5, *ht.*). Por lo demás, se acabó, después de controversia, por admitir la opinión de los jurisconsultos, que consideraban el hurto como *manifiesto*, no sólo cuando el ladrón era cogido en el hecho, sino también cuando era sorprendido, aún cargado con la cosa robada, antes de llegar al lugar donde quería llevarla (Gayo, III, § 184.—I, § 3, *ht.*). La acción *furti*

---

451. (1) Los romanos llamaban *capital* no sólo a la pena de muerte, sino también a toda pena que llevara consigo la *capitis diminutio* del culpable.

(2) Aulo Gelio, *Nuits at.*, XI, 18. La ley de las XII tablas autorizaba también a la víctima a matar al ladrón sorprendido por la noche y aun de día si trataba de defenderse con armas (*Lex Dei*, VII, 2. L. 4, § 1, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2).

era siempre perpetua (Gayo, IV, § 111), y arrastraba para el culpable la nota de infamia.

Nos queda por indicar cómo se calculaba la condena, contra quién y por quién podía ser ejercitada esta acción.

1. La cantidad que debe ser duplicada o cuadruplicada, para formar el importe de la condena, representa el interés que tenía el demandante en no ser robado (3). Este interés no puede ser inferior a la estimación del objeto robado en el momento del hurto. Pero puede ser superior, pues al valor intrínseco de la cosa se unen a menudo otros elementos; así, cuando es un esclavo instituído heredero quien ha hurtado, hay que tener en cuenta el valor de la sucesión (Ulpiano, L. 52, § 28, D., *de furt.*, XLVII, 2). Por otra parte, si la cosa hurtada adquiere una plus valía, hay que estimar el interés del demandante según el valor más alto que haya alcanzado después del hurto (L. 50, pr., *in fine*, D., *eod.*).

2. La acción *furti* se da: a) Contra el *autor* del delito. Si hay varios ladrones, cada uno está obligado por el todo, y la multa es debida tantas veces como culpables hay (L. 76, § 1, *in fine*, D., *eod.*); b) Contra cada uno de los *cómplices*. El cómplice es el que ha participado en el delito *ope et consilio:* quien ha prestado al ladrón una asistencia material, *ops*, con la voluntad, *consilium*, de cooperar al hurto (4). Sólo es posible en la acción *furti nec manifesti* (L. 34, D., *eod.*).

A veces la acción *furti* no era dada contra el ladrón. El jefe de familia no podía ejercitarla contra los hijos puestos bajo su potestad, no siendo que se tratara de un hijo de familia que tuviera peculio *castrense*, ni contra sus esclavos, ni contra sus libertos y sus clientes. Era igualmente negada entre cónyuges; pero, en caso de divorcio, el culpable podía ser perseguido en restitución mediante una acción especial, la acción *rerum amotarum* (5). Cuando las consecuencias del hurto eran atenuadas en razón de la calidad de los culpables, el delito no existía menos; la cosa robada no podía ser usucapida, y los cómplices quedaban sujetos a la acción *furti* (J., § 12, *ht.*).

3. Todo el que tuviera un *interés legítimo* en que el hurto no se cometiera se hace acreedor del ladrón, por consecuencia del delito, y puede ejercitar contra él la acción *furti* (6). Resulta de este principio que la acción es dada primero al propietario de la cosa robada, que es el primer interesado. Pero puede pertenecer a otras personas que sólo tenían la posesión o aun la detención de la cosa hurtada. Tales son: a) El poseedor de buena fe (L. 12, § 1, D., *de furt.*, XVII, 2), el que la usufructuaba y el que la usaba. Tienen la acción *furti* concurrentemente con el propietario; cada uno de ellos obtiene el duplo o el cuádruplo del daño que le ha causado el hurto (L. 48, § 1 y L. 74, D., *eod.*); b) Los que detenían la cosa hurtada en virtud de un contrato que les imponía su custodia y que los obliga a restituirla; por ejemplo, el arrendatario, el comodatario, pero no el depositario, que sólo es responsable de su dolo (Gayo, III, §§ 205 a 207). A estos detentadores, y no al propietario, pertenece la acción *furti* cuando son solventes y pueden indemnizarle; pero, si son insolventes, la acción es dada al propietario (7).

---

(3) Ulpiano, L. 27, pr., D., *de furt.*, XLVII, 2: ... *Et generaliter dicendum est, id quad interest duplari.*

(4) Cf. Paulo, S., II, 31, § 10 y L. 53, D., *de verb. sig.*, L. 16. Ulpiano, L. 50, §§ 1, 2 y 3, D., *de furt.*, XLVII, 2. I, § 11, *ht.*, IV, 1.

(5) Ulpiano, L. 17, pr., D., *de furt.*, XLVII, 2. L. 52, pr., y §§ 1 a 6, D., *eod.* Paulo, L. 89, D., *eod.* L. 1, D., *rer. amot.*, XXV, 2. Ulpiano, L. 7 y L. 15, § 1, D., *eod.* Marciano, L. 25, D., *eod.*—Cf. art. 380, C. P.

(6) Ulpiano, L. 10, D., *de furt.*, XLVII, 2: *Cuius interfuit non subripi is actionem furti habet.* Paulo, L. 11, D., *eod.*: ... *si honesta causa interest.*

(7) Justiniano ha modificado esta solución en un sentido favorable al propietario, en caso de *comodato* solamente. El interés del comodatario, que aprovecha un servicio

La acción *furti* no podía ser ejercitada, en su origen, más que por un ciudadano romano contra otro ciudadano. Pero, a medida que las relaciones con los peregrinos se hicieron más frecuentes, se sintió la necesidad de extender su aplicación. El pretor permitió su ejercicio a un peregrino o contra un peregrino, introduciendo una ficción en la fórmula; se suponía que el peregrino era ciudadano (Gayo, IV, § 37).

452.—B) *De la restitución de la cosa hurtada.*—Para hacer regresar a su patrimonio la cosa robada o su valor, la víctima del hurto tiene tres acciones: la *rei vindicatio*, la acción *ad exhibendum* y la *condictio furtiva*. Estas acciones no son dadas más que al *propietario* de la cosa, y como tienden al mismo fin, debe escoger y no puede ejercitar más que una. Sin embargo, si ha obrado *ad exhibendum* y obtenido la exhibición de la cosa hurtada, puede después reivindicarla. En todos los casos tiene siempre, además, la acción *furti*, cuyo objeto es diferente (1).

1. La *rei vindicatio* es la sanción del derecho de propiedad. El propietario puede, pues, reivindicar la cosa robada contra todo detentador, ya sea el ladrón o su heredero, o aun un tercero adquirente de buena fe, que no podría, en efecto, oponerle la usucapión de una cosa robada. Desde Adriano, puede ejercitar la *rei vindicatio* aun contra el que ya no posee, porque ha cesado de poseer por dolo haciendo pasar la cosa a un tercero (n.° 770, 2). Pero si la cosa ha perecido, no puede ya ser reivindicada (Gayo, II, § 79, *in fine*).

2. La acción *ad exhibendum* es personal. Se da contra todo poseedor de la cosa robada y contra toda persona que ha dejado de poseer por dolo, bien entregando la cosa a un tercero, bien destruyéndola. El demandado está obligado a *exhibir* la cosa, y, si no puede, pagar su estimación (V. n.° 444, 2). Esta acción ofrece, en suma, a la víctima del hurto las ventajas siguientes: a) Ejercitada contra un poseedor que exhibe la cosa, prepara y facilita la *rei vindicatio;* b) Antes de Adriano, el propietario que no tiene la *rei vindicatio*, contra quien ha cesado, por dolo, de poseer, puede obrar *ad exhibendum;* c) Desde esta época, reemplaza aún la *rei vindicatio*, cuando el poseedor ha destruído la cosa por dolo (n.° 770, 2 y nota 3). Pero no es dada cuando la cosa robada ha perecido por caso fortuito.

3. En fin, la víctima del hurto puede ejercitar una *condictio sine causa*, sujeta a reglas propias, y que toma el nombre de *condictio furtiva*. La atribución de una *condictio* a un propietario constituye una anomalía. En efecto, por esta acción el demandante sostiene que la propiedad de la cosa robada debe serle transferida de nuevo; pero no ha cesado nunca de pertenecerle. Hay, pues, contradicción en dar la *condictio* a una persona todavía propietaria y que tiene la *rei vindicatio*. Pero la jurisprudencia admite esta excepción a los principios, *odio furum*, para que la víctima del hurto tuviera una arma más contra el ladrón, que no es digno de ningún miramiento (Gayo, IV, § 4). La *condictio furtiva* sólo es dada contra el *ladrón* y sus *herederos*. En este límite ofrece ventajas particulares: a) Puede ser ejercitada aun si la cosa ha perecido fortuitamente, pues el ladrón siempre está en demora (Trifonino, L. 20, D., *de cond. furt.*, XIII, 1); b) Se da contra el ladrón o sus herederos, aun cuando sin dolo no posean; mientras que no están obligados en semejante caso ni por la *rei vindicatio*, ni por la acción *ad exhibendum* (J., § 19,

---

gratuito, es, en efecto, menos digno de favor que el de un arrendatario.—Cf. I, § 16, *ht.*, y L. 22, §§ 1 y 2, C., *de furt.*, VI, 2, año 530.

452. (1) Ulpiano, L. 7, § 1, D., *de cond. furt.*, XIII, 1: *Furti actio panam petit legitimam condictio, rem ipsam. Ea res facit ut neque furti actio per condictionem neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque cui furtum factum est habet actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.*—Ad. Pomponio, L. 9, § 1, D., XLVII, 2.

in fine, ht.); c) En fin, implica una condena fijada según el precio más alto que la cosa haya tenido después del hurto (2).

453.—IV. *De la ocultación de la cosa hurtada.*— La ley de las XII tablas calificaba también de *furtum* la *ocultación*, es decir, el hecho de detener en su casa la cosa robada. Había que distinguir a este respecto cuatro hipótesis: 1.ª *Furtum conceptum.* Aquel en cuya casa era encontrada la cosa robada, en presencia de testigos, estaba sujeto, como ocultador, a la acción *furti concepti*, al triplo (Gayo, III, §§ 186 y 191). 2.ª *Furtum prohibitum.* Si el ocultador se oponía a la busca de la cosa robada, la ley de las XII tablas organizaba, para hacer las pesquisas, un procedimiento especial, descrito por Gayo (III, §§ 192 y 193). Cuando la cosa era así descubierta, el ocultador era tratado por la ley como un ladrón *manifiesto*. El pretor dió contra él la acción *furti prohibiti*, al cuádruplo. 3.ª *Furtum non exhibitum.* El pretor permitió también ejercitar la acción *furti non exhibiti* al cuádruplo contra el ocultador que no presentaba, cuando era requerido, la cosa encontrada en su casa (I, § 4, *ht.)*. 4.ª *Furtum oblatum.* En fin, el ladrón, o cualquier otra persona, que ha entregado a sabiendas la cosa robada a un tercero de buena fe, en cuya casa se ha encontrado después, está sujeto por su parte a una acción *furti oblati* al triplo (Gayo, III, §§ 187 y 191).

Mucho antes de Justiniano estas diversas penalidades han caído en desuso. Los ocultadores son castigados como ladrones *no manifiestos*, y la víctima del hurto sólo puede ejercitar contra ellos la acción *furti nec manifesti* al duplo (I, § 4, *in fine, ht.)*.

§ 3.—Del daño causado injustamente.

(I, *de lege Aquilia*, IV, 3.)

454.—Cuando una persona causa sin derecho un perjuicio a otra atacando su propiedad, la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima. En nuestro Derecho, el artículo 1.382 del Código civil consagra este principio de una manera general. Los romanos sólo llegaron a él progresivamente. Disposiciones especiales se dictaron primero para los daños más frecuentes y más graves. Después, el pretor, por extensiones sucesivas, ha ensanchado el Derecho civil y permitido la reparación del perjuicio causado fuera de las condiciones fijadas por la ley.

Algunos hechos de daño ilícito habían sido previstos por la ley de las XII tablas (Cf. tab. 8). Pero, bajo la República, un plebiscito cuya fecha es incierta (1), la ley *Aquilia*, vino a reglamentar esta materia

---

(2) Ulpiano, L. 8, § 1, *de cond. furt.*, XIII, 1: *Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamem id tempus spectandum quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem factum fur dando non liberatur: semel enim moram fur facere videtur.*

N. del T.—En el Derecho Romano de los primeros tiempos se conocían en el hurto otras dos acciones, la *actio furti concepti* y la *actio furti oblati*. Por la rrimera, el que había sido víctima de un hurto y creía que el objeto robado estaba en casa de una persona determinada, podía forzar la entrada, presentándose desnudo, llevando solamente una cintura *(licium)* y en el pecho un plato *(lanx)* sostenido con ambas manos. Si a consecuencia de las pesquisas hechas en esta forma se encontraba el objeto, decíase que había una *furti per lancem et licium conceptio*, y la persona en cuyo poder se encontraba era condenada a la pena del triplo como ladrón manifiesto, aunque no fuese el autor del hurto. Este es el procedimiento descrito por Gayo a que se alude por el autor. La acción *furti oblati* era la que tenía el propietario de la casa en la que se había encontrado el objeto hurtado, contra el que lo había puesto allí, ignorándolo él, o se lo había dado, sabiendo que era hurtado, acción que importaba también la pena del triplo y tendía a librar al dueño de la casa de la pena que debiera haber pagado.

454. (1) Ulpiano, L. 1, pr., y § 1, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2. La paráfrasis de Teófilo hace remontar la ley *Aquilia* a la época de las disensiones entre patricios y plebeyos

de una manera más completa, sin aplicarse, sin embargo, a toda clase de daño, y sirvió de punto de partida a las extensiones de la jurisprudencia. Esta ley contenía *tres capítulos*, en los que era tratado y reprimido como delito el daño causado en determinadas condiciones. Sólo hablaremos aquí del *primero* y del *tercero*, que formaban un conjunto de disposiciones homogéneas. En cuanto al *segundo*, que preveía un daño de naturaleza muy diferente, hemos ya hablado a propósito del *adstipulator* (V. n.º 316, 3).

455.—I. *Del delito previsto por la ley Aquilia.*—El *primer capítulo* de la ley Aquilia decide que el que ha matado al esclavo ajeno, o un animal vivo en rebaño, *pecus*, y perteneciente a otro, debe pagar el valor más elevado que haya alcanzado el esclavo o el animal el año que ha precedido al delito (Gayo, III, § 210. J., pr., y § 1, *ht.*). El *tercer capítulo* se refiere a cualquier otro daño causado a otro por lesión o destrucción de un bien suyo. El que ha hecho una herida, no mortal, a un esclavo o a un animal vivo en rebaño, o que ha matado o herido cualquier otro animal, o en fin, que ha roto, quemado, destruído o dañado de una manera cualquiera una cosa inanimada, está obligado a pagar el valor más elevado que el esclavo, el animal o la cosa hayan tenido en los treinta últimos días antes del delito (Gayo, III, § § 217 y 218. I, § 13, *ht.*). Los hechos así precisados no constituían, por otra parte, el delito castigado por la ley Aquilia más que si presentaban caracteres bien definidos.

456.—1. *Elementos del delito.*—a) Es preciso que el daño consista en la destrucción o degradación material de una cosa corporal, *corpus loesum*, y que sea causado *corpore*, es decir, por el cuerpo, el contacto mismo del autor del delito. Así cae bajo la aplicación de la ley el que mata el esclavo ajeno golpeándole, y no el que le encierra y le deja morir de hambre (Gayo, III, § 219);

b) Es preciso que el daño haya sido causado sin derecho, *injuria* (1). Es lo que sucede, no sólo cuando el autor del daño ha obrado por *dolo*, sino también cuando ha simplemente cometido una *falta*, aunque fuera ligera (2); basta que se haya apartado de la línea de conducta que debe seguir un hombre honrado y prudente. Este delito puede, pues, ser cometido sin intención de dañar. Por otra parte, no podría haber *damnum injuria datum* cuando el autor del daño no ha hecho más que usar de un derecho que le pertenece; por ejemplo, del derecho de legítima defensa, matando, para salvar su propia vida, al esclavo que le ha atacado (I, § 2, *ht.*). Apenas se necesita agregar que el daño que resulta de un caso fortuito, o por fuerza mayor, no cae tampoco bajo la ley Aquilia;

c) En fin, es preciso que el daño provenga de un *hecho* del hombre. Pues si un deudor está obligado para con su acreedor a un cierto grado de *diligencia* y es responsable de sus *omisiones*, es muy distinto con las personas que no están ligadas por ninguna obligación: en derecho, si no

---

(§ 15, *ht.*). Se trata, sin duda, de fines del siglo v, pues los plebiscitos habían adquirido entonces fuerza de ley (V. n.º 29).

N. del T.—Algunos autores señalan como probable la fecha del año 467 de Roma para el plebiscito hecho por el tribuno Aquilio. Otros entienden fué dado en 529.

Recuérdese que el segundo capítulo o artículo de la ley Aquilia establecía una acción contra el adstipulante que para defraudar al estipulante había condonado la deuda al deudor por medio de la aceptilación. Este segundo artículo cayó en desuso en tiempo de Justiniano, que hizo inútiles las estipulaciones. No llegó a nuestra noticia hasta el descubrimiento de las *Instituciones* de Gayo.

456. (1) L, pr., *de injur.*, IV, 4: *Generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit.* Paulo, L. 151, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet.* Gayo, III, § 211.

(2) Ulpiano, L. 44, pr., D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2: *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*—Véanse numerosos ejemplos de faltas en las *Instituciones;* §§ 4, 5, 7, 8, *ht.* y L. 11, pr., D., *eod.*

en moral, ninguno está obligado a *obrar* en interés de los demás, y la inacción no podría comprometer su responsabilidad (L. 13, § 2, D., *de usufr.*, VII, 1). Para que haya delito es, pues, preciso un *acto*, un *hecho*, por el que se está inmiscuído en los negocios ajenos. Poco importa, por otra parte, que el daño sea causado por el hecho mismo o por una negligencia que ha seguido a un hecho no perjudicial; así, la ley Aquilia se aplica al médico que, después de haber operado a un esclavo enfermo, le ha dejado después morir por falta de cuidados (3).

457.—2. *De las consecuencias del delito y de la acción «legis Aquiliae».*—El autor de un daño que reúna los caracteres exigidos por la ley Aquilia está obligado *ex delicto* en virtud de la ley Aquilia. La obligación, nacida en provecho de la parte lesionada, tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido al delito, si cae bajo la aplicación del primer capítulo (L. 2, pr., D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2), y solamente en los treinta últimos días anteriores al delito, si está previsto por el capítulo III (L. 27, § 5, D., *eod.*). Según el texto mismo de la ley, sólo se tenía en cuenta el valor intrínseco de la cosa perjudicada. Pero los jurisconsultos agregaron, por interpretación, todo el perjuicio causado al propietario; así es como, en caso de asesinato de un esclavo instituído heredero, se debió tomar en consideración no sólo el valor propio del esclavo, sino también el de la sucesión (I, § 10, *ht.*).

Esta obligación es sancionada por una acción especial llamada *legis Aquiliae*, o *damni injuriae* (I, pr., *ht.*). Si el demandado, interrogado ante el magistrado, *confesaba* ser el autor del daño, el juez no tenía más que fijar la condena en los límites indicados anteriormente. Pero cuando el demandado *negaba* ser el culpable, el juez, después de la verificación de los hechos, debía condenarle al duplo (1).

La acción *legis Aquiliae* no pertenecía más que al propietario (Ulpiano, L. 11, § 5, D., *eod.*). Era dada contra el autor del delito y contra sus cómplices: cada uno de ellos debía pagar el importe íntegro de la reparación, y el pago hecho por uno no libraba a los demás (L. 11, § 2, D., *eod.*); pero no era concedida contra los herederos del culpable más que por el provecho que habían sacado del delito (L. 23, § 8, D., *eod.*). En fin, la acción *legis Aquiliae* no podía ser ejercitada, como la acción *furti*, en las relaciones de los peregrinos con los ciudadanos, más que bajo el procedimiento formulario, mediante una ficción introducida en la fórmula: se suponía al peregrino con derecho de ciudad (Gayo, Véase § 37, *in fine*).

458.—II. *De la extensión de la ley Aquilia.*—La acción de la ley Aquilia no era dada más que al propietario de la cosa destruída o deteriorada. Además, las disposiciones de la ley sólo se aplicaban al daño consistente en una lesión material, *corpus laesum*, y causado por el contacto mismo del autor del delito, *corpore*.

Resultaba de ahí que, en muchos casos en que el daño era causado sin derecho, la parte lesionada no podía obtener ninguna reparación. Bajo la influencia del pretor, la jurisprudencia extendió a hipótesis análogas el principio planteado por la ley, y acabó por generalizarle (1).

---

(3) L, § 6, *ht.* Gayo, L. 8, pr., D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2. Paulo, L. 30, § 3, D., *eod.* No es, pues, del todo exacto decir que la omisión o negligencia perjudicial *(culpa in omittendo)* no es nunca castigada por la ley Aquilia. Cae bajo su aplicación si el que se ha hecho culpable ha realizado primero un *hecho* al cual se relaciona.

457. (1) Ulpiano, L. 25, § 2, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2: .... *In hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicicandae, sed aestimandae datur...* L. 23, § 10, D., *eod.: Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum.* Ad. Gayo, L. 2, § 1, D., *eod.* En caso de confesión del culpable, en que el juez no tiene más que estimar el daño, la acción se llama *confessoria.*—Cf. L. 25, § 1; L. 23, § 11, D., *eod.*

458. (1) Que estas extensiones sean debidas a la iniciativa del pretor, es lo que

1. La ley Aquilia se extendió desde el punto de vista de las personas que podían ejercitar la acción. Se dió la acción, *utilitatis causa*, a personas que, sin ser propietarias del objeto perjudicado, están interesadas en su conservación: porque tienen un derecho real, como el usufructuario y el usuario (Ulpiano, L. 1, § 10, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2); o porque tienen una situación análoga a la del propietario, como el poseedor de buena fe (L. 11, § 8, D., *eod.*). Esta acción útil implicaba la misma condena que la acción directa.

2. El principio de la reparación fué también ampliado a hipótesis en que el daño carecía de una de las condiciones exigidas por la ley, es decir, no había sido causado *corpore*, pero donde presentaba, sin embargo, este carácter esencial de consistir en una lesión material, *corpus laesum:* así, una persona encierra el esclavo ajeno y le deja morir de hambre; o bien espanta un animal que se arroja al agua y se ahoga (Gayo, III, § 219). La acción de la ley Aquilia fué dada ahí también por extensión, a título de acción *útil*, y arrastró una condena calculada como la de la acción directa (2).

3. En fin, podía suceder que el daño no fuera causado *corpore* y que no consistiera tampoco en la destrucción o deterioro de un objeto material, que no hubiera *corpus laesum*. Así, un amo ha encadenado a su esclavo, un tercero le suelta y favorece su fuga. En semejante caso, el pretor no podía dar la acción de la ley Aquilia, aun *utilitatis causa*, pues el daño está completamente fuera de los términos de la ley. Concedía a la parte lesionada una acción *in factum*, que no le hacía obtener más que la reparación exacta del perjuicio (3).

§ 4.—Del robo y del daño con violencia.

(I, *vi bonorum raptorum*, IV, 2.)

459.—Hacia la época de las guerras civiles, los hurtos y los actos de destrucción cometidos por las bandas armadas se habían hecho muy frecuentes, y los culpables, rara vez cogidos en el hecho, no incurrían más que en la acción *furti nec manifesti* al duplo, o la acción de la ley Aquilia. Para asegurar una represión más enérgica, el pretor peregrino M. Lúculo creó, en 678, la acción *vi bonorum raptorum*, que fué dada en caso de hurto y daño agravados de violencia. Creada primero para los delitos cometidos por bandas con o sin armas *(hominibus coactis)*, fué extendida al robo y al daño con violencia, aunque proviniera de una sola persona (1). Este delito, calificado a veces de *rapina* (L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17), contenía los mismos elementos que el *furtum* o el *damnum injuria datum*, con la circunstancia agravante de la violencia, y la víctima podía contentarse con las acciones nacidas del hurto o de la ley Aquilia (L. 2, §§ 10 y 26, D., *vi bon. rapt.*, XLVII, 8).

La acción *vi bonorum raptorum*, ejercitada durante un año útil a partir del delito, arrastraba contra el culpable una condena al cuádruplo, bien que el culpable hubiera sido o no cogido en el hecho. Pero esta

---

prueba Pomponio, L. 11, D., *de praescr. verb.*, XIX, 5: ... *Supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae idque utilitas ejus legis exigit*...

(2) El principio está planteado en general por Paulo, L. 47, § 1, D., *de neg. gest.*, III, 5. ... *Utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum.* Para la ley Aquilia, Cf. L. 12, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2. L. 5, C., *de leg. Aquil.*, III, 35.

(3) Varios autores son de parecer que esta acción *in factum* es la misma que la acción útil, cuya fórmula estaba también concebida *in factum*. Pero la distinción que hemos admitido está expuesta de una manera clarísima en las *Instituciones* de Justiniano: Cf. § 16, *ht.*

459. (1) Ulpiano, L. 2, pr., y § 7, D., *vi bon. rapt.*, XLVII, 8. Cicerón, *Pro Tullio.* Gayo, III, § 209.

condena comprendía la reparación del perjuicio por una unidad y no era penal más que por las otras tres (2). El valor del cuádruplo era la estimación exacta de la cosa y no el interés del demandante (L. 2, § 13, D., *eod.*). Al cabo del año, la acción sólo era dada por el simple, *rei persequendae causa*, y se hacía entonces poco a poco inútil, siendo tan ventajosa la *condictio furtiva*.

Aparte las diferencias que preceden, la acción *vi bonorum raptorum*, dada por el cuádruplo, estaba sujeta a las mismas reglas que la acción *furti*. Podía ser ejercida por las mismas personas contra los autores del delito y contra los cómplices (I, § 2, *ht.*).

460.—La acción *vi bonorum raptorum* no era dada para el caso de ocupación violenta de un *inmueble* perteneciente a otro. Se salvaguardaban solamente los derechos del propietario, declarando el inmueble insusceptible de usucapión, y, bajo Augusto, la ley *Julia de vi* organizó contra el culpable un *judicium publicum* (Paulo, S. V. 26, § 3). En el Bajo Imperio se fué más lejos y se quiso impedir que una persona, aun de buena fe, no pudiera hacerse justicia a sí misma apoderándose por violencia de una cosa *mueble* o *inmueble* que creía pertenecerle. Ya Marco Aurelio había decidido, en la época clásica, que el acreedor que se apoderaba violentamente de los bienes del deudor, en lugar de dirigirse al magistrado, había decaído de su crédito y quedaba bajo la aplicación de la ley *Julia* (L. 7, D., *ad leg. Jul. de vi*, XLVIII, 7). Valentiniano, Teodosio y Arcadio se inspiraron en esta disposición, ordenando: que el que se cree propietario de una cosa, y la ocupa por violencia, pierde su derecho si es realmente propietario; y si no lo es, debe devolver la cosa, y además pagar su valor al que ha sido víctima de la violencia (L. 7, C., *unde vi*, VIII, 4, año 389).

§ 5.—De la injuria.

(I, *de injuriis*, IV, 4.)

461.—La palabra *injuria*, tomada en sentido lato, significa todo acto contrario a derecho (V. n.º 456, b). Pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona, mientras que el *damnum injuria datum*, reprimido por la ley Aquilia, es un daño causado injustamente a la cosa ajena (I, pr., *ht.*). Los caracteres y efectos del delito de injuria han variado según las épocas. Fijados primeros por la ley de las XII tablas, se han modificado poco a poco bajo la influencia de la costumbre y del pretor.

1. *Caracteres de la injuria.*—Según la ley de las XII tablas, la injuria no comprendía más que los ataques a la persona física, golpes, heridas más o menos graves, pero sin distinguir si había intención culpable o simple imprudencia. En Derecho clasico, la noción de la injuria se ha restringido, porque se exige la intención de dañar para que haya delito. Pero se ha ampliado desde el punto de vista de los hechos que constituyen la injuria; el ataque a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y, en general, todo acto de naturaleza que comprometa el honor y la reputación ajena (Ulpiano, L. 1, §§ 1 y 2, D., *de injur.*, XLVII, 10.—I, § 1, *ht.*).

2. *Consecuencias del delito de injurias.*—a) La ley de las XII tablas establecía la pena del talión para la injuria más grave: la pérdida de un

(2) L, pr., *vi bon. rapt.*, IV, 2. En la época clásica, ciertos jurisconsultos consideraban, sin embargo, esta acción como puramente penal; Gayo, IV, § 8.

miembro, *membrum raptum* (1), a menos de una composición pecuniaria entre las partes, lo que, de hecho, sucedía siempre (Aulo Gelio, *Nuits at.*, XX, 1). Pronunciaba para la fractura de un hueso una multa de 300 ases o de 150 ases, según que la víctima era un hombre libre o un esclavo; y una multa de 25 ases para todas las demás injurias, es decir, las vías de hecho leves, los golpes sin heridas (Gayo, III, § 223).

Estas penas cayeron en desuso. El pretor sustituyó una reparación pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria, y obtenida mediante la acción *injuriarum*, que implicaba la nota de infamia. Esta reparación era valuada por el demandante, en caso de injuria *ordinaria*, y el juez podía mantener o disminuir en la condena la cantidad así fijada. Pero, para las injurias *graves*, hacía la estimación el magistrado mismo, y de hecho el juez nunca se apartaba de ello (2).

Bajo la dictadura de Sila, una ley *Cornelia* permitió a la víctima de la injuria escoger entre la acción *injuriarium* y una persecución criminal (Paulo, S., V, 4, § 8), pero sólo en caso de golpes o violación de domicilio. Esta disposición fué luego ampliada a todas las injurias (3).

b) La acción *injuriarium* es dada a la persona injuriada. Pero la injuria hecha a una persona *alieni juris* recae sobre el jefe de familia, que puede entonces ejercer una doble acción: una en su nombre, otra en nombre de la persona que ha sido víctima de la injuria. Lo mismo se concede al marido por el insulto hecho a su mujer (I, § 2, *ht.*).

La acción se ejercita contra el culpable y sus cómplices (I, § 11, *ht.*). Pero es intransmisible. Se extingue por la muerte del ofensor y por la del ofendido. Se extingue también por el perdón de la injuria sin manifestar ningún resentimiento (I, § 21, *ht.*).

Capítulo IV.—De las obligaciones nacidas "quasi ex delicto"

(I, *de obligationibus quae quasi ex del. nasc.*, IV, 5.)

462.—Fuera de los delitos, otros hechos ilícitos y perjudiciales podían también engendrar obligaciones, que nacen *quasi ex delicto*. ¿Por qué están separadas estas obligaciones en Derecho Romano de las que nacen de los delitos? Es una cuestión difícil de resolver, y además sin interés,

---

461. (1) Según la interpretación que nos parece más verosímil, *raptum* debe entenderse, no solamente de *rapture*, sino de *pérdida* o *invalidez*, y *membrum* designa toda parte importante del cuerpo humano: de manera que la ley de las XII tablas, en la gradación que establece, toma por *membrum ruptum* toda herida más grave que la ruptura de un hueso (Aulo Gelio, *Noches at.*, I, 14).

(2) Gayo, II, § 224. La injuria era considerada como grave o *atroz*, ya a causa de su naturaleza, por ejemplo, en caso de herida grave, ya en razón del lugar donde había sido cometida, en el teatro, en el foro, bien a causa de la dignidad de la persona ofendida, si se ha injuriado a un magistrado. Gayo, III, § 225.

N. del T.—La injuria podía ser hecha *verbis*, por medio de la palabra hablada o escrita, y *re*, es decir, con hechos. Por eso se distinguían las injurias verbales y reales.

En las primeras, agravaba la responsabilidad el *convicium*, que tiene lugar cuando se profieren al mismo tiempo por medio de voces o gritos deshonrosos palabras de contumelia contra un ciudadano. Son considerados como libelos famosos las injurias realizadas por escrito.

Ya se deduce de la nota 2 del presente párrafo que la injuria puede ser también atroz o simple; pero se calificaba también de inmediata o mediata, según que se dirija directamente a nosotros o bien a otra persona con la cual nos unan vínculos estrechos que hagan recaer sobre nosotros dicha injuria.

En cuanto a la personalidad, es lo cierto que la ley de las XII tablas castigaba hasta con la muerte la injuria a voces y por medio de sátira escrita, pero con penas mucho más leves las lesiones corporales, en la forma y medida indicada en el texto.

(3) 1, § 10, *de injur.*, IV, 4: *In summa sciendum est de omni injuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter.*

pues las reglas generales que hemos expuesto para unas son igualmente aplicables a las otras (1).

Las obligaciones nacidas *quasi ex delicto* eran numerosas. Tenían por sanción una acción pretoriana *in factum*, que lleva consigo una condena a una multa, que variaba según los casos. Nos limitaremos a señalar las hipótesis citadas en las *Instituciones* de Justiniano.

1.ª *Del caso en que un juez ha hecho el pleito suyo.*—Cuando un juez ha pronunciado una sentencia inicua o tachada de ilegalidad, sea por simple falta o por dolo, vuelve el pleito contra él: *litem suam facit*. Está, pues, obligado a reparar el daño causado, según una apreciación equitativa (Gayo, L. 6, D., *de extr. cogn.* L. 13.—I, pr., *ht.)*.

2.ª *De «effusis et dejectis».*—Si objetos sólidos, o materias líquidas, han sido arrojados de una habitación a un lugar en que el público tiene costumbre de pasar, y han causado un daño, el autor del hecho puede caer bajo la aplicación de la ley Aquilia. Pero el habitante principal de la casa, propietario o inquilino, es declarado responsable y obligado *quasi ex delicto* a pagar una multa a la parte lesionada (I, § 1, *ht.)*. Si hay varios, están obligados *in solidum*, pero la multa sólo se debe una vez (L. 1, § 10; L. 2, 3, 4, D., *de his quis effud.*, IX, 3).

3.ª *De «positis vel suspensis».*—Si se han colgado o colocado objetos en el alero o en el tejado de una casa, o encima de un paso público, y amenazan causar un daño con su caída, el habitante principal de la casa es también responsable y está obligado al pago de una multa (I, § 1, *ht.)*. La acción es popular; puede ser ejercitada por el primero que llega.

4.ª *De la responsabilidad de los barqueros y posaderos.*—Cuando se ha causado un daño, o cometido un robo, sobre un navío o en una posada, en perjuicio de un pasajero o de un viajero, la víctima del delito puede escoger entre la persecución del culpable, si le conoce, o una acción contra el dueño, que es responsable, a menos de convención contra ia (L. 7, pr., D., *naut. caup.*, IV, 9). Esta acción penal y perpetua, pero no transmisible contra los herederos, implica una condena al duplo (L. 6, § 4; L. 7, §§ 1 y 6, D., *eod.*—I, § 3, *ht.)* (2).

Capítulo V.—Delefecto y de la inejecución de las obligaciones

463. El efecto natural de las obligaciones, cuyas fuentes hemos estudiado, es obligar al deudor a pagar lo que debe. Si la ejecución de la obligación se realiza de una manera completa y en la época en que el acreedor tiene el derecho de exigirla, la deuda se extingue y el deudor queda libre. A propósito de los modos de extinción de las obligaciones, hablaremos del *pago*, que es su ejecución normal y regular (V. n.º 496).

Pero puede suceder que esta ejecución se haya hecho imposible, o que el deudor se haya simplemente retrasado en pagar. Importa entonces precisar cuáles son, en las relaciones del acreedor y del deudor, las

---

462. (1) En nuestro Derecho, el cuasi delito se distingue del delito porque aquél es cometido sin intención de dañar. Esta diferencia no existe en Derecho Romano, en que el delito castigado por la ley Aquilia puede resultar de la falta leve, y en que el juez, que por dolo, ha juzgado mal, se obliga *quasi ex delicto*.

(2) El dueño del albergue o del navío está también obligado por otra acción pretoriana en caso de pérdida, aun fortuita, de los objetos que le eran confiados por los viajeros, y que por una especie de convención tácita se encargaba de guardar, para devolverlos intactos (V. n.º 465, nota 2, *in fine)*. Esta acción dada, *rei persecuendae causa*, era transmisible contra los herederos.—Cf. Ulpiano, L. 1, pr., y § 1, D., *naut. caup.*, IV, 9.

N. del T.—Cuando los hechos ilícitos y perjudiciales que producen obligaciones no han sido determinados por la ley y provistos de una acción que les sea propia, se dice que las

consecuencias de la *inejecución* de la obligación, o del *retraso* empleado en la ejecución; y, en el caso en que son debidos al acreedor *daños e intereses*, hay que saber conforme a qué principios deben determinarse.

§ 1.—De la inejecución de las obligaciones.

Teoría de la falta.

464.—Las consecuencias de la inejecución de las obligaciones varían primeramente según el objeto. Si consiste en una cantidad de dinero, o cualquier otra cosa *in genere*, el deudor queda obligado, cualquiera que sea el acontecimiento que le haya impedido pagar lo que debe. Suponiendo, en efecto, que las monedas o las cosas que destinaba al pago hayan perecido, debe procurarse otras, pues todas las cosas de la misma especie pueden servir al pago de la deuda. Siempre es así en las obligaciones que resultan del *mutuum* o del contrato *litteris*, y en aquellas que nacen *ex delicto* o *quasi ex delicto*.

Pero, cuando la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto o un hecho, la solución es más delicada. Si la cosa debida ha perecido o si la realización del hecho se ha hecho imposible, ¿debe el acreedor soportar el perjuicio o, al contrario, est obligado el deudor a indemnizarle? Para responder a esta pregunta, es necesario investigar cuál es la causa de la inejecución de la obligación. Ahora bien, las causas de inejecución se reducen a tres: el caso fortuito, el dolo y la falta.

465.—I. *Del caso fortuito.*—El caso fortuito es un acontecimiento al que la voluntad del deudor queda completamente extraña, y no puede serle imputado. Es un caso de fuerza mayor, *vis major*, cuando el hombre es impotente para resistirlo, como los incendios, las inundaciones, los ataques a mano armada.

La equidad exige que el deudor no sea responsable cuando la ejecución de la obligación se ha hecho imposible, por caso fortuito o fuerza mayor (1). Pero la regla puede ser modificada por una cláusula contraria, y el deudor puede asumir esta responsabilidad de una manera general, o en cierta medida. Así es que él puede tomar a su cargo todos los casos fortuitos y los de fuerza mayor (Ulpiano, L. 9, 2, D., *locat.*, XIX, 2). Puede también tomar la responsabilidad de los casos fortuitos

---

obligaciones nacen *quasi ex delicto*, para expresar que el hecho de donde se deriva, aunque no se haya caracterizado de delito por una ley especial y por una acción propia, ocasiona consecuencias semejantes a las que ocasionaría un delito.

N. del T.—Respecto a la *litem suam fecit*, la parte perjudicada por la sentencia injusta, obtiene contra el juez acción *in factum*, de condena de indemnización al arbitrio judicial *in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur*, o de *vera litis aestimatio* si obró dolosamente. Este proceso contra el juez no viola la autoridad de la cosa juzgada.

N. del T.—Con relación al cuasi delito de *effusis et dejectis*, la pena era el duplo del daño. Si llegaba el hecho a causar la muerte de un hombre libre, la acción facultaba para la pena de 50 *aureos*. Y si se causaba sólo una herida, la indemnización debida era estimada por el juez en consideración a los gastos e imposibilidad de trabajar producidos por la herida.

Obsérvese que esta acción *in factum* se funda, no en el hecho de haber arrojado o derramado el propio dueño de la casa los objetos que causan el daño, porque entonces habría el delito y acción prevenidos por la Ley *Aquilia*, sino en la falta que cometió por no vigilar a las gentes de su casa para impedir que se arrojase algo desde ella.

465. (1) Ulpiano, L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17: ... *Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* Sin embargo, el deudor queda obligado cuando el caso fortuito o el de fuerza mayor no se ha producido más que por consecuencia de una falta de que es responsable. Ulpiano, L. 5, §§ 4 y 7, *commod.*, XVIII, 6. Gayo, L. 18, pr., D., *eod.*

con exclusión de los casos de fuerza mayor (2). En fin, puede no asumir más que ciertos casos fortuitos; por ejemplo: encargarse de la custodia de la cosa, *custodiam suscipere*. En este caso, es responsable, si la cosa debida es robada, si el esclavo o el animal que es el objeto de la obligación se ha escapado, cualquier precaución que haya tomado el deudor y aunque no haya culpa alguna que reprocharle (3). Al deudor, que se supone librado por un caso fortuito, es a quien pertenece hacer la prueba (Ulpiano, L. 9, § 4, D., *locat.*, XIX, 2).

466.—II. *Del dolo.*—Hay dolo cuando la inejecución de la obligación proviene de un hecho o de una omisión imputable al deudor, que ha tenido intención de dañar al acreedor. El dolo no puede, por otra parte, emanar más que de una persona que comprende el alcance de sus actos, y no de un loco, de un niño o de un impúber, *proximus infantiae* (Pomponio, L. 60, D., *de rei vind.*, VI, 1).

En este límite, todo deudor responde de las consecuencias de su dolo, pues la mala fe no podría ser para nadie una causa de liberación. Esto es aquí un principio de orden público; las partes no podrían derogarle por un convenio contrario (1). Pero el acreedor puede perfectamente renunciar a exigir la reparación del dolo, cuando ha sido cometido (2). El dolo no se presume: al acreedor, que pretende que el dolo del deudor es la causa de la inejecución de la obligación, toca hacer la prueba (Ulpiano, L. 18, § 1, D., *de probat.*, XXII, 3).

467.—III. *De la falta.*—La falta, *culpa*, consiste en un hecho o en una omisión imputable al deudor, pero sin que haya habido por su parte intención de perjudicar al acreedor. No es culpable más que de imprudencia, de negligencia o de torpeza (1). No puede ser cometida más que por una persona razonable; pero no por un loco, un *infans* o un impúber *proximus infantiae* (Ulpiano, L. 5, § 2, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2).

La culpa ocupa el lugar intermedio entre el caso fortuito y el dolo; pero puede ser más o menos grave. Los romanos distinguen dos grados de faltas: a) La culpa grave, *culpa lata*, es aquella que no comete un hombre dotado de la inteligencia más vulgar; así es una falta grave abandonar la casa dejando la puerta abierta, cuando hay en ella objetos preciosos (2); b) La culpa leve, *culpa levis*, es en principio la que no comete un buen administrador. Pero no es siempre apreciada con la misma severidad. Ora se toma por término de comparación un tipo

---

(2) Esta responsabilidad excepcional podía también resultar de una especie de cláusula tácita: cuando la cosa debida ha sido *estimada*. El deudor responde entonces de los casos fortuitos, pero no de los de fuerza mayor (Cf. Ulpiano, L. 5, § 3, D., *commod.*, XIII, 6 y L. 52, § 3, D., *pro socio*, XVII, 2). Alguna vez era impuesta por el Derecho. Tal es el caso del posadero o del patrón del navío; según el edicto del pretor, responden de la pérdida, aun fortuita, de los objetos que les son confiados por los viajeros, pero no de los casos de fuerza mayor (Ulpiano, L. 3, § 1, D., *naut. caup.*, IV, 9).

(3) L, § 3, *de empt.*, III, 23: *Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus.* Para el esclavo se distinguía si había que desconfiar de él, o si inspiraba confianza, si era *custodiendus* o *non custodiendus*. En el primer caso, el deudor está en falta si el esclavo se ha escapado; en el segundo, la fuga es un caso fortuito, y el deudor sólo es responsable si se ha encargado de su custodia, *si custodiam suscepit* (Ulpiano, L. 5, § 6, D., *commod.*, XIII, 6). Véase también, sobre la custodia, el n.° 467, nota 3.

466. (1) Ulpiano, L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17: ... *Excepto eo quod Celsus putat non valere si convenerit ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur.*—Ad. L. 1, § 7, D., *depos.*, XVI, 3.

(2) Paulo, L. 27, § 4, D., de pact., II, 14: ... *Sed post admissa haec, pacisci possumus.*

467. (1) Gayo, L. 132, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Imperitia culpae adnumeratur.*—Ad. Celso, citado por Ulpiano: L. 9, § 5, D., *locat.*, XIX, 2.

(2) Ulpiano, L. 213, § 2, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt.* Paulo, L. 223, D., *eod.* La culpa grave es calificada *culpa lata, latior* o *gravior*. Se llama también *negligentia magna* o *nimia*.

abstracto, el de un padre de familia irreprochable, *bonus paterfamilias*, y se califica de culpa toda imprudencia o negligencia que él no hubiera cometido. Los intérpretes del Derecho Romano dicen en tal caso que la culpa leve es apreciada *in abstracto* (3). Ora se refiere a las costumbres personales del deudor, y se considera que sólo está incurso en culpa si ha mostrado por la cosa debida menos diligencia que pone en sus propios negocios. Los intérpretes dicen entonces que la culpa leve es apreciada *in concreto* (4).

468.—En principio, todo deudor responde de la culpa grave. Es asemejada al dolo, y ninguna convención puede descargar de esta responsabilidad (1). En cuanto a la culpa leve, es justo que todos los deudores no estén obligados en el mismo grado de diligencia, y que, por consiguiente, unos sufran las consecuencias de su culpa, mientras otros se libran de ellas. Esta regla de equidad debía, naturalmente, recibir una aplicación más amplia en las obligaciones de buena fe que en las obligaciones de derecho estricto. Hay, pues, que distinguir estas dos clases de obligaciones para precisar la responsabilidad del deudor.

1.° *Responsabilidad del deudor en las obligaciones de buena fe.*— Las soluciones admitidas en Derecho Romano dimanan de esta regla: *El deudor sólo es responsable de culpa leve si saca una ventaja de la obligación que le liga al acreedor* (2). He aquí las consecuencias:

a) Cuando sólo el acreedor está interesado, la responsabilidad del deudor queda reducida al mínimum. Sólo queda obligado por dolo o culpa grave. Tal es el caso del depositario y del comodante. Debería ser así del mandatario, del gerente de negocios, de los tutores y curadores, que llevan gratuitamente los negocios ajenos. Pero se admite que eran responsables aun de la culpa leve, porque su misión implica una confianza que deben justificar (3);

b) Cuando el deudor saca una ventaja de la obligación, está sujeto al máximum de responsabilidad. Está obligado a las consecuencias de la culpa leve, sin que haya que distinguir si el acreedor mismo está interesado en el negocio o no lo está. La solución se aplica, pues, también al vendedor y al arrendatario como al comodatario.

Pero ¿cómo debe ser apreciada la culpa leve? En principio se aprecia *in abstracto*. Sin embargo, en ciertos casos particulares, y a título de favor, se aprecia *in concreto*. Los deudores tratados con esta indulgencia son: los asociados y los copropietarios entre sí; el marido en la administración de los bienes dotales que está obligado a devolver (Paulo,

---

(3) Para designar la culpa leve así apreciada, los textos emplean con la mayor frecuencia la palabra *culpa* sólo, o *culpa levis*. Dicen también que el deudor debe *diligentiam exactam* o *exactissimam*, y aun *custodiam*. En este caso, la *custodia* no es más que una parte especial de la *diligentia;* a saber: la custodia de la cosa debida. El deudor obligado a los cuidados de un buen *paterfamilias* debe *custodiam praestare* (L. 5, § 5, D., *commod.*, XIII, 6), en el sentido de que es responsable del hurto o de la fuga, porque ha carecido de vigilancia y está incurso en culpa. Pero si el acontecimiento ocurre sin su culpa (robo con fractura, fuga de un esclavo *non custodiendus*), es un caso fortuito, y el deudor no es responsable, salvo cuando está encargado de la *custodia* (Véanse n.° 465 y nota 3). *Custodiam praestare* en virtud del contrato, implica, pues, una responsabilidad menos extensa que *custodiam suscipere*, en virtud de una *cláusula expresa*.

(4) Los textos dicen en este sentido que el deudor sólo debe *diligentiam qualem suis rebus adhibere solet*.

468. (1) Paulo, L. 226, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Magna negligentia, culpa est: magna culpa, dolus est.*

(2) Africano, L. 108, § 12, D., *de legat.*, 1.° XXX: ... *Sicut in contractibus fidei bonae servatur: ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*—Ad. Ulpiano, L. 5, § 2, D., *commod.*, XIII, 6.

(3) Estudiando los contratos y las obligaciones nacidas *quasi ex contractu*, hemos indicado la responsabilidad de cada deudor y los textos que a ellos se refieren. Nos limitamos aquí a presentar la teoría en su conjunto.

L. 17, pr., D., *de jur. dot.*, XXIII, 3). El motivo es que, llevando los negocios propios, llevan al mismo tiempo los ajenos. No se puede, pues, exigir de ellos más que su diligencia habitual (V. n.º 385, nota 7) (4).

Estas soluciones pueden ser modificadas por la convención de las partes, que son libres de aumentar o restringir la responsabilidad del deudor mediante una cláusula expresa. Pero hay un límite: el deudor está siempre obligado, al menos por dolo y culpa grave (5).

2.º *Responsabilidad del deudor en las obligaciones de derecho estricto.* a) Cuando la obligación tiene por objeto un *hecho*, el deudor es responsable de toda culpa; sólo el caso fortuito puede liberarle. El carácter de la obligación no permite aquí ninguna atenuación de la responsabilidad (Argt. Venuleyo, L. 137, § 3, D., *de verb. obl.*, XLV, 1; b) Cuando el objeto de la obligación consiste en la *datio* de un cuerpo cierto, el deudor no es nunca responsable de sus *omisiones* o de sus *negligencias*, aunque tengan por consecuencia la pérdida de la cosa debida y la inejecución de la obligación, pues ha prometido *dar*, no *hacer*. Al contrario, si es por su *hecho* por lo que la cosa ha *perecido* y la *datio* se ha hecho imposible, es responsable ya haya dolo o culpa por su parte (6). La deuda continúa existiendo, *perpetuatur obligatio;* el acreedor tiene derecho a reclamarle daños e intereses. Pero resulta de la naturaleza de la obligación que el deudor no es nunca responsable de los hechos que han simplemente *deteriorado* la cosa debida, aun cuando sea culpable de dolo, pues sólo está obligado a *dar*, y ejecuta su obligación haciendo la *datio*, cualquiera que sea el estado en que entregue la cosa. Sin embargo, el acreedor tenía entonces el recurso de ejercitar contra él la acción *de dolo*, o una acción *in factum* (Ulpiano, L. 7, § 3, D., *de dolo*, IV, 3).

---

(4) Según una teoría admitida por varios autores, la culpa leve apreciada *in concreto* no sería otra cosa que la culpa grave, porque el deudor, que es menos diligente para el negocio del acreedor que para el suyo, da prueba de una negligencia próxima al dolo: Celso, L. 32, D., *depos.*, XVI, 3. Desde entonces, no habría interés en distinguir, por ejemplo, al depositario obligado solamente por culpa grave, del asociado obligado por culpa leve apreciada *in concreto*, más que desde el punto de vista de la prueba: al acreedor toca probar que el depositario ha cometido una falta grave; al asociado deudor, que puede desprender su responsabilidad, toca probar que ha sido tan diligente para los negocios del acreedor como para los suyos propios. Esta doctrina, que complica inútilmente reglas muy sencillas, es absolutamente contraria a los textos. Todos muestran claramente que hay, entre la culpa grave y la culpa leve apreciada *in concreto*, algo más que una diferencia de prueba: que hay una diferencia de gravedad (L. 23, D., *de reg. jur.*, L. 17. I, § 9, *de soc.*, III, 25. L. 18, pr., *in fine*, D., *commod.*, XIII, 6). Es, pues, contrario a toda interpretación destruir todo el sistema establecido por estos textos, a causa de la sola L. 32, D., *depos.*, que se refiere a un caso especialísimo, el de un depositario dotado de una inteligencia inferior a la media.

(5) Nuestros antiguos intérpretes del Derecho Romano, tales como Dumoulin y Pothier, habían comprendido de otro modo la teoría de las culpas. Distinguían tres clases de culpas: la *culpa lata*, la *culpa levis* y la *culpa levissima*. El deudor respondía, según ellos, de la *culpa lata*, si no tenía ningún interés en el contrato; de la *culpa levis*, si las dos partes estaban interesadas; de la *culpa levissima*, si sólo lo estaba el deudor. Este sistema se apartaba, bajo diversos aspectos, de la verdadera doctrina de los jurisconsultos romanos: a) Modificaba la responsabilidad de una parte, según que la otra estaba o no interesada en el negocio, lo que condujo a distinguir contrariamente a los textos al comodatario del vendedor y del prendista; b) Descuidaba los textos que hablan de la *diligentia qualem in suis rebus*, y asemejaba falsamente al asociado y al vendedor; c) Admitía una responsabilidad mayor que la de la *culpa levis*, lo que es contrario a la lógica (L. 25, pr., D., *de probat.*, XXII, 3) y al lenguaje de los textos, pues sólo emplean la palabra *culpa levissima* una sola vez, y es a propósito de la ley Aquilia (L. 44, pr., D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2). Ya Doneau, en el siglo XVI, había combatido la teoría de las tres culpas y sostenido que el Derecho Romano no distinguía más que dos *(De rur. civ.*, XVII, 6, 7). La idea fué recogida más tarde por Lebrun, abogado en el Parlamento de París. La desarrolló en una disertación dedicada a Pothier; pero no pudo convencerle (Cf. *Oeuvres de Pothier*, ed. Bugnet, t. II, *in fine)*. Hoy se está de acuerdo para reconocer que la teoría de las tres culpas nunca fué admitida entre los romanos. No lo está tampoco en nuestro Derecho. Cf. art. 1.137, C. C.

(6) Paulo, L. 91, pr., D., *de verb. oblig.*, XLV, 1: ... *An culpa quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia, qui dari promissit, ad dandum, non faciendum tenetur.*

§ 2.—Del retraso de la ejecución de las obligaciones.

Teoría de la demora.

469.—En toda obligación, sea en razón de su naturaleza, sea en virtud de una cláusula especial, hay un momento a partir del cual el acreedor puede exigir el pago. Si el deudor no paga cuando debe hacerlo, se dice que hay retraso, *mora*. Lo mismo sucede para el acreedor, si no acepta el pago que le es ofrecido regularmente; por su parte, también hay *mora*.

470.—I. «*Mora debitoris*».—¿Es responsable el deudor del retraso que pone en ejecutar la obligación? La solución de esta pregunta resulta de los principios ya expuestos. Si el retraso viene de un caso fortuito o de fuerza mayor, el deudor no es responsable; pues no lo sería más si hubiera inejecución completa de la obligación. Pero es muy distinto si la tardanza viene de su culpa o dolo; resultan de ello graves consecuencias para él.

Decimos hoy, para expresar esta situación, que está en *demora*. La lengua latina es aquí menos rica que la nuestra; en los dos casos, los textos emplean la misma expresión: *mora* (1). A fin de evitar toda confusión, emplearemos *demora* cuando el retraso sea imputable al deudor.

1. *Elementos de la demora del deudor.*—Para que el deudor esté en demora, no basta que esté, por su dolo o culpa, en retraso de ejecutar la obligación; es preciso también que este retraso haya sido legalmente comprobado. El acreedor debe, pues, hacerle en tiempo y lugar oportunos una *interpellatio* o intimación de pagar.

En este sentido dicen los textos que no hay *mora ex re*, sino *ex persona*, es decir, que el deudor no está en demora por la sola fuerza de las cosas, sino solamente después de la *interpellatio* que le ha sido dirigida por el acreedor (2).

Sin embargo, se pueden citar algunos casos excepcionales en que el deudor está en demora *ex re* sin *interpellatio*. He aquí dos: a) Si el deudor está ausente y no ha dejado, por negligencia o mala fe, persona para reemplazarle (Ulpiano, L. 23, § 1, D., *de usur.*, XXII, 1); b) Si se trata de una obligación de restituir derivada de un robo (V. n.º 452, nota 2). La dificultad para el acreedor de interpelar a un deudor ausente, y las pocas consideraciones que se deben tener para un ladrón, justifican estas dos soluciones.

Ciertos autores admiten también que el deudor a plazo está en demora por el solo vencimiento del plazo, de donde han hecho la máxima: *dies interpellat pro homine*. Esta opinión ha sido defendida por Cujas, Doneau y la mayor parte de los jurisconsultos de los siglos XV y XVII; pero en nuestros días está casi abandonada, y con razón, pues esta máxima no es romana. Los textos no la suministran directamente ningún apoyo, y es contraria a los principios. En efecto, la demora supone al menos la *culpa* del deudor; pero no está incurso en culpa por no haber pagado tan pronto como expiró el plazo; sólo está obligado a hacerlo a la primera indicación del acreedor. La demora exige además

---

470. (1) Paulo, L. 24, pr., D., *de usur.*, XXII, 1. Sin embargo, en la L. 9, § 1, D., *eod.*, Papiniano califica de *mora inculpata* la tardanza sobrevenida en el pago sin culpa del deudor.

(2) Marciano, L. 32, pr., D., *de usur.*, XXII, 1: *Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit; quod apud judicem examinabitur...*

una *interpellatio;* ahora bien: el vencimiento del plazo hace que no haya ya diferencia entre la obligación a plazo y la obligación pura y simple; si, pues, en esta última, la *interpellatio* es necesaria para poner al deudor en demora, debe serlo también en la obligación a plazo, después del vencimiento. De otro modo, se volvería contra el deudor una modalidad que se supone establecida en su favor.

2. *Efectos de la demora del deudor.*—a) Cuando la cosa debida es un cuerpo cierto, está a riesgo del deudor desde el instante en que está en demora. Es responsable de la pérdida fortuita, sea total o parcial. La regla: *debitor rei certae interitu ejus liberatur*, no le aprovecha ya, y es lógico, pues que la demora supone que hay dolo o falta por su parte, y la cosa, sin duda, no habría perecido, si hubiera pagado cuando debía hacerlo (3). Los jurisconsultos romanos expresan esta idea diciendo que la demora, como la culpa, perpetúa la obligación (4). El deudor debe en lo sucesivo al acreedor no ya la cosa, si ha perecido en su totalidad, sino una reparación pecuniaria, calculada según el interés que tenía el acreedor en recibir plena y entera satisfacción (Ulpiano, L. 114, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). Se admitía, sin embargo, un temperamento de equidad. El deudor se libraba generalmente de esta consecuencia de la demora probando que la cosa debida hubiera perecido igualmente en casa del acreedor (Gayo, L. 14, § 1, *in fine*, D., *depos.*, XVI, 3);

b) Si la deuda es una cantidad de dinero, el deudor debe, desde la puesta en demora, los intereses al tipo legal. Se supone, en efecto, que el acreedor sufre un perjuicio igual al interés que hubiera ganado colocando el dinero, si hubiera sido pagado cuando debía serlo. Este motivo es verdadero en todos los casos. Pero si la acción es de *derecho estricto*, la fórmula de la *condictio certae creditae pecuniae* no permite al juez tener en cuenta los intereses *ex mora* en el importe de la condena. Ahora bien, es la única manera de obtenerlos, pues el acreedor no tiene acción especial para reclamarlos (5). El principio no recibe, pues, aplicación más que en los casos en que el acreedor tiene contra el deudor una acción de *buena fe* (6).

471.—Si hay *varios deudores*, y ha sido puesto uno en demora, ¿quedan restringidos a su persona los efectos de la *mora debitoris?* En principio, la demora es *personal*, como la culpa. Los efectos de la demora de uno de los codeudores no deben, pues, extenderse a los demás. Sin embargo, podían modificar esta solución razones particulares. Veamos cómo era aplicada la regla en los dos casos más importantes: la *fianza* y la *correalidad:*

a) *Fianza.*—Suponemos un deudor principal y un fiador. Si el

(3) Pomponio, L. 23, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1: *Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi quam si per te steterit quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidis eum.*

(4) Paulo, L. 91, § 3, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1: *...Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...*

(5) Gordiano, L. 4, C., *depos.*, IV, 34: *Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una...* Hermogeniano, L. 49, § 1, D., *de act. empt.*, XIX, 1: *... Cum hae (usurae) non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.*

(6) Marciano, L. 32, § 2, D., *de usur.*, XXII, 1): *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*—Véanse n.° 797, 4 y nota 4.

N. del T.—La interpelación sólo puede hacerla quien tenga la facultad de recibir la prestación y lo justifique con relación al deudor. Puede servirse a estos efectos el acreedor de un mandatario. Y en algunos casos dicho acreedor no puede interpelar por sí mismo, como, por ejemplo, cuando es incapaz por ley para recibir la prestación. Así no pueden hacer una interpelación válida, personalmente, ni el pupilo ni el sujeto a interdicción; tienen en su lugar que dirigirla el tutor o el curador. Iguales principios en esencia son aplicables respecto a la persona a quien la interpelación debe hacerse.

N. del T.—Los intereses moratorios no se deben en las deudas procedentes de donaciones, en las contractuales del fisco y en las penas pecuniarias a favor del fisco. Por una ley especial de Justiniano, cuando el objeto de la prestación es susceptible de una estipulación cierta, ésta no puede exceder del doble del valor del objeto (C. VII, 47).

deudor principal ha sido puesto en demora, hay excepción al principio, y las consecuencias se extienden al fiador, a no ser que éste haya hecho en tiempo oportuno ofrecimientos al acreedor (1). Decidir de otro modo sería quitar en parte al acreedor la garantía que le ofrece la caución. Si es, al contrario, el fiador quien está en demora, la regla se aplica, y las consecuencias no se extienden al deudor principal, quien no es responsable de la tardanza de la caución;

b) *Correalidad.*—Si hay dos deudores correales, la demora del uno es sin influencia sobre la obligación del otro (2). Cada uno de ellos, en efecto, está obligado por un lazo distinto con el acreedor, y la demora, cosa personalísima, no modifica en nada el lazo del deudor que no ha sido interpelado. Si, pues, la cosa perece por caso fortuito mientras uno está en demora, sólo éste queda obligado.

Esta solución había parecido a varios de nuestros antiguos intérpretes del Derecho Romano en contradicción con la siguiente: cuando uno de los deudores correales ha causado por su *hecho* la pérdida de la cosa debida, los dos son responsables y quedan obligados (3). Ahora bien, que haya *hecho* o *demora*, el principio de la responsabilidad es el mismo: es que hay dolo o culpa de un deudor. Parece, pues, contradictorio hacer recaer las consecuencias sobre el codeudor en un caso y no en el otro.

Dumoulin proponía la conciliación siguiente: Se dice que uno de los deudores correales es responsable del hecho del otro, en este sentido de que el acreedor puede pedir a uno o a otro el valor de la cosa que ha perecido. Se dice, al contrario, que la demora de uno no perjudica al otro, en el sentido de que el acreedor no puede pedir más que al que estaba en demora cuando la cosa pereció, daños e intereses, además del valor de la cosa. Así el hecho y la demora de uno de los codeudores tienen para el otro las mismas consecuencias; pueden perpetuar su obligación, pero no aumentarla. Esta teoría, adoptada por Pothier, ha sido reproducida en el artículo 1.205 del Código civil (4). Pero no es la del Derecho Romano.

En efecto, las dos soluciones que se ha tratado de conciliar no deben serlo. Los jurisconsultos romanos han dado en los dos casos decisiones opuestas y perfectamente racionales. He aquí por qué. Cuando la cosa debida perece por caso fortuito, es natural que los deudores correales queden libres. Si uno está en demora, hay excepción para él; pero la demora es personal y la liberación no queda menos adquirida por el otro. El acreedor no puede quejarse de él; no tenía más que interpelarlos a los dos. Al contrario, no sería justo que el hecho del deudor, que ha ocasionado la pérdida de la cosa debida fuera para el otro una causa de liberación; queda, pues, obligado para con el acreedor.

La demora constituye entre las partes un estado provisional que cesa en varios casos. Se dice entonces que el deudor ha *purgado* su demora. Es lo que sucede si ha hecho al acreedor ofrecimientos regulares, aun cuando el acreedor los haya rechazado, o si ha sobrevenido entre ellos una novación (5).

---

471. (1) Paulo, L. 24, § 1, D., *de usur.*, XXII, 1: *Cum reus moram facit, et fidejussor tenetur.* L. 88, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Mora rei fidejussori quoque nocet.*

(2) Marciano, L. 32, § 4, D., *de usur.*, XXII, 1: *Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*—Ad. Paulo, L. 173, § 2, D., *de reg. jur.*, L. 17, que plantea la regla general y hace su aplicación a los *rei promittendi*: *Unicuique sua mora nocet; quod et in duobus reis promittendi observatur.*

(3) Pomponio, L. 18, D., *de duob. reis*, XLV, 2: *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.*

(4) Molinoeus, *Tract. de div. et indiv.*, 3, n.° 126. Pothier, *Traité des obl.*, 273.

(5) Celso, citado por Paulo, L. 91, § 3, D., *de verb. obl.*, XLV, 1. Marcelo, L. 72, pr., D., *de solut.*, XLVI, 3. Ulpiano, L. 8, pr., D., *de novat.*, XLVI, 2.

472.—II. «*Mora creditoris*».—La demora del acreedor exige, como la del deudor, dos condiciones esenciales: 1.ª Es preciso que el acreedor retarde por dolo o culpa suya injustamente la ejecución de la obligación; por ejemplo, rechazando los ofrecimientos regulares que le son hechos, o permaneciendo alejado del lugar fijado para el pago. 2.ª Es preciso que se hayan hecho ofrecimientos valederos. Son para el acreedor lo que la *interpellatio* para el deudor. Pueden ser hechos por toda persona que tenga derecho de pagar, y sólo son valederos si se dirigen al acreedor capaz de recibir el pago.

La demora del acreedor produce los efectos siguientes: 1.º Cuando la obligación tiene por objeto cosas *in genere*, caso en el que los riesgos son para el deudor, la demora del acreedor hace pasar los riesgos a su cargo. Cualquiera que haya sido la responsabilidad primitiva del deudor, sólo responde ya de su dolo (Paulo, L. 5, D., *de per. et com.*, XVIII, 6). Los ofrecimientos del deudor han especializado en cierto modo la cosa debida. 2.º Si el objeto de la obligación es una cantidad de dinero productor de interés, la demora del acreedor hace cesar su curso (Papiniano, L. 7, D., *de usur.*, XXII, 1).

La demora del acreedor es purgada cuando se declara preparado a recibir el pago. Para él, además, como para el deudor, la *purgatio morae* hace cesar los efectos de la demora en lo sucesivo; no destruye los efectos producidos.

§ 3.—De los daños e intereses y de la "stipulatio poenae".

473.—Cuando, por dolo o a consecuencia de una culpa de la que es responsable, el deudor no ha ejecutado su obligación, o cuando la ejecución no se ha verificado en la época convenida, el acreedor puede exigir de él daños e intereses, es decir, la reparación del perjuicio que ha sufrido. Estos daños e intereses son sustituídos al objeto mismo de la obligación, cuando la prestación de la cosa se ha hecho imposible; se agregan en caso de simple retraso.

Consisten en una cantidad de dinero, que debe representar el interés que tenía el acreedor en la ejecución completa y regular de la obligación, *id quod interest*. Para esta evaluación hay que tener en cuenta en general, dos elementos: a) El daño causado al acreedor; lo que comprende el daño directo, y también, según varios textos, el daño que resulta indirectamente de la inejecución de la obligación (1); b) La ganancia que el acreedor hubiera podido sacar de su crédito si hubiera sido pagado, y de la que ha estado privado (2).

El acreedor demandante debe hacer la prueba del perjuicio que ha sufrido. Pero pertenece al juez determinar el total de los daños e intereses. Su poder de apreciación, y los medios de que dispone para fijarlos, varían según la buena o mala fe del deudor, y, sobre todo, según la naturaleza de la acción ejercitada por el acreedor (Véanse núms. 752, 772 y 797). Justiniano, por una Constitución del año 530, decidió que en caso de obligación que tuviera un objeto determinado, los daños e intereses

---

473. (1) Los jurisconsultos dan sobre este punto soluciones divergentes. Paulo no evalúa más que el daño directo (L. 21, § 3, D., de act. empt., XIX, 1). Pero Ulpiano y otros citados por él tienen en cuenta el daño indirecto (L. 13, pr., D., *eod.*, y L. 19, § 1, D, *locat.*, XIX, 2).

(2) Los comentaristas llaman a estos dos elementos: *damnum emergens* y *lucrum cessans*. Los textos prueban que entraban en Derecho Romano en el cálculo de daños e intereses. Paulo, L. 13, pr., D., *rat. rem...*, XLVI, 8: ... *In quantum mea interfuit: id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui*. Justiniano, L. 1, C., *de sentent.*, VII, 47: ... *Et hoc non solum in damno sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt.*

fijados por el juez no podrían exceder del duplo del valor de la cosa debida (L. 1, C., *de sentent.*, VII, 47).

Si los daños e intereses son en principio regulados por el juez, son a veces fijados por la ley, y, de otra parte, es posible que el acreedor y el deudor hayan de antemano determinado su importe: 1. Si *son fijados* por la ley, cuando la obligación tiene por objeto una cantidad de dinero y el deudor está en demora de pagar (V. n.º 470, *in fine*). El acreedor puede obtener con el capital, si su acción es de buena fe, los intereses usuales en la región en que ha sido contraída la deuda con tal que no excedan el tipo legal, o sea 12 por 100 en la época clásica. A veces, hasta puede obtener una indemnización mayor; pero es preciso que la ley haya previsto el caso, o que pruebe haber sufrido un perjuicio más considerable (3). 2. Las partes pueden fijar de antemano daños e intereses mediante la *stipulatio poenae*, o cláusula penal.

474. *De la «stipulatio poenae».*—La *stipulatio poenae* tiene por objeto obligar al deudor a pagar al acreedor una cantidad determinada para el caso en que la prestación debida no fuera efectuada al vencimiento. He aquí un ejemplo: *Si ita factum non erit tum poenae nomine decem aureos dare spondes? Spondeo.*

Esta estipulación podía ir unida no sólo a una obligación verbal, sino también a cualquiera otra obligación, de buena fe o de derecho estricto, y aun a una obligación natural.

1. *Utilidad.*—La *stipulatio poenae* presentaba las ventajas siguientes: a) Cuando la obligación tiene por objeto un hecho o cualquier otra cosa distinta de dinero, el acreedor ganaba el no tener que probar el perjuicio que le había causado la inejecución de la obligación; además, estando fijados de antemano daños e intereses, no estaba ya expuesto, así como el deudor, a una decisión arbitraria del juez (I, § 7, *de verb. obl.*, III, 15). También la cláusula penal tenía siempre por objeto una cantidad determinada de dinero; b) Unida a un simple pacto que no es civilmente obligatorio y no da acción al acreedor, la *stipulatio poenae* aseguraba su ejecución pues si el deudor no ejecutaba voluntariamente lo que había prometido, incurría en la pena estipulada (L. 1, C., *de recept.*, II ,56).

2. *Naturaleza y efectos.*—Aunque la *stipulatio poenae* ha sido algunas veces considerada como una estipulación *accesoria*, es más bien una estipulación *condicional*. Su eficacia está subordinada a esta condición: si el deudor no ejecuta su obligación. Por consiguiente, incurre en la pena, *stipulatio committitur*, cuando se cumple la condición, es decir, cuando no se ejecuta la obligación (1). Para fijar el momento preciso en que se realiza esta condición, hay que distinguir si la obligación es pura y simple o a término: a) Si es pura y simple, tan pronto como el deudor ha tenido tiempo de ejecutar y no lo ha hecho, ha incurrido en la pena. Sin embargo, si es perseguido por el acreedor, puede todavía ejecutar la obligación hasta la *litis-contestatio* (Ulpiano, L. 21, § 12, D., *de recept.*, IV, 8); b) Si la obligación es a término, se incurre en la pena sólo porque el plazo ha expirado sin que haya habido ejecución; el

(3) Cf. Papiniano, L. 1, pr., D., *de usur.*, XXII, 1. Pomponio, L. 60, pr., D., *pro soc.*, XVII, 2. Ulpiano, L. 2, § 8, D., *de eo quod cert.*, XIII, 4.

474. (1) Si el convenio principal tiene por objeto un hecho imposible o ilícito (tal como transferir la propiedad de un esclavo que ha muerto, impedir un matrimonio), y si la pena es estipulada bajo condición negativa, es decir, para el caso en que el hecho no sea realizado, por excepción, no se incurre en la pena cuando la condición se realiza. Es, en efecto, contrario al derecho y a la razón exigir daños e intereses por la inejecución de un hecho imposible o ilícito, y semejante cláusula debe ser nula. Ulpiano, L. 69, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Nec paena rei impossibilis committetur.*—Ad. Paulo, L. 134, pr., D., *eod.* L. 15, § 1, D., *ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

simple vencimiento produce este efecto de una manera irrevocable (L. 12, C., *de contr., et com.*, VIII, 38).

475.—Cuando se ha incurrido en la pena, ¿cuál es el derecho del acreedor? En principio, puede, a su elección, o bien ejercitar la acción que sanciona su crédito y obtener así daños e intereses fijados por el juez, o bien obrar *ex stipulatu* para reclamar la cantidad fijada a título de pena. No puede acumular el beneficio de las dos acciones. Sin embargo, se admite que, si había obrado primero, *poenae nomine*, tenía aún el derecho de ejercitar la acción originaria, cuando era de buena fe, para obtener solamente lo que podía procurarle de más. Pero si había ejercitado la primera esta acción, no podía ya obrar después *poenae nomine*)(Juliano, L. 28, D., *de act., empt.*, XIX, 1).

Estas soluciones eran a veces modificadas según la intención de las partes: a) Han podido hacer una novación y querer que, si no se ejecuta la obligación originaria, la obligación de pagar la pena, le sea sustituída de una manera absoluta; entonces el acreedor sólo puede obrar *poenae nomine* (Papiniano, L. 115, § 2, *in fine*, D., *de verb. obl.*, XLV, 1); b) Es posible que la ejecución de la obligación se acumule con la pena, si tal ha sido la voluntad de las partes. Siempre es así cuando la pena está estipulada en razón del retraso. En este caso, si la cosa debida es una cantidad de dinero, la cláusula penal representa los intereses debidos por el retraso, y no puede exceder del tipo legal (Papiniano, L. 9, pr., D., *de usur.*, XXI, 1).

Capítulo VI.—De la adquisición y de la cesión de las obligaciones

§ 1.—Por quién se hace uno acreedor.

476.—Hemos visto ya que un ciudadano *sui juris* puede adquirir la propiedad y demás derechos reales, no sólo por sí mismo, sino también por las personas colocadas bajo su potestad, es decir, por sus esclavos, sus hijos, su mujer *in manu* y las personas *in mancipio* (V. n.º 257). Los mismos principios son aplicables a la adquisición de los derechos de crédito. He aquí la exposición somera para el caso más importante: la adquisición, por intermedio de los esclavos y los hijos de familia, de los créditos nacidos *ex contractu* o *quasi ex contractu*.

En cuanto al principio según el cual no se podía adquirir un crédito por una persona libre y *sui juris*, hemos señalado ya el progreso que se realizó, a propósito del mandato (Véanse núms. 392 a 394).

477.—I. *Adquisición de los créditos por intermedio de los esclavos.*— El esclavo es civilmente incapaz de contratar. Pero se admite que podría, en interés del amo, desempeñar el papel de acreedor. Saca entonces de la personalidad del amo una capacidad prestada y le hace adquirir el crédito nacido del contrato (1). Tomemos por ejemplo la estipulación; he aquí las consecuencias que resultan del principio, y que son las mismas para los demás contratos:

1.ª El esclavo que no tiene otra capacidad que la del amo no puede estipular válidamente más que si el amo es capaz. Si el amo es incapaz, o si el esclavo está sin amo, la estipulación es nula.

---

477. (1) I, pr., *de stip. serv.*, III, 17: *Servus ex persona domini jus stipulandi habet...* Véase n.º 281, 4.

Cuando el esclavo pertenece a una herencia yacente, la herencia sostiene la personalidad del difunto, y el esclavo puede tomar prestada esta personalidad como si su amo viviera todavía; la estipulación que hace es, pues, válida en provecho del futuro heredero, a condición, sin embargo, de que éste acepte, pues la estipulación no es validada más que en su interés (2). Pero, aunque la herencia representa ficticiamente al difunto, es cierto que no hay, hasta la adición, persona física que pueda recoger el beneficio del crédito. Así que el esclavo no podía válidamente estipular un derecho de usufructo o de uso, que exige un titular vivo, pues la estipulación produce un efecto inmediato y no habría nadie para aprovecharlo (3).

2.° Por el esclavo, el amo se hace acreedor sin saberlo y a pesar suyo. Queda, sin duda, libre de utilizar o no el crédito; pero el efecto de derecho se produce siempre (Juliano, L. 62, D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

La adquisición aprovecha al amo bajo cuyo poder se encuentra el esclavo en el momento del contrato, aun si se trata de un contrato condicional (V. n.° 297, *bis*, *b*, *in fine*) (4). Si el esclavo pertenece a varios amos, el crédito es adquirido por cada uno en proporción de su derecho de propiedad sobre el esclavo en la época del contrato. Por excepción, el crédito es adquirido por un solo amo: si el esclavo ha estipulado por él nominalmente, o por orden suya, o si el objeto de la estipulación es tal que uno solo de los amos pueda aprovecharse (I, § 3, *de stip. serv.*, III, 17. Gayo, III, § 167).

3.° El que tiene el usufructo de un esclavo, o que posee de buena fe el esclavo ajeno, no adquiere por su intermedio más que los créditos nacidos de las cosas que le pertenecen, *ex re sua*, o que provengan de los trabajos del esclavo, *ex operis servi*. Los demás créditos son adquiridos por el propietario (I, §§ 1 y 2, *per quas pers.*, III, 28. -V. n.° 227, 2, *a*).

478. II. *Adquisición de los créditos por intermedio de los hijos de familia.*—El hijo de familia púber tiene por sí mismo la capacidad de contratar; pero como, según los principios de la patria potestad, no puede tener nada en propiedad, el crédito es adquirido por el padre de familia. Esta situación fué modificada por la introducción de los peculios. Aunque quedaba para el padre un instrumento de adquisición, cuando contrataban en su nombre, o con ocasión del peculio *profecticio*, los hijos de familia han podido en lo sucesivo adquirir los créditos en propiedad, cuando se unen a los otros peculios. En el último estado del Derecho Romano, he aquí las distinciones que hay que hacer: a) Si el hijo de familia se hace acreedor con ocasión de los peculios *castrense* o *quasi-castrense*, el crédito le queda como propio; tiene el ejercicio y el beneficio de la acción; b) Si el crédito se une a los bienes *adventicios* cuyo usufructo tiene el padre y la propiedad el hijo, sólo el padre tiene derecho a ejercitar la acción, pero lo que resulte pertenece en propiedad al hijo y el usufructo al padre (I, pr., *per quas pers.*, III, 28).

---

(2) I, pr., *de stip. serv.*, III, 17 (continuación): *Sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet, ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.*—V. n.° 592.

(3) Al contrario, el legado de usufructo hecho al esclavo de una herencia yacente es válido: es que la estipulación tiene un efecto inmediato, mientras que el legado sólo tiene efecto hasta el *dies cedit*, y, en este caso, el *dies cedit* tiene lugar a la adición de la herencia, es decir, en el momento en que hay una persona capaz de gozar del usufructo. Paulo, Fr. Vat., § 55.

(4) Es muy distinto en caso de legado condicional.—V. n.° 623, 1.

479. (1) Gayo, L. 133, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*—Ad. Ulpiano, L. 6, pr., D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2.

§ 2.—Por quién se hace uno deudor.

479.—Si el jefe de familia adquiere de pleno derecho los créditos por intermedio de las personas colocadas bajo su potestad, es muy distinto para las deudas. Es un principio cierto que las personas *alieni juris* no pueden obligar al jefe de familia (1). Esta regla tenía frecuentemente consecuencias contrarias a la equidad. Así que, hacia el fin de la República, fué modificada por el Derecho pretoriano, en cuanto a las obligaciones nacidas de los contratos. Hemos dicho ya cómo se había ampliado esta reforma por la jurisprudencia al caso en que un mandatario *sui juris* contrataba en nombre del mandante (Véanse núms. 392 a 394). Estudiaremos aquí los progresos realizados por el pretor a prorósito de los *contratos* hechos por los esclavos y los hijos de familia. Vedemos después los efectos de sus *delitos*.

I.—De los contratos hechos por las personas "alieni juris".

(I, *Quod cum eo contractum est...*, IV, 7.)

480.—I. *De los contratos hechos por los esclavos.*—La incapacidad del esclavo, atenuada en interés del amo cuando figuraba como acreedor en un contrato, subsistía aún en Derecho civil cuando desempeñaba al contratar el papel de deudor; no se obligaba entonces más que naturalmente. Este resultado era injusto cuando el esclavo contrataba con autorización expresa o tácita del amo, o cuando el amo sacaba un provecho personal de la operación.

En tal caso, el pretor admitió que los terceros podían obrar contra el amo en razón de los contratos que habían tenido con el esclavo, y les dió a este efecto las acciones *quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria*, de *peculio* y de *in rem verso*. No se trata aquí de acciones nuevas. Son las mismas acciones que sancionan las obligaciones contractuales; pero modificadas en una parte de sus fórmulas y revestidas de calificaciones especiales. Los comentaristas las llaman por este motivo acciones *adjectitiae qualitatis*. Así, cuando un tercero ha vendido un objeto a un esclavo, puede ejercitar contra el amo, para obligarle a pagar el precio, la acción *venditi* ‹*quod jussu*, si el dueño autorizó al esclavo para comprar. Veamos en qué casos era dada cada una de estas acciones, y cuál era su efecto.

481.—1. *Acción «quod jussu».*—El esclavo ha contratado con el permiso expreso del amo. Poco importa que la autorización sea especial o general, y en qué forma ha sido dada (Ulpiano, L. 1, § 2, D., *quid jus.*, XV, 4). El pretor considera al tercero como habiendo tratado con el amo mismo; le da contra el amo la acción *quod jussu*, que es perpetua y se ejerce *in solidum*, por la totalidad de la deuda (1).

2. *Acción «exercitoria» y acción «institoria».*—Estas dos acciones se justifican por la misma razón que la acción *quod jussu* (2). Sucedía a menudo que el amo ponía a un esclavo al frente de un comercio, autorizándole de una manera general a hacer todos los actos que se relacionan con él; los terceros que contrataban con el esclavo estaban reputa-

---

481. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *quod jussu.*, XV, 4: *Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet.* Gayo, IV, § 70: *Qui ita negotium gerit magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.*

(2) Gayo, IV, § 71: *Eadem ratione (praetor) comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam...* Ulpiano, L. 1, pr., D., *de exerc. act.*, XIV, 1.

dos como habiendo contratado con el amo, y el pretor les dió contra él la acción *exercitoria* o la acción *institoria*, pero sólo en el límite de las operaciones comerciales que el comitente había autorizado (3). La acción *exercitoria* era concedida cuando el amo, haciendo función de armador *exercitor*, había puesto a su esclavo a la cabeza de un navío, como *magister navis*, para un comercio marítimo; la acción *institoria*, cuando el amo había puesto al esclavo, como *institor*, en un comercio en tierra *tabernae vel alicui negotiationi* (Gayo, IV, § 71).

Estas dos acciones son perpetuas. Se dan *in solidum*, por la totalidad de la deuda. El pretor las concedía también cuando el comisionado no estaba bajo la potestad del comitente, cuando era el esclavo de otro, o también un hombre libre (I, § 2, *ht.*, IV, 7). Cuando era un hombre libre, el tercero tenía a su elección: la acción *adject tiae qualitatis* contra el comitente, o la acción directa contra el comisionado, que, siendo capaz, se obligaba a sí mismo (Ulpiano, L. 1, § 17, D., *de exerc. act.*, XIV, 1). Por extensión se asemejó al *institor* el mandatario encargado de una operación no comercial, y se permitió a los terceros, con los cuales había contratado, ejercitar contra el mandante una acción *quasi institoria* o *institoria utilis* (Véanse núms. 393 y 394).

3. *Acción tributoria.*—Es también una acción dada a propósito de operaciones comerciales. Hay que suponer que el esclavo, habiendo recibido de su amo un peculio, lo emplea en total o en parte en hacer el comercio, a sabiendas del amo, que no se ha opuesto a ello (Ulpiano, L. 1, § 3, D., *de trib. act.*, XIV, 4).

En este caso, la porción del peculio dedicada al comercio, *merx peculiaris*, es la prenda de los terceros que han contratado con el esclavo con motivo de su comercio. Cuando no son pagados, pueden dirigirse al amo para que haga entre ellos el reparto proporcional a sus créditos. Si él es el mismo acreedor natural del esclavo, debe figurar en el reparto con el mismo título que los demás, y sin tener sobre ellos ningún privilegio (L. 1, pr., D., *eod.*). El acreedor que se queja de que el amo no le ha atribuído por dolo toda la parte que le tocaba, puede perseguirle por la acción *tributoria* (I, § 3, *quod cum eo*, IV, 7). Esta acción es perpetua. No es dada *in solidum*, sino solamente en el límite del dividendo que debía recibir el demandante, y contra el heredero del amo no es concedida más que hasta la concurrencia de su enriquecimiento (L. 7, § 5, D., *eod.*).

4. *Acciones de peculio y de in rem verso* (4).—Mientras que las acciones precedentes sólo son dadas en casos especiales, las acciones *de peculio* y de *in rem verso* son, por decirlo así, de derecho común. El amo que confía un peculio a su esclavo conserva su propiedad, pero le autoriza a realizar todos los actos necesarios a la administración de este peculio, como si fuera un patrimonio que le perteneciera en propiedad; y los terceros que contratan con el esclavo deben considerar este peculio como la prenda de sus créditos. El pretor les permite, pues, obrar contra el amo, propietario de los bienes que componen el peculio, pero sólo en el límite de este peculio y del provecho que, además, ha podido sacar de la operación. Ese es el objeto de la acción de *peculio*.

Esta acción comprende la acción de *in rem verso*. La fórmula contie-

---

(3) Ulpiano, L. 1, § 12, D., *de exerc. act.*, XIV, 1: *Praepositio certam legem dat contrahentibus...*—Ad. L. 5, § 11, D., *de instit. act.*, XIV, 3.

(4) En la exposición de estas acciones hemos seguido el orden de las *Instituciones* de Gayo (IV, §§ 70 a 73), y hablado primero de la acción *quod jussu*. Pero el edicto del pretor daba esta acción a continuación de la acción de *peculio et de in rem verso*, por lo que esta parte del edicto era llamada: *edictum triplex*...—Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de pecul.*, XV, 1. *Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso aut quod jussu, hinc oritur actio.*

ne una doble *condemnatio*. Por consiguiente, el acreedor que obra de *peculio* puede obtener condena: primero, en la medida del enriquecimiento realizado por el amo; luego, si no está aún desinteresado, en la medida del peculio entero. El juez tiene, pues, doble misión: estimar el enriquecimiento del amo y evaluar el peculio (5). Para obtener el valor del peculio, debe deducir todo lo que es debido naturalmente al amo y a las personas colocadas bajo su potestad: el amo tiene así un privilegio y pasa antes que los demás acreedores (I, § 4, *quod cum eo...*, IV, 7). La acción de *peculio* no es perpetua. Es dada mientras haya un peculio. Cuando el esclavo muere o es libertado, puede aún ser ejercitada contra el amo durante un año útil (L. 1, pr., D., *quando de pecul.*, XV, 1).

Los terceros podían también, en ciertos casos, obrar solamente de *in rem verso*. La acción así restringida era perpetua. Era útil al acreedor cuando no podía ya obrar de *peculio*, bien porque el amo había retirado el peculio sin fraude, bien porque había expirado el año útil. Permitía perseguir al amo y hacerle condenar hasta la concurrencia del provecho que había sacado de la operación (6).

482.—Podía suceder que el acreedor tuviera a su disposición varias de las acciones que hemos enumerado. En este caso, no tenía derecho a acumularlas: debía escoger la más ventajosa. Las acciones *quod jussu*, *exercitoria* e *institoria* eran preferidas a las demás porque se daban *in solidum* para la totalidad del crédito. La acción *tributoria* y la acción de *peculio*, comparadas entre sí, tenían sus ventajas y sus inconvenientes. El que ejercitaba la acción *tributoria* sólo era pagado por la parte del peculio afectado al comercio; pero el amo no tenía sobre él privilegio. El juez de la acción de *peculio* tenía en cuenta todo el peculio y el enriquecimiento del amo; pero éste pasaba antes que los acreedores (1).

---

(5) Gayo, IV, § 74 a), *in fine: ... Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.* I, § 4, *quod cum eo...*, IV, 7: *Licet enim una est actio qua de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur aut non totum.*

(6) Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de in rem vers.*, XV, 3: *Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio; rectissime enim Labeo dici fieri posse, ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio... De in rem verso namque actio perpetua est, et locum habet, sive (dominus peculium) ademit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita est.*

N. del T.—Por la acción *quod jussu* se compelía también al padre de familia a cumplir las obligaciones estipuladas, *ex contractu*, por el hijo de familia hasta la concurrencia del valor de su peculio. El padre de familia no respondía de tales obligaciones, según el Derecho civil *(ipso jure)*, pero pareció equitativo *(aequum)* al pretor que respondiese en el límite antes expresado. Obsérvese que se trata del peculio cuya propiedad tiene el padre, es decir, del *profecticio*, según el nuevo Derecho, no del *castrense* ni del *cuasi castrense*, ni aun del *adventicio*. De la propia manera el esclavo es deudor, pero *naturaliter tantum*, de la deuda que contrajo.

Esta acción se concedía también respecto de las obligaciones que nacen como de un contrato, pero nunca se daba respecto de las que resultaban de un delito o cuasi delito. En tal caso se tendría contra el dueño la acción *noxal*.

N. del T.—En la acción *tributoria*, la *merx peculiaris* se dividía *pro rata portione* entre los acreedores, a quienes se concedía tal acción cuando se creían perjudicados por la división hecha por el dueño del esclavo o por el padre de familia, pues que también el hijo podía emplear todo o parte de su peculio para un comercio con conocimiento de su padre. Inst., *quod cum eo*, IV, 7, D., *de tribut. act.*, XIV, 4.

N. del T.—En la acción de *peculio*, si la obligación se contrató con el consentimiento del padre o del dueño, habría lugar a la acción *quod jussu*.

N. del T.—Entendemos que se puede proceder de *peculio* y *de in rem verso* por una sola y misma acción. En este sentido es, según nosotros, como ha de comprenderse el párrafo 4 y no en el de que ambas acciones sólo forman una, porque cada una de ellas se puede ejercitar independientemente de la otra, y no la una después de la otra. En el *Digesto*, el título de *peculio* es distinto del título *de in rem verso*.—V. lib., XV, títulos II y III.

482. (1) I, § 5, *quod cum eo...*, IV, 7. Después de haber citado las diversas acciones pretorianas, las *Instituciones* de Justiniano agregan (§ 8, *eod.)* que los terceros que han contratado con el esclavo tienen también derecho a ejercer contra el amo una *condictio*, cuando el contrato le ha aprovechado, y cuando el esclavo ha obrado con su autorización. Esta aplicación de la *condictio* puede justificarse así: a) Si el amo se ha enriquecido con detrimento del tercero que ha tratado con el esclavo, está obligado por la *condictio sine*

483.—II. *De los contratos hechos por los hijos de familia.*—Las obligaciones nacidas de los contratos hechos por los hijos de familia estaban, en general, sujetas a las mismas reglas y originaban las mismas acciones pretorianas contra el jefe de familia (I, § 6, *quod cum eo.*, IV, 7). Hay que señalar, sin embargo, algunas diferencias: 1.ª El esclavo *no podía obligarse* civilmente por sus contratos, y los terceros que han contratado con él no tienen otro recurso que la acción pretoriana contra el amo. El hijo de familia, al contrario, es capaz de obligarse civilmente. Los terceros que han contratado con él pueden, pues, perseguirle directamente por la acción nacida del contrato, o ejercitando contra el padre la acción pretoriana (Ulpiano, L. 58, § 2, D., *pro soc.*, XVII, 2). 2.ª Cuando el hijo de familia se ha obligado con motivo de sus peculios *castrense* o *quasi-castrense*, es tratado como un verdadero jefe de familia, y los terceros sólo tienen acción contra él. 3.ª En fin, para un contrato especial, el *mutuum* de dinero, el senadoconsulto Macedoniano había dictado disposiciones especiales, que no se aplicaban más que a los hijos y no a los esclavos.

484.—*Del senadoconsulto Macedoniano.*—Este senadoconsulto fué provocado por el crimen de un hijo de familia, llamado Macedo, quien, agobiado de deudas, había matado a su padre para gozar más pronto de la herencia paterna (1). Prohibe prestar dinero a los hijos de familia, y niega al acreedor toda acción de reembolso, aun después de la muerte del padre.—L. 1, pr., D., *de S. C. Maced.*, XIV, 6).

1. *Aplicación.*—Para que el senadoconsulto macedoniano se aplique es necesario: a) Que se trate de un *mutuum* que tenga por objeto dinero. Sin embargo, es aplicable cuando las partes han fraudulentamente disfrazado un préstamo de dinero bajo la apariencia de un préstamo de géneros o bajo el nombre de otro contrato (Ulpiano, L. 3, § 3, y L. 7, § 3, D., *eod.*); b) Que el prestatario haya estado sujeto a la potestad paterna en el momento del *mutuum*. La disposición del senadoconsulto, que sólo tuvo presente al hijo de familia, fué, además, ampliada a la hija de familia (Ulpiano, L. 9, § 2, y Juliano, L. 14, D., *eod.*) (2).

2. *Efectos.*—El senadoconsulto, dirigido, sobre todo, contra los usureros, *ob poenam creditorum*, tenía por efecto hacer ineficaz toda acción en reclamación del dinero prestado. Si, pues, el acreedor quiere obrar y los hechos están comprobados, el magistrado niega la acción: *denegandá est actio* (L. 7, § 6, D., *eod.*). Si, al contrario, no es cierto que el senadoconsulto sea aplicable, y si hay lugar a un examen de los hechos, el demandado debe hacer insertar en la fórmula la excepción del senado-

---

causa (V. n.º 444, 1, d); b) Si ha habido autorización, es como si el amo hubiera figurado en el contrato, pues la confianza que inspira a este último ha determinado al tercero a contratar, y esta consideración ha parecido suficiente para dar a este tercero la *condictio* contra el amo. Estas soluciones son ya admitidas en la época del jurisconsulto Juliano: Cf. Africano, L. 23, D., *de reb. cred.*, XII, 1. Paulo, L. 29, D., *eod.* y L. 17, 5, D., *de instit. act.*, XIV, 3.

484. (1) Cf. Teófilo, Par., IV, 7, § 7. Suetonio coloca este senadoconsulto en el reinado de Vespasiano (*Vespas.*, 11). No hizo, sin duda, más que renovar o generalizar una disposición legislativa del reinado de Claudio, de que habla Tácito (*An.*, XI, 13).

(2) En cuanto a la hija de familia, que es en la época clásica incapaz de obligarse civilmente, como un esclavo, la aplicación del senadoconsulto impide solamente al que ha hecho el préstamo obrar *de peculio* contra el padre de familia (L. 3, § 4, D., *commod.*, XIII, 6. V. n.º 281, nota 4). Bajo Justiniano, la hija de familia es capaz, como el hijo, y el senadoconsulto tiene en ambos casos el mismo alcance (I, § *quod cum eo...*, IV, 7).

N. del T.—En efecto, el senadoconsulto macedoniano fué dictado durante Claudio, en el año 800 de Roma y renovado por Vespasiano.

Además de las excepciones expuestas por el autor al senadoconsulto, existían la de que el préstamo se hubiera hecho para satisfacer necesidades indispensables o para pagar otras deudas no protegidas con alguna excepción (Ulpiano, fr. 7, § 14, XIV, 6), y cuando el mutuante, por error excusable, considera *sui juris* al mutuatario (Ulpiano, fr. 3, pr. y Pomponio, fr. 19, *ht.*). También cesa la aplicación del senadoconsulto si el hijo, en el caso de haber llegado a ser *paterfamilias*, ha reconocido el mutuo (Const., 2, IV, 28).

consulto Macedoniano, y es absuelto si es probada. Esta excepción puede ser invocada, no sólo por el hijo de familia, sino también por los fiadores que han afianzado su deuda, a no ser que hayan intervenido *animo donandi*, y por el jefe de familia perseguido *de peculio* (L. 9, § 3, D., *eod.*). Es perpetua, y cuando el demandado se ha dejado condenar sin usarla, puede aún valerse de ella después de la sentencia, oponiéndola a la acción *judicati* (L. 11, D., *eod.*). Pero el senadoconsulto, que quitaba al acreedor la sanción civil de su derecho, dejaba subsistir una obligación natural a cargo del hijo de familia y de sus fiadores: si habían pagado por error, no podían ejercitar la *condictio indebiti* (L. 9, §§ 4 y 5 y L. 10, D., *eod.*).

3. *Excepciones.*—El hijo de familia no puede prevalerse del senadoconsulto cuando tiene un peculio *castrense* o *quasi-castrense;* está entonces obligado en el límite de sus peculios (L, 1, § 3, y L. 2, D., *eod.*). La excepción le es igualmente negada cuando se ha hecho pasar por *sui juris* (L. 1, C., *ad. S. C. Maced.*, IV, 28). Por otra parte, cuando el padre de familia ha autorizado el préstamo o se ha aprovechado de él, el acreedor puede ejercitar contra él la acción *institoria*, o la acción de *peculio et de in rem verso*, sin temor del senadoconsulto (L. 7, §§ 11 y 12, D., *de S. C. Maced.*, XIV, 6).

II.—De los delitos cometidos por las personas "alieni juris".

De las acciones "noxales".

(I., *de noxalibus actionibus*, IV, 8.)

485.—I. *Consecuencias de los delitos cometidos por los esclavos y los hijos de familia.*—Los esclavos, como los hijos de familia, se obligaban civilmente por sus delitos (1). Pero la parte lesionada apenas podía sacar partido de esta obligación persiguiendo directamente al autor del delito, pues el esclavo era incapaz de figurar en justicia mientras permanecía en esclavitud (L. 107, *de reg. jur.*, L. 17), y el hijo de familia, no teniendo nada propio, no hubiera podido pagar la pena a que hubiera sido condenado. Así que, desde la época de la ley de las XII tablas, el Derecho civil consagraba otra solución. Hay que distinguir dos hipótesis:

1.ª Si el delito ha sido cometido por orden del amo, es él quien queda obligado *ex delicto*. Contra él puede ser ejercitada directamente la acción nacida del delito (2). Es lo mismo si ha dado simplemente su aprobación al acto realizado (L. 152, § 2, D., *de reg. jur.*, L. 17).

2.ª Cuando el esclavo o el hijo de familia han obrado espontáneamente, la parte lesionada puede también perseguir al amo. Pero, en este caso, no está obligado personalmente *ex delicto*. Debe solamente entregar al culpable, y puede dispensarse de ello pagando a la víctima la pena consecuencia del delito. La acción toma entonces el nombre de

---

485. (1) Ulpiano, L. 14, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Servi ex delictis quidem obligantur et si manumittantur obligati remanent.*

(2) Ulpiano, L. 2, § 1, D., *de nox. act.*, IX, 4: *Nam servum nihil deliquisse, qui domino jubenti obtemperavit...* En caso en que el esclavo hubiera obrado *sciente domino*, pero sin orden suya, Ulpiano nos enseña, en la continuación de este texto, que, según la ley de las XII tablas, el amo no estaba obligado directamente, pero que, al contrario, lo estaba según la ley Aquilia, y esta solución parece haber prevalecido. Sin embargo, no era justo que el esclavo quedara impune; así que la víctima podía ejercer contra el amo la acción directa o la acción noxal, a su elección: Paulo, L. 4, § 2, D., *eod.*

acción *noxal*, porque el amo, contra quien es ejercitada, tiene el derecho de abandonar al autor del delito, *noxam derere* (3), y este abandono es calificado de *noxal*.

486.—II. *Fundamento y efecto de las acciones «noxales».*—El origen de las acciones *noxales* es muy antiguo. La ley de las XII tablas las daba ya para el robo y ciertos daños. Más tarde fué aplicado el mismo sistema por la ley Aquilia (L. 2, § 1, D., *de nox. act.*, IX, 4) y por el pretor en caso de injuria (1). En el Derecho clásico todas las acciones son susceptibles de ser intentadas *noxaliter*.

¿Sobre qué fundamento descansa el ejercicio de las acciones *noxales* contra el amo del autor del delito? Es una cuestión delicada, y sobre la que están divididas las opiniones. Según la conjetura que concuerda mejor con el efecto de estas acciones, habían sido admitidas como consecuencia de las vías primitivas de ejecución contra el obligado.

El acreedor podía, en efecto, coger a la persona misma del deudor y tratarle como esclavo suyo (V. n.º 270, 1). Por tanto, cuando se había cometido un delito por un *alieni juris*, el acreedor, obligado a respetar la potestad del padre de familia, debía dirigirse a él para pedirle que le entregaran al culpable, sobre cuya persona caía su derecho. Pero el amo era libre de sustraer al autor del delito, de la aprehensión de la víctima, pagando la indemnización a que tenía derecho.

Esta explicación está confirmada por la regla que domina la materia de las acciones *noxales*, y que los textos formulan así: *noxa caput sequitur* (Paulo, S., 31, II, § 8). El derecho del acreedor recae sobre el cuerpo mismo del culpable y le sigue a cualquier mano que pase. He aquí las consecuencias de esta regla: a) Si el esclavo cambia de amo, la acción *noxal* es dada contra el amo que tiene potestad sobre él en el momento de la *litis-contestatio*, y no contra el que la tenía el día del delito; b) Si es manumitido, la acción no puede ya ser ejercitada: la parte lesionada ya no tiene más que la acción directa contra el culpable; c) Si el autor del delito es *sui juris*, y si cae después en la esclavitud, la acción es dada *noxaliter* contra el amo (2).

Siendo ejercitada la acción *noxal*, he aquí cuál es su efecto: El amo puede liberarse, hasta la sentencia, haciendo el abandono *noxal*. Si le ha hecho, debe ser absuelto. Si no, el juez le condena a pagar una cantidad de dinero que él fija según la naturaleza del delito, o a hacer el abandono *noxal*. La sentencia, pues, consagra para el amo el derecho de librarse abandonando al autor del delito (3). Con todo, el objeto

(3) L, § 1, *de nox. act.*, IV, 8: *Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus: noxia, ipsum maleficium.*

N. del T.—El dueño no podía ser perseguido de *peculio* por razón de los delitos de su esclavo; al confiar el dueño un peculio al esclavo se considera que le autoriza para contratar sobre su peculio, pero no para delinquir. Para que la acción *noxal* pueda tener lugar, es preciso que el delito cometido por el esclavo sea un delito privado, porque de los públicos se acusa y castiga al mismo esclavo (L. IV, c. *de nox act.)*.

N. del T.—En general llámase *noxal* la acción resultante de un delito o cuasi delito, según la que el demandado tiene la facultad de pagar la suma de la condena o de abandonar al demandante el autor del daño. Se llama *noxa* el autor del hecho dañoso y *noxia* el hecho mismo (hurto, robo, injuria, etc.). Se refieren a los daños cometidos por un esclavo, un animal o un hijo de familia.

486. (1) Gayo, IV, § 76: *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus, aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni injuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut injuriarum et vi bonorum raptorum.*

(2) Gayo, IV, § 77. Estas soluciones y la regla de donde emanan son inconciliables con el sistema de los que explican el ejercicio de la acción *noxal* contra el amo por una especie de responsabilidad civil, que el delito haría nacer a su cargo.

(3) L, § 1, *de of. jud.*, IV, 17: *Ideoque, si noxali judicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare; Publium Maevium Lucio Titio decem aureos condemno aut noxam dedere.*

directo de su obligación en lo sucesivo es el pago; el abandono *noxal* no es ya para él más que una facilidad de liberarse (4).

487.—III. *Del abandono «noxal».*—El abandono *noxal* se realizaba mediante la *mancipatio* (Gayo, I, § 141). Podía tener por objeto bien un esclavo, bien otra persona *alieni juris:* hijo o hija de familia, mujer *in manu* (Gayo, IV, § 75). Pero el efecto del abandono variaba según que se aplicara a un esclavo o a una persona libre.

1. El esclavo pasa bajo la potestad del demandante, que se hace propietario suyo en virtud de la mancipación. En el caso en que el amo no se ha presentado como demandado a la acción *noxal*, el demandante obtiene del pretor la autorización de llevarse el esclavo. Le tenía entonces *in bonis* y podía usucapirle. Entretanto, era protegido por la excepción de dolo contra la reivindicación del amo, y la acción publiciana le permitía hacerse restituir el esclavo, si le desposeían de él (1). El abandono *noxal* de los esclavos está aún en vigor en el Derecho de Justiniano.

2. Para los hijos e hijas de familia la mancipación no tenía las mismas consecuencias. El hijo conservaba la libertad y el derecho de ciudadanía; sólo pasaba bajo el *mancipium* del demandante. Cuando había llegado, mediante su trabajo, a indemnizarle del daño causado por el delito, podía además obligarle a libertarle (Papiniano, *Lex Dei*, II, c. 3) (2). Parece que, bajo la influencia de las costumbres, el abandono *noxal* de los hijos e hijas de familia ha sido cada vez menos practicado en el Bajo Imperio. Justiniano le suprimió completamente (I, § 7, *de nox. act.* IV, 8).

488.—*Del daño causado por un animal.*—Cuando un daño ha sido causado por un *cuadrúpedo*, la ley de las XII tablas daba contra el amo una acción especial, la acción de *pauperie* (1), que era *noxal*. El demandado debía abandonar el animal a la parte dañada, o pagar la reparación del perjuicio (Ulpiano, L. 1, pr., *si quadr.*, IX, 1). Más tarde, los ediles crearon otra acción, que padecía el que retenía en la vía pública animales feroces susceptibles de herir a los transeúntes u ocasionar otros daños. Esta acción envolvía con la mayor frecuencia una condena al duplo (I, § 1, *si quadr.*, IV, 9).

§ 3.—De la cesión de los créditos.

489.—¿Puede un acreedor enajenar su crédito, es decir, transferirle a un tercero que se hace acreedor en su lugar? A esta pregunta los jurisconsultos romanos responden negativamente. Un crédito no puede ser transferido como la propiedad de las cosas corporales, y los procedimientos usados para la traslación del derecho de propiedad son in-

(4) Ulpiano, L. 6, § 1, D., *de re jud.*, XLII, 1: ... *Ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae a lege tribuitur.*

487. (1) Paulo, L. 26. § 6, D., *de nox. act.*, IX, 4. Africano, L. 28, D., *eod.*

(2) Justiniano ha extendido al esclavo este favor hecho para los hijos e hijas de familia. 1, § 3, *de nox. act.*, IV, 8.

N. del T.—Las acciones *noxales* fueron instituídas por Derecho civil y por el pretorio. Por el primero, como la acción de hurto manifiesto que trae su origen de la ley de las XII tablas y la acción de daño causado injustamente de la ley *Aquilia*. Por el segundo, como la acción de injuria y la de rapto. La acción *noxal* no es una acción principal existente por sí misma; es la acción ordinaria resultante de tal delito, modificada de manera que deja al dueño la facultad de quedar libre por medio del abandono *noxal*. La acción, por ser *noxal*, no deja de ser la acción *furti, legis Aquiliae*, etc.

488. (1) Ulpiano, L. 1, § 3, D., *si quadr.*, IX, 1: *Pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret.*

N. del T.—La acción resultante del daño causado por un animal tenía lugar cuando el cuadrúpedo, *contra lo natural de su especie*, causaba un daño *sin ser excitado por nadie*. Por ejemplo, cuando un caballo inquieto tira una coz o cuando un toro da cornadas. La

aplicables al derecho de obligación (V. n.º 490, nota 1). En efecto, la obligación es un lazo especial entre dos personas, una relación entre un acreedor y un deudor determinados. Si se quiere hacer pasar el crédito a un tercero, se cambia uno de los términos de la relación, y ésta ya no es la misma: hay otro lazo entre el antiguo deudor y el nuevo acreedor, pero ya no es la misma obligación. Es verdad que a la muerte de un acreedor sus créditos pasan a su heredero, pero el heredero continúa la persona del difunto: en Derecho, es una sola y misma persona. No hay, pues, transferencia de crédito; es como si el acreedor no hubiera cesado de existir.

Sin embargo, las necesidades prácticas exigían que se pudiera disponer de los créditos como de los demás bienes que componen el patrimonio, por ejemplo, vendiéndolos (1). En tal caso, el acreedor que se había obligado a procurar al comprador el emolumento del crédito no podía, sin duda, hacerle una verdadera transferencia. Pero, para que pudiera ejecutar su obligación, se recurrió a medios indirectos, apropiados a la naturaleza del derecho que se trataba de ceder: la *novación* por cambio de acreedor y la *procuratio in rem suam*. Veamos en qué consistían estos procedimientos y qué perfeccionamientos fueron aportados en el último estado del Derecho.

490.—I. *De la novación por cambio de acreedor.*—Es el medio más antiguo y el único en uso bajo las acciones de la ley. Por orden del cedente, el cesionario estipulaba del deudor lo que era debido. Desde entonces, el derecho del acreedor primitivo estaba extinguido y reemplazado por una obligación nueva, nacida en provecho del cesionario (1).

Este procedimiento tenía la ventaja de hacer adquirir un crédito al cesionario de una manera irrevocable; en adelante, no tenía que temer nada del cedente ni de sus sucesores. Pero este resultado no podía ser obtenido más que con el consentimiento del deudor. Además, era imperfecto bajo muchos aspectos. El crédito no es transferido del cedente al cesionario. Queda extinguido y reemplazado por otro, que tiene el mismo objeto, pero no conserva ni la naturaleza ni las cualidades de la obligación primitiva. En efecto, cualquiera que haya sido la naturaleza de la deuda antigua, la nueva obligación es siempre verbal, puesto que nace de una estipulación. En cuanto a los accesorios del crédito cedido, están extinguidos como el crédito mismo; pues tal es el efecto de la novación (V. n.º 509). De donde resulta que el cesionario no puede prevalerse de las ventajas unidas al antiguo crédito, tales como la hi-

---

ley de las XII tablas no conocía la acción *de pauperie* si el animal había cometido el daño por ferocidad natural a su especie; por ejemplo, cuando el daño se había cometido por un león o por un oso. Mas se concedió para este caso la acción *útil*, que se da también cuando un animal no cuadrúpedo causó un daño. Por lo demás, cuando el daño se causa por un animal feroz que huyó del poder de su dueño, hay otra razón para que éste no sea compelido por la acción noxal *de pauperie*, y es que deja de ser propietario de este animal.

Si el animal fué excitado por alguno, se daría contra el que lo hubiera excitado la acción de la ley *Aquilia*.

489. (1) El vendedor de un crédito no garantiza más que la existencia del crédito y no la solvencia del deudor, a menos de un convenio contrario: Ulpiano, L. 4, D., *de her. vel act. vend.*, XVIII, 4.

490. (1) Gayo, II, § 38: *Obligationes quoque modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possum, sed opus est ut jubente me tu abeo stipularis; quae res efficit ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.*

N. del T.—Por la sustitución o cambio de acreedor se opera una delegación, acompañada de un nuevo compromiso, que no debe confundirse con la cesión de un crédito. La cesión, en efecto, no extingue el crédito que se cede, y el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que proceden del que cede, lo cual no puede hacer el delegado que ha aceptado la delegación.

La novación, consistente en subrogación de la persona del acreedor, no produce el efecto extintivo en cuanto a las obligaciones accesorias.

poteca y la fianza; sólo puede obtener que se reconstituyan en su provecho. Por otra parte, el deudor no puede, al menos en general, oponer al nuevo acreedor las excepciones que tenía contra el antiguo (Paulo, L. 19, D., *de novat.*, XLVI, 2).

491.—II. *De la «procuratio in rem suam».*—A pesar de estas imperfecciones, la novación por cambio de acreedor fué sólo practicada mientras duraron las acciones de la ley. Pero, bajo el procedimiento formulario, se pudo obrar en justicia por un mandatario: desde entonces se aplicó a la cesión de los créditos un procedimiento más perfeccionado: la *procuratio in rem suam*. Es un mandato en virtud del cual el cesionario ejerce, a título de *cognitor* o de *procurator*, la acción que pertenece al acreedor cedente. Pero, en lugar de dar cuenta de su mandato, guarda para él el producto del crédito; es, pues, un mandato en su propio interés, de donde el nombre de *procuratio in rem suam* (1).

El ejercicio de la acción del cedente por el cesionario presentaba una dificultad de procedimiento. En efecto, el demandante debe afirmar en la *intentio* de la fórmula un derecho que le pertenece. Ahora bien, aquí el derecho pertenece al mandante. El pretor imaginó una fórmula tal que la *intentio* era concedida en nombre del cedente, y la *condemnatio*, en nombre y provecho del *procurator*. El juez tenía, pues, que investigar si el cedente era verdaderamente acreedor; después condenaba al deudor a pagar al cesionario (Gayo, IV, § 86.—V. n.° 735).

La *procuratio in rem suam* era un procedimiento más perfecto que la novación. Se podía realizarla sin consentimiento del deudor. Además, daba al cesionario la acción misma del cedente. Gozaba de todas las ventajas que le estaban unidas. Pero el deudor podía oponerle las excepciones que tenía contra el mandante.

La *procuratio in rem suam* tenía también inconvenientes. Era revocable como todo mandato. El cesionario estaba a merced del cedente, que podía revocar la cesión expresa o tácitamente; por ejemplo, recibiendo pago del deudor o haciéndole remisión de la deuda por aceptilación. Además, la *procuratio* se extinguía por la muerte del mandatario o la del mandante. Es verdad que el cesionario tenía un medio de evitar este peligro: era persiguiendo al deudor tan pronto como vencía el plazo. La *litis-contestatio* producía el efecto de una novación: el *procurator* tenía en lo sucesivo un derecho propio e irrevocable; se hacía dueño del proceso *dominus litis* (2). Con mayor razón, la suerte de la cesión estaba asegurada cuando había recibido pago voluntario del deudor. Pero, en cualquier otro caso, la revocabilidad del mandante daba a la *procuratio in rem suam* un carácter incierto.

---

491. (1) Gayo, II, § 39: *Sine vero novatione, non poteris tuo nomine agere; sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

(2) Macer, L. 4, § 5, D., *de appel.*, XLIX, 1: *... Sed meminisse oportet quod procurator litis contestata dominus litis efficitur...*

N. del T.—Importa distinguir el *cognitor* del *procurator*. El primero era un representante constituído solemnemente con palabras sacramentales pronunciadas ante el magistrado *(in jure)* y en presencia de la parte contraria. Tal representante, así constituído, se identificaba con el demandante o demandado, de manera que la sentencia pronunciada en pro o en contra del *cognitor* producía el mismo efecto que si se hubiera dado en pro o en contra del que lo había instituído.

El *procurator* no necesitaba ser nombrado *in jure* ni en términos solemnes; podía ser instituído aun por un ausente; era un simple mandatario encargado de sostener un proceso por el mandante. Según los principios rigurosos del Derecho civil, el mismo *procurator* era el condenado o absuelto, y la sentencia no tenía efecto directo contra la parte a quien había representado. Más tarde este rigor formulario se mitigó gradualmente, y después se asimiló al *cognitor* el *procurator* presentado al magistrado, sin palabras solemnes, por la parte que lo instituía *(procurator praesentis)* o el que era nombrado por acto público *(apud acta)*.

También conoció el Derecho Romano la institución del *defensor*, que era el que se presentaba a litigar en lugar de otra persona sin haber recibido mandato: era un verdadero *negotiorum gestor*.

492.—III. *Ultimo progreso del Derecho.*—Hacia el fin de la época clásica se vino a hacer desaparecer casi completamente los inconvenientes de la *procuratio in rem suam*, y el progreso se realiza definitivamente bajo Justiniano.

1. El cesionario fué admitido a hacer al deudor una notificación de la cesión, *denuntiatio*. A partir de este momento, el deudor no puede ya prevalerse de su ignorancia: ni el pago que hace al acreedor cedente, ni la aceptilación que puede obtener de él, son oponibles al cesionario. Esta facultad está expresamente consagrada por una constitución del emperador Gordiano (L. 3, C., *de novat.*, VIII, 42, año 239). Pero parece haber existido ya en la práctica antes de esta época.

Por otra parte, y para poner al cesionario al abrigo de la revocación del cedente, se le reconoció, a partir de la convención de cesión, un derecho propio sancionado por acciones *útiles;* de manera que conserva estas acciones contra el deudor a pesar de la revocación del mandante.

Es lo que se admitió primero en casos especiales. Las acciones útiles son dadas por Antonino Pío al comprador de una herencia (L. 14, pr., D., *de pact.*, II, 14); por Alejandro Severo, a aquel que ha recibido un crédito en prenda (L. 4, C., *quae res pign.*, VIII, 17, año 225.—V. número 248, nota 3) y al comprador de un crédito (L. 5, C., *de her. vel act.*, IV, 39, año 224); por Valeriano y Galiano, al marido que ha recibido un crédito en dote (L. 2, C., *de oblig.*, IV, 10, año 260); por Diocleciano, al que ha recibido un crédito en pago (L. 5, C., *quando fisc.*, IV, 15, año 294) o en legado (L. 18, C., *de legat.*, VI, 37, año 294); en fin, Justiniano ha generalizado la solución concediendo acciones útiles al cesionario, aun cuando la cesión hubiera tenido lugar a título de donación (L. 33, C., *de donat.*, VIII, 54, año 528) (1).

Capítulo VII.—De la extinción de las obligaciones

§ 1.—Generalidades.

493.—I. *Desarrollo histórico de los modos de extinción.*—El tiempo no tiene efecto sobre la existencia de la obligación (1). Pero aquél crea una obligación excepcional, que está naturalmente destinada a tener fin cuando el deudor ejecute la prestación que es objeto de su deuda. Sólo entonces saca el acreedor de la obligación la ventaja en vista de la cual ha sido formada, y el deudor recobra su independencia. El lazo de derecho que los unía uno a otro se ha roto: hay *solutio;* la obligación está extinguida.

Así, el pago, es decir, la prestación de la cosa debida, constituye el fin natural y regular de la obligación. Sin embargo, no siempre ha bastado en Derecho Romano para liberar al deudor. Sólo por un progreso, ya realizado en la época clásica, ha reconocido el Derecho civil al pago la fuerza de extinguir la obligación, y ha consagrado además otras causas de extinción. Se ha podido conjeturar que, en su desarrollo histórico,

---

492. (1) En el Bajo Imperio, habiéndose convertido la compra de créditos en una especulación, se tomaron medidas legislativas para poner remedio. Las más célebres son dos constituciones: una de Anastasio (L. *Per diversas*, 22, C., *mand.*, IV, 35, año 506); la otra de Justiniano (L. *Ab Anastasio*, 23, C., *eod.*, año 531-532). Deciden que el comprador de un crédito no puede exigir del deudor una cantidad superior al precio que ha pagado él mismo, comprendidos los intereses. Es el origen de los artículos 1.699 a 1.701 del Código civil, donde el principio está restringido a los créditos litigiosos.

493. (1) Paulo, L. 44, § 1, D., *de oblig.*, XLIV, 7: ... *Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse... Nam quod alicui debere caepit certis modis desinit deberi.*

los modos de extinción de las obligaciones han seguido una marcha análoga a la de los contratos (Véanse núms. 268 y 273).

494.—En efecto, en su origen, cuando los romanos no conocían otra manera de crear la obligación contractual que el *nexum* realizado *per aes et libram* y el compromiso solemne llamado *sponsio*, el lazo civil no podía romperse más que mediante las mismas formalidades. El deudor obligado *per aes et libram* debía, para liberarse, unir al pago una operación inversa: la cantidad pagada era pesada, real o ficticiamente, en presencia del *libripens* y de cinco testigos; esta solemnidad era acompañada de una *nuncupatio* apropiada a la naturaleza de la operación, y cuyos términos nos ha conservado Gayo (1). Por otra parte, las palabras que en la *sponsio* creaban la obligación fueron también empleadas para extinguirla; el deudor que pagaba sólo era liberado obteniendo del acreedor una remisión de deuda hecha en términos solemnes: la *acceptilatio*. La obligación contratada *litteris* debía también extinguirse *litteris;* pero se carece de informes precisos sobre este modo de extinción, al que hacen alusión algunos textos (2).

La introducción de nuevos contratos debió hacer admitir nuevas causas de extinción. Para los contratos *re*, la liberación *per aes et libram* no tuvo ya razón de ser, y bastó el pago para extinguir la obligación; formada *re*, debía lógicamente extinguirse *re*, por la prestación de la cosa debida. Con los contratos consensuales fué natural dar a la voluntad de las partes que crea la obligación, la fuerza de disolverla: las obligaciones formadas *consensu* pudieron extinguirse por *mutuo disentimiento*.

En el Derecho antiguo, es, pues, verdadero, decir que hay concordancia entre la formación y la extinción de la obligación, pues las formalidades necesarias para que se cree la obligación son suficientes, pero indispensables para extinguirla y liberar al deudor.

Este principio es también formulado por los jurisconsultos de la época clásica (3). Pero las aplicaciones son entonces mucho más restringidas. Por una parte, la liberación *per aes et libram* no es ya empleada más que para extinguir *ficticiamente* ciertas deudas, cuando el acreedor hace remisión al deudor (4). La *acceptilatio* queda especial de las obligaciones verbales, pero sólo también a título de pago *ficticio*. En fin, el mutuo disentimiento extingue siempre las obligaciones consensuales. Pero, por otra parte, el pago se convierte en un modo de extinción eficaz para todas las obligaciones, y otros modos, como la novación, presentan el mismo carácter de generalidad.

495.—II. *Divisiones de los modos de extinción.*—Los modos de extinción de las obligaciones son numerosos y pueden ser objeto de varias divisiones, según desde el punto de vista que se les mire. Así, unos son consagrados por el Derecho civil; otros, por el Derecho pretoriano. Unos extinguen toda obligación, cualquiera que sea su naturaleza; otros no

---

494. (1) Gayo, III, § 174: *Is qui liberatur ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot millibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam.*—Cf. sobre el empleo de este procedimiento Tito Livio, VI, 14 (5).

(2) Cf. Fr. Vat., § 329. Plinio, *Epist.* II, 4, 2.

(3) Ulpiano, L. 25, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.*—Ad. Gayo, L. 100, D., *eod.* Pomponio, L. 80, D., *de solut.*, XLVI, 3.

(4) Tales eran las obligaciones nacidas de una *damnatio*, ya fuera pronunciada por el acreedor en la *nuncupatio*, unida a la solemnidad del *aes et libra*, ya resultara de una sentencia del juez, ya, en fin, que estuviera escrita en un testamento, en caso de legado *per damnationem* que tuviera por objeto una cantidad determinada de dinero, o una cantidad cierta de cosas *quae pondere, numero* y, acaso también, *mensura, constant* (Gayo, III, §§ 173 y 175).

tienen mas que una aplicación limitada. Pero, sobre todo, en cuanto a sus efectos, los modos de extinción pueden dividirse en dos grupos;

1.º Unos extinguen la obligación *ipso jure*. Cuando se realiza semejante causa, de pleno derecho, el acreedor pierde su acción y no puede ya perseguir al deudor, quien está liberado. Esos son, propiamente hablando, los verdaderos modos de extinción, y un efecto tan completo no puede ser producido más que por modos de Derecho civil. Citaremos como tales: el *pago*, la *novación*, la *aceptilación*, el *mutuo disentimiento*, la *confusión*, la *pérdida de la cosa debida*, la *capitis deminutio* (1).

2.º Los otros procuran solamente al deudor una excepción perpetua, gracias a la cual puede paralizar y hacer inútil la acción. Tales son: el *pacto de remisión*, el *juramento*, la *compensación* y la *litis-contestatio* en ciertos casos (2). La obligación no está entonces extinguida en realidad, pero el resultado práctico es el mismo, puesto que el acreedor no puede sacar ya ninguna ventaja de ella. Así que se dice que hay extinción *exceptionis ope*, y este lenguaje está autorizado por los textos, que asemejan al deudor liberado *ipso jure* y al que no tiene más que una excepción (3).

Sin embargo, esta semejanza no es completa. Hay entre estos modos de extinción diferencias sensibles: a) El deudor, cuya deuda se extingue *ipso jure*, queda libre de una manera absoluta. Pero cuando la obligación sólo se extingue *exceptionis ope*, puede ser perseguido por el acreedor y condenado, si no ha tenido cuidado de prevalerse de su excepción, bien delante del magistrado, bien delante del juez, según la naturaleza de la acción; b) La obligación extinguida *ipso jure* es definitivamente anulada. Al contrario, si el deudor sólo tiene una excepción, la obligación existe todavía; sólo está paralizada, y si la causa de donde nace la excepción llega a desaparecer, la obligación recobra toda su energía (Paulo, L. 27, § 2, D., *de pact.*, II, 14); c) En fin, la extinción de la obligación *ipso jure* produce efecto, al menos en general, respecto a todos; mientras que, muy a menudo, la excepción sólo puede ser opuesta a ciertas personas (V. n.º 518).

Nos serviremos de esta división para el estudio de los modos de extinción que hemos enumerado.

---

495. (1) No volveremos aquí sobre la *capitis deminutio*, ya estudiada.—Véanse números 133 y 134.

(2) La *litis-contestatio* extinguía algunas veces la obligación *ipso jure;* pero en principio no daba al deudor más que una excepción. Estudiaremos la *litis-contestatio* a propósito del procedimiento.—V. n.º 745 y siguientes. En cuanto al *juramento*, ya hemos hablado en el número 415.

(3) Paulo, L. 112, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.*

N. del T.—La enumeración de los modos de extinción de las obligaciones que hace Justiniano (Inst., III, 30) es incompleta.

También suelen dividirse los modos de extinción de las obligaciones en voluntarios, en los que el vínculo obligatorio cesa por voluntad de ambas partes o de una de ellas (pago, novación). Tal división afecta a los caracteres intrínsecos de dichos modos de extinción.

La división de los modos de extinción de las obligaciones, atendiendo a sus efectos, *ipso jure* y *ope exceptionis*, tenía grandísima importancia en el período del procedimiento formulario, puesto que aquellos actos que daban lugar a las excepciones debían insertarse como tales en la fórmula, para que el juez pudiese absolver al deudor, aquella inserción no era necesaria para los actos que extinguían la obligación *ipso jure*.

En cuanto al Derecho novísimo, las diferencias entre las dos especies de causas extintivas de obligaciones se reducen a las que expone el autor.

§ 2.—De las causas que extinguen la obligación "ipso jure".

I.—Del pago.

496.—I. *Noción y efecto del pago.*—El pago, *solutio*, consiste en la ejecución de la obligación, ya tenga por objeto una *datio* o un hecho (1). Es la causa de extinción más natural y frecuente, la que las partes tienen precisamente a la vista cuando contratan; el deudor cumple lo que está obligado a hacer, y el acreedor recibe lo que le es debido.

La obligación no puede existir después del pago, puesto que ya no tiene objeto; queda extinguida de pleno derecho con todos los accesorios que no eran más que la garantía de su ejecución, y que ya no tienen razón de ser, tales como prenda, hipoteca, afianzamiento (Ulpiano, L. 43, D., *de solut.*, XLVI, 3). Que emane del deudor principal o del fiador, el pago íntegro de la deuda libra a todos los coobligados (I, pr., *in fine*, *quib. mod. obl.*, III, 29). Produce igualmente su efecto extintivo absoluto en caso de correalidad; hecho por uno de los deudores a uno de los acreedores, extingue la obligación respecto de todos (I, § 1, *de duob. reis*, III, 16).

Pero para que el pago produzca su efecto, es necesario que sea válido. Si no, la obligación no se extingue, y el acreedor conserva su acción contra el deudor. Veamos, pues, las condiciones de un pago regular: es decir, *por quién*, *a quién* puede ser hecho, y cuál debe ser su *objeto*.

497.—II. *Por quién puede ser hecho el pago.*—1. Si la obligación tiene por objeto una *datio*, el pago puede ser hecho no sólo por el deudor, sino también por un tercero no obligado: el acreedor no puede negarse a recibir lo que le es debido, con tal, sin embargo, que haya verdaderamente *datio*, que la propiedad de la cosa debida le sea transferida.

Resulta que el pago no es válido: a) Si es hecho por una persona que no es propietaria de la cosa. Entonces sólo es una apariencia de pago: la obligación no se extingue, y el acreedor queda expuesto a la *rei vindicatio* del propietario. Sin embargo, el pago se hace válido y el deudor es liberado cuando el acreedor ha usucapido la cosa o la ha consumido de buena fe (Ulpiano, L. 60, D., *de solut.*, XLVI 3); b) Si es hecho por una persona incapaz de enajenar: por ejemplo, por un pupilo sin la *auctoritas* del tutor. No ha podido transferir al acreedor la propiedad de la cosa debida (I, § 2, *in fine*, *quib. al. lic.*, II, 8), y queda dueño de reivindicarla, mientras sea fácilmente conocida. Sin embargo, como el acreedor no ha recibido más que lo que le es debido, el pupilo sólo obtiene sentencia favorable si tiene interés en recobrar lo que ha entregado; si no, es rechazado por excepción de dolo (Paulo, L. 8, pr., D., *de doli mali...*, XLIV, 4). Cuando el acreedor ha consumido de buena fe lo que ha recibido en pago, el resultado es el mismo que si la propiedad le hubiera sido transferida, y el pupilo es liberado (Gayo, L. 9, § 2, D., *de auct. et cons.*, XXVI, 8). Pero cuando se ha realizado el consumo de mala fe, el pupilo, si tiene interés en recoger lo que ha dado, puede ejercitar contra él la *condictio sine causa*, o la acción *ad exhibendum* (Ulpiano, L. 29, D., *de cond. ind.*, XII, 6 y L. 9, pr., D., *ad exhib.*, X, 4).

---

496. (1) En un sentido lato, la *solutio* indica la ruptura del lazo de la obligación, y se aplica, por consiguiente, a toda causa de extinción (Paulo, L. 54, D., *de solut.*, XLVI, 3). En un sentido más restringido, designa la extinción de la obligación por la prestación de la cosa debida, es decir, el pago (Ulpiano, L. 176, D., *de verb. sign.*, L. 16).

El pago es, al contrario, válido, cuando es hecho por una persona capaz y propietaria de la cosa debida. El deudor queda entonces liberado, aunque sea un tercero quien ha pagado por él (1). Pero el tercero, que ha procurado al deudor su liberación, puede ejercitar contra él un recurso por la acción *mandati contraria*, si ha pagado según órdenes suyas, o por la acción *negotiorum gestorum contraria*, si ha pagado sin saberlo él, para serle útil. Sólo sería privado de todo recurso si había obrado *animo donandi*, o a pesar de la prohibición del deudor.

2. Cuando la obligación tiene por objeto un hecho, son aplicables en general las mismas reglas. Pero, en el caso en que los contratantes han tenido presente el hecho personal del deudor, a causa de su experiencia o de su talento, el pago no puede hacerse más que por el deudor mismo. Esta solución se impone para las obligaciones de no hacer: la abstención del deudor constituye sola un verdadero pago (Ulpiano, L. 31, D., *de solut.*, XLVI, 3).

498.—III. *A quién puede ser hecho el pago.*—En principio, el pago debe ser hecho al acreedor, con tal que sea capaz de hacer su condición peor: pues el pago extingue el crédito. Si es un pupilo, necesita la *auctoritas* de su tutor para recibir un pago válido (V. n.º 129). Si no, conserva su crédito, y puede reclamar otro pago; pero el deudor tiene el derecho de oponerle la excepción de dolo, en la medida de su enriquecimiento (Ulpiano, L. 4, § 4, D., *de doli mali.*, XLIV, 4).

Por excepción, el pago puede ser hecho a un tercero que ha recibido del acreedor un mandato general o especial para esta misión: por ejemplo, a un *adjectus solutionis gratia*. Pero hecho a cualquier otra persona, el pago es nulo (Ulpiano, L. 12, D., *de solut.*, XLVI, 3).

499.—IV. *Del objeto del pago.*—El pago debe consistir en una ejecución completa de la obligación. No es, pues, válido más que si tiene por objeto la cosa debida entera. De este principio resultan las consecuencias siguientes:

1.ª El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa distinta de la debida (1). Pero queda libre de aceptar la prestación que le ofrece el deudor en lugar de la que forma el objeto de la obligación. En este caso, hay *datio in solutum*, y esta donación en pago produce el mismo efecto que el pago mismo; extingue la obligación de pleno derecho (2).

Como el pago, la *datio in solutum* no es, por otra parte, válida cuando

---

497. (1) I, pr., *quib. mod. obl.*, III, 29: ... *Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat.*

N. del T.—Efectivamente, cuando se trata de una obra de arte o de un trabajo cualquiera para el cual el deudor tuviese una aptitud especial que hubiese sido la causa determinante del contrato, no podría acudir un tercero a pagar por el deudor (L. 31, D., XIX, *de solut.*). La razón es que no se puede, sin el consentimiento del deudor, entregar una cosa por otra. La cosa debida, en tal caso, no ha sido considerada en sí misma, sino dependiente de la persona que la debía entregar.

498. N. del T.—Paulo, fr. 10, Ulpiano, fr. 12, §§ 1 y 3, Africano, fr. 38, pr. Paulo, fr. 59. Celso, fr. 71, pr. Papiniano, fr. 95, § 6, y Gayo, fr. 106, *de solut.*, XLVI, 3. Juliano, fr. 56, § 2, y Gayo, fr. 141, § 3, *de verb. oblig.*, XLV, 1. En algunos casos el pago puede extinguir indirectamente la obligación, aunque se haya hecho a quien no era acreedor ni legítimo representante suyo. Tal sucede cuando el que recibió el pago se convierte luego en acreedor (Papiniano, fr. 96, § 4, *ht.*, XLVI, 3); cuando aquél restituye al acreedor la cosa recibida en pago (Paulo, fr. 28, *ht.*, XLVI, 3); cuando resulte heredero del acreedor (Ulpiano, fr. 11, § 5, *de pign. act.*, XIII, 7), y, por último, en un caso especial, cuando el subarrendatario, en lugar de hacer el pago al subarrendador, lo hace al arrendador (Ulpiano, fr. 11, § 5, *de pign. act.*, XIII, 7).

499. (1) Paulo, L. 2, § 1, *in fine*, D., *de reb. cred.*, XII, 1: ... *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

(2) Esta opinión era la de los Sabinianos; pero, a consecuencia de la *datio in solutum* los Proculeyanos no daban más que una excepción de dolo al deudor; su parecer no ha prevalecido. Gayo refiere esta controversia, sin indicar las razones invocadas por cada escuela (III, § 168).

el objeto de la obligación es una *datio*, más que si el acreedor se hace propietario de la cosa que acepta del deudor. Si ha recibido la cosa ajena y hay evicción, no hay *datio:* la obligación no se extingue, pues, y el acreedor conserva su acción, con todas las ventajas que van unidas, para obtener del deudor otro pago. Tal es la solución que se desprende de los principios y que es formulada por el jurisconsulto Marciano (3). Sin embargo, se permite también al acreedor recurrir contra el deudor por otra vía. En efecto, la cosa de que ha sido despojado puede haber aumentado de valor entre sus manos. Es justo que se aproveche de esta plus valía, cuyo beneficio le ha asegurado un pago regular. Pues la acción originaria sólo le hace obtener el importe de su crédito. Se trata, pues, al acreedor como a un comprador despojado. Tiene derecho a garantía, y puede ejercitar contra el deudor la acción *empti*, a título de acción útil: le procura la reparación exacta del perjuicio que le ha causado la evicción. Esta solución es dada por Ulpiano y consagrada por un rescripto de Caracalla (4). El acreedor no acumula la acción primitiva y la acción *empti;* pero después de haber ejercitado la primera, puede también ejercitar la otra, por el exceso, si es más ventajosa.

2. El acreedor no puede ser obligado a recibir un pago parcial, pues recibir una parte de la cosa debida es recibir cosa distinta de lo que le es debido. Sin embargo, es libre de consentirlo, y hasta hay ciertos casos en que no podría rechazarlo. Es lo que sucede cuando un fiador invoca el beneficio de división; cuando el autor se prevale de la compensación o del beneficio de competencia; en fin, cuando el pretor concede un plazo de gracia al deudor perseguido por el acreedor y le autoriza a pagar su deuda en varios plazos (Juliano, L. 21, D., *de reb. cred.*, XII, 1). La obligación sólo queda entonces extinguida en la medida en que ha sido ejecutada.

500.—*Divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones.*— La regla según la cual el acreedor no puede ser obligado a recibir un pago parcial, sufre aún una excepción importante cuando hay varios acreedores o varios deudores de una misma deuda y no han establecido entre ellos correalidad. Esta situación puede presentarse, bien desde el momento en que se crea la obligación, bien posteriormente, cuando un acreedor o un deudor ha muerto dejando varios herederos. En ambos casos la solución varía según que la obligación sea *divisible* o *indivisible.*

La obligación es *divisible* cuando el objeto es susceptible de prestaciones parciales, ora material, ora intelectualmente. Así, una obligación de *dare* es divisible, si tiene por objeto una cantidad de dinero (Paulo, L. 2, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). Lo es también cuando tiene por objeto un cuerpo cierto, como el esclavo Stico, el predio Corneliano: aun

(3) L. 46, pr., D., *de solut.*, XLVI, 3: *... Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res: manet pristina obligatio...*

(4) L. 24, pr., D., *de pign. act.*, XIII, 7: *Utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto res data fuerit.*—Ad. L. 4, C., *de evict.*, VIII, 45, año 213. Varios autores son de parecer que hay oposición entre la solución de Ulpiano y la de Marciano, y que estos textos son reflejo de un desacuerdo entre los jurisconsultos. Pero nada prueba que haya existido esta controversia, pues no hay contradicción en dar a un acreedor despojado la elección entre su acción y la acción útil *ex empto* (Cf. Pothier, *De la venta*, núm. 604).

N. del T.—Cuando el mismo deudor estaba obligado por muchas deudas con el mismo acreedor y no las pagaba todas, podía indicar la que entendía satisfacer. Si el deudor no había dicho nada, el derecho de elección pasa al acreedor para que lo ejercite en el momento de recibir el pago. Faltando toda declaración, hay que atenerse a la naturaleza de la deuda. Si la cuestión existe entre el capital y los intereses devengados, se consideran pagados éstos antes que el capital; si se trata de varias deudas de capital, se considera que el pago se refiere a deudas líquidas y vencidas. Entre estas últimas se consideran pagadas, en primer lugar, las que convino fueran satisfechas con preferencia a las demás; luego, las más onerosas, y entre ellas las más antiguas, y siendo de la misma fecha, existía la presunción de que el deudor ha pagado una parte proporcional de cada una de ellas (D. XLVI, 3, fr. 1, 2, 3, 5, 6, 48, 94, 103, 97 y 24).

si no puede ser repartido materialmente, puede siempre serlo jurídicamente; el acreedor puede hacerse propietario de Stico por una parte indivisa (Ulpiano, L. 9, § 1, *de solut.*, XLVI, 3). La obligación es *indivisible* cuando no es susceptible ni material ni intelectualmente de ser ejecutada por partes. Tal es, por ejemplo, la obligación de constituir una servidumbre predial, derecho indivisible; o también la obligación que tiene por objeto un hecho distinto de una *datio*, al menos en la mayor parte de los casos (1).

De esta distinción resultan las soluciones siguientes: a) Si la obligación es *divisible*, cada acreedor tiene sólo derecho a su parte de crédito, y cada deudor no puede ser obligado a pagar más que su parte de deuda, salvo el caso de correalidad (V. n.º 305); b) Si, al contrario, la obligación es *indivisible*, cada acreedor puede reclamar el pago íntegro, como si fuera solo, y cada deudor está obligado a pagar la deuda entera, de manera, sin embargo, que la obligación no sea ejecutada más que una vez.

La indivisibilidad de la deuda produce un efecto análogo al de la correalidad. Pero hay entre la obligación indivisible y la correal una profunda diferencia. Es que la indivisibilidad participa de la naturaleza misma del objeto de la deuda, de manera que produce efecto aun después de la muerte de las partes: los herederos del acreedor o del deudor sufren sus consecuencias. Al contrario, la correalidad es una especie de modalidad que las partes han ligado artificialmente a la obligación; no les sobrevive, y la obligación correal se divide entre los herederos del acreedor o del deudor (Cf. art. 1.219 y 1.233, C. C.).

501.—V. *De los ofrecimientos y de la consignación.*—Liberarse, ejecutando la obligación, es un derecho para el deudor. Si ofrece, pues, al acreedor un pago válido, es decir, si, siendo capaz, le ofrece, en el lugar convenido y en el plazo fijado, la totalidad de la cosa debida, el acreedor no puede poner obstáculo por su resistencia a la extinción de la obligación. El ofrecimiento que le es hecho regularmente tiene primero por resultado ponerle en demora (V. n.º 472). Después el deudor tiene derecho a proceder a la consignación de la cosa debida *obsignatio*. Hace el depósito en un lugar designado por el juez, con frecuencia en un templo (L. 19, C., *de usur.*, IV, 32). Esta práctica no era, por otra parte, usada más que para los muebles. Cuando el objeto de la deuda era un inmueble, se le ponía sin duda en secuestro. La consignación, hecha tras de ofrecimientos regulares, libera al deudor como el pago; extingue la deuda de pleno derecho con todos sus accesorios (1).

II.—De la novación.

502.—I. *Noción y utilidad.*—La novación es la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva, que es sustituída a la antigua (1). He aquí cuál es su utilidad; sucede con frecuencia que un acreedor y un deudor quisieran, aun conservando el objeto de la

---

500. (1) Ulpiano, L. 72, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulationes non dividuntur earum rerum divisionem non recipiunt; veluti viae... aquaeductus, celerarunque servitutum. Item puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit...* Ad. Paulo, L. 2, § 2, D., *eod.* Damos ejemplos y no una indicación completa de las obligaciones indivisibles. La indivisibilidad es, en efecto, una materia difícil y complicada que no se puede más que iniciar en una obra elemental.

501. (1) Diocleciano, L. 9, C., *de solut.*, VIII, 43: *Obligatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est.*—Año 286.

502. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *de novat.*, XLVI, 2: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

obligación, modificar otro elemento de la misma: por ejemplo, cambiar la naturaleza de la obligación, agregar o suprimir una modalidad, cambiar la persona del acreedor o la del deudor. Este efecto no puede ser obtenido en Derecho civil más que por la anulación de la obligación antigua y la creación de una nueva, es decir, por la novación (2). La estipulación, por su carácter abstracto, su rapidez y su precisión, ofrecía un procedimiento muy natural para llegar a este resultado. El acreedor estipula del deudor lo que ya es debido; desde entonces se extingue la obligación antigua y es reemplazada por una obligación nueva. Estos dos efectos son inseparables, pues nacen de un solo y mismo acto. La cosa debida se hace objeto de la obligación verbal creada por la estipulación; y la obligación antigua se extingue porque ya no tiene objeto (3).

503.—II. *Condiciones necesarias para que haya novación.*—Toda obligación puede ser extinguida por novación, poco importa que sea civil, pretoriana o simplemente natural (Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de novat.*, XLVI, 2). Pero es preciso para que haya novación: 1.° Que se hayan empleado las formas exigidas por el Derecho civil; 2.° Que la obligación nueva difiera de la antigua por un elemento nuevo; 3.° Que tenga el mismo objeto; 4.° Que las partes hayan querido hacer una novación.

504.—1. *De la formación de la novación.*—Se emplea para novar el procedimiento que era de uso general para dar la fuerza obligatoria a una convención, es decir, la estipulación. En principio, no hay novación más que si la estipulación es válida en la forma. Esta condición basta, aun cuando esta estipulación no dé acción al estipulante. Así, el acreedor ha estipulado de una mujer contrariamente al senadoconsulto Veleyano, o ha estipulado de un pupilo no autorizado, o ha estipulado *post mortem suam*. En todos estos casos, la estipulación no produce en su provecho ninguna obligación eficaz. Sin embargo, si es válida en la forma, si las palabras han sido pronunciadas regularmente, hay novación (Gayo, III, § 176). Esta solución rigurosa hacía perderlo todo al acreedor. Pero el pretor atenuó a veces sus consecuencias; así es como devolvía su acción primitiva al estipulante, a quien la mujer oponía el senadoconsulto Veleyano (Juliano, L. 14, D., *ad. S. C. Vel.*, XVI, 1). No es, además, más que un favor que concedía después de examen.

En sentido inverso, si la estipulación es nula en la forma, aun cuando resulte para el acreedor una obligación natural, no hay novación. Así, el acreedor ha estipulado de un esclavo (1), o ha estipulado de un peregrino usando la fórmula *spondesne?* Subsiste la primera obligación (Gayo, III, 176, *in fine*). Pero se consideraba a veces al acreedor como habiendo hecho remisión de esta obligación, y se daba al deudor la excepción de pacto (Gayo, L. 30, § 1, *de pact.*, II, 14).

505.—Tal es la forma ordinaria de la novación. ¿Había otras en la

(2) Hemos visto que el pretor permitía a las partes conseguir casi el mismo fin mediante el pacto de *constituto* (V. n.° 412).

(3) Gayo, III, § 176: ... *Nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.*

504. (1) V. n.° 28, *in fine*, Servio Sulpicio admitía la novación en caso de promesa hecha por un esclavo (Gayo, III, § 179); pero su parecer no ha prevalecido (I, § 3, *quib. mod. obl.*, III, 29).

505. N. del T.—La estipulación, como forma de la novación, además de verificarse entre acreedor y deudor nuevo, bien ignorándolo y aun contra la voluntad del deudor primitivo, podrá realizarse por causa de una delegación hecha por este último. Era esta delegación un acto por el cual un deudor presenta en su lugar un tercero o le da mandato de presentarse en su lugar al acreedor. Para que fuese perfecta y produjera la novación, se necesitaba el concurso de tres voluntades: del acreedor, a quien no se puede imponer, contra su consentimiento, un nuevo deudor; del deudor delegante, que es ordinariamente acreedor del tercero delegado o que le da mandato de pagar por él, y del tercero delegado, porque, una vez aceptada la delegación, no puede oponer a su nuevo acreedor las excepciones de que hubiera podido servirse contra el antiguo. Cuando el nuevo deudor era el propio acreedor del antiguo, se extinguen dos deudas: el delegado queda libre respecto del delegante y éste respecto del estipulante.

época clásica? Ciertos autores son de parecer que sólo la estipulación podía novar una obligación. Pero creemos que se podía obtener este resultado por otros procedimientos.

Primero nos parece cierto que los *nomina transcriptitia* constituían un instrumento de novación. Sea que las partes hayan querido transformar en obligación literal una deuda de otra naturaleza, mediante la *transcriptio a re in personam*, ya que hayan cambiado la persona del deudor por una *transcriptio a persona in personam*, se encuentran en estas dos operaciones todos los elementos y todos los efectos de la novación. Negarlo nos parece pura sutileza, y si el *Digesto* no habla más de la novación realizada por estipulación, es que el antiguo contrato *litteris* había caído en desuso en el último estado del Derecho Romano.

La *dictio dotis* podía también novar una obligación; pero, sin duda, en un solo caso: es cuando el deudor de la mujer se comprometió con el marido para constituir la dote (Ulpiano, VI, § 2). Había entonces una novación por cambio de acreedor.

En fin, hay que observar que al lado de la novación que las partes operaban *voluntariamente*, había en Derecho Romano una novación *necesaria*, que resultaba de la *litis-contestatio*, y cuyos efectos diferían, bajo ciertos aspectos, de los de una novación voluntaria (V. n.º 746).

506.—2. *De la necesidad de un elemento nuevo.*—Para que haya novación es necesario que la nueva obligación difiera de la antigua (1). Si es absolutamente semejante queda sin efecto (Pomponio, L. 18, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). Ahora bien: el cambio puede recaer sobre la naturaleza de la obligación, ora sobre las modalidades, ora sobre la persona del acreedor y la del deudor.

a) *Cambio en la naturaleza de la obligación.*—La obligación nueva que nace de la estipulación es siempre verbal. Por consiguiente, si la que las partes quieren novar ha nacido de cualquier otra causa que un contrato *verbis*, el solo hecho de transformarla en obligación verbal constituye un cambio suficiente para que la novación sea válida. Esta transformación tenía su utilidad cuando se quería garantizar una deuda por el compromiso de un *sponsor* (Gayo, III, § 119), o extinguirla por aceptilación (Gayo, III, § 170). Pero cuando se trata de novar una obligación verbal, es preciso que las partes aporten otra modificación.

b) *Adición o supresión de una modalidad.*—Este cambio puede consistir en la adición o supresión de un término (Gayo, III, § 177). Las partes pueden también transformar una obligación pura y simple en obligación condicional, o recíprocamente. Sin embargo, las consecuencias de la novación son entonces más delicadas de determinar. Cuando el acreedor estipula pura y simplemente lo que le es debido bajo condición, la estipulación produce su efecto inmediato, y crea en su provecho una obligación nueva, suceda lo que quiera. Pero sólo hay novación si la condición se realiza; si no, la obligación antigua no puede extinguirse, puesto que nunca ha existido (Ulpiano, L. 14, § 1, D., *de novat.*, XLVI, 2). Cuando, al contrario, el acreedor estipula bajo condición lo que le es debido, hay que aguardar el acontecimiento para saber si hay novación. Si la condición se realiza, la estipulación produce su efecto y la novación se opera; pero si llega a faltar la condición, la nueva obligación no puede nacer, y la primera subsiste, puesto que no hay novación (2).

---

506. (1) Gayo, III, § 177: *Sed si eadem persona sit a qua postea stipuletur, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit...*

(2) Gayo, III, § 179. El jurisconsulto Servio Sulpicio era de parecer contrario. Pensaba que las partes han querido sustituir de una manera absoluta la obligación condicio-

c) *Cambio de acreedor.*—El nuevo acreedor estipula del deudor lo que es debido al antiguo. Esta estipulación extingue el derecho del primer acreedor, y hace nacer en provecho del estipulante una obligación nueva. Ya hemos visto que este procedimiento permitía hacer pasar de una persona a otra el beneficio de una obligación (V. n.º 490).

d) *Cambio de deudor.*—El acreedor estipula de Sempronio lo que le debía Mevio; Mevio queda libre y Sempronio obligado en su lugar para con el acreedor. El deudor encuentra, pues, en la novación un medio de librarse para con el acreedor, proporcionándole, en lugar de la cosa debida, el compromiso de otra persona. Si es por orden suya como esta persona se obliga con el acreedor, se dice que hay *delegatio:* delega un deudor nuevo a su acreedor (3). Si, al contrario, el promitente se ha comprometido espontáneamente para serle útil, se dice con preferencia que hay *expromissio* (Paulo, L. 22, D., *ad S. C. Vel.*, XVI, 1).

507.—3. *De la identidad del objeto.*—Los romanos no han admitido, como en nuestro Derecho actual, la novación por cambio de objeto. La obligación nueva debe tener el mismo objeto que la antigua. La novación modifica la manera de ser debida la cosa; pero es siempre debida la misma cosa. Que tal fué la doctrina romana, es una verdad ya esclarecida por nuestros antiguos comentaristas, y que después de haber sido algún tiempo desconocida por los intérpretes modernos, ha recobrado hoy toda su autoridad. Se desprende lógicamente de la idea que los romanos se formaban de la novación. Hemos dicho, en efecto, que la obligación primitiva se extingue por falta de objeto, porque la cosa debida se hace objeto de la obligación nueva. Ahora bien, no podría ser así y no podría operarse la novación, si la nueva obligación tuviera objeto diferente. Los textos expresan implícitamente la necesidad de un mismo objeto, llamado la cosa, que las partes hacen pasar a la nueva deuda, *id quod debetur* (L. 14, D., *de novat.*, XLVI, 2), o *prius debitum* (L. 1, pr., D., *eod.);* y sólo este principio proporciona la explicación de ciertas soluciones (1). La identidad del objeto era, pues, exigida de una manera absoluta. Sin embargo, no es faltar a esta regla estipular el valor pecuniario de la cosa debida: *quanti ea res erit.* No se hace así más que precisar el importe de la obligación; pero es, en suma, el mismo objeto, y hay novación (Papiniano, L. 28, D., *de novat.*, XLVI, 2).—V. n.º 513).

508.—4. *De la intención de novar.*—En fin, para que haya novación, es preciso que las partes lo hayan querido, que hayan tenido *animus donandi.* Si no, es que han querido, al estipular, agregar la nueva obligación a la antigua, y no hay novación; las dos obligaciones coexisten (1). Pero ¿cómo debía manifestarse esta intención? Es probable que en su origen, cuando la estipulación estaba sujeta a formas rigurosa-

---

nal a la antigua, y que, por consiguiente, hay novación inmediata: de manera que, si la condición falla, el acreedor no tiene ya ningún derecho. Esta solución, desfavorable a los intereses del acreedor, no ha prevalecido (1, § 3, *in fine, quib. mod. oblig.*, III, 29).

(3) Ulpiano, L. 11, pr., D., *de novat.*, XLVI, 2: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.* El estudio de la *delegatio* no puede encontrar lugar en una obra elemental. Nos limitaremos a decir que hay *delegatio* cada vez que una persona se compromete, por orden de otra, a proporcionar a otra persona una prestación. Puede existir sin que haya novación. Juliano, L. 2, § 2, D., *de donat.*, XXXIX, 5, suministra un ejemplo, en que la *delegatio* sirve para realizar una donación: *Cum vero ego Titio pecuniam donaturus, te, qui mihi tantumdena donore volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.*

507. (1) Así, cuando el acreedor de un derecho de usufructo delega el deudor a otra persona, no puede haber novación (Ulpiano, L. 4, D., *de novat.*, XLVI, 2). Es que el usufructo varía con la persona del usufructuario, y en este caso no hay *idem debitum.*

508. (1) Ulpiano, L. 2, D., *de novat.*, XLVI, 2: *... Dummodo sciamus novationem ita demum ieri, si hoc agatur ut novetur obligatio; ceterum, si hoc non agatur, duae erunt obligationes.*

mente determinadas, estos términos mismos expresaran la voluntad de novar. Pero, en el Derecho clásico, la intención de las partes pudo ser investigada fuera de las palabras de la estipulación. Se contentaron en cada hipótesis con simples presunciones, y resultaron en la práctica numerosas dificultades (I, § 3, *quib. mod. obl.*, III, 29). Justiniano pone un término dicidiendo que en lo sucesivo no habría novación más que cuando las partes han expresado la voluntad de novar (2).

509.—III. *Efecto extintivo de la novación.*—El efecto extintivo de la novación es tan absoluto como el del pago. Anula de pleno derecho la deuda con todos sus accesorios: prenda, hipoteca, fianza (V. n.º 746, nota 3). Este efecto extintivo se aplica también en las relaciones de los acreedores y de los deudores correales. Así, cuando el acreedor hace novación con uno de los deudores correales, los otros son liberados. Del mismo modo, si uno de los acreedores correales hace novación con el deudor, extingue el derecho de los demás acreedores. Esta solución resulta de los principios, pues la novación, como el pago, afecta al objeto mismo de la obligación (1).

III.—De la aceptilación.

510.—I. *Nociones generales.*—El acreedor puede hacer remisión de deuda al deudor, es decir, comprometerse a no reclamar el pago. Cuando esta remisión es hecha en términos cualesquiera, o tácitamente, no procura, en general, más que una excepción al deudor (V. n.º 517). Pero si es hecha en términos solemnes, es una *acceptilatio*, y extingue la deuda de pleno derecho.

La aceptilación consiste, como la estipulación, en una interrogación seguida de una respuesta conforme a la pregunta (1). Pero es el deudor quien interroga, diciendo: *Quod ego tibi promisi habesne acceptum?* ¿Tenéis por recibido lo que os debo? El acreedor responde: *Habeo.* Lo tengo por recibido. Desde entonces el deudor es libre. La fórmula empleada es, pues, análoga a la de la estipulación. Sigue además los mismos progresos, desde el punto de vista de los términos de que podían usar las partes (Gayo, III, § 169.—I, § 1, *quib. mod. obl.*, III, 29).

Este parentesco con la estipulación hace presentir el papel restringido de la aceptilación. No extinguía más que las obligaciones contraídas *verbis*. Sin embargo, era fácil en la práctica extender su aplicación. Bastaba transformar primero en obligación verbal, mediante la novación, la obligación de que se quería hacer remisión (2). Si las partes han aplicado la *aceptilación* a una obligación no verbal, es nula, y la deuda no se extingue de pleno derecho. Pero su acuerdo constituye, al

---

(2) L., § 3, *quib. mod. obl.*, III, 29: *... Nostra... constitutio... definivit tunc solum novationem fieri quotiens hoc ipsum contrahentes expressum fuerit quod propter novationem prioris obligationis convenerunt...*—Cf. L. 8, I., *de novat.*, VIII, 42, año 530. En nuestro Derecho actual basta que la voluntad de novar resulte claramente del acto.—Cf. art. 1.273, C. C.

N. del T.—Con arreglo, pues, al § 3, Inst. III, 29, y Const. 8, *de novat.*, VIII, 42, la novación no se *presume, sino* que debe ser probada por el que la alega; mas para que la intención de novar resulte bien clara, no es preciso que se manifieste expresamente ni con solemnidad de formas. (Ulpiano, fr. 17, *de novat.*, XLVI, 2.)

509. (1) Venuleyo, L. 31, § 1, D., *de novat.*, XLVI, 2. Sin embargo, el jurisconsulto Paulo, en la L. 27, pr., D., *de pact.*, II, 14, da una solución contraria, y decide que la novación hecha por uno de los acreedores correales con el deudor no perjudica a los demás. Pero es la expresión de una opinión aislada, menos conforme a los principios.

510. (1) Modestino, L. 1, D., *de accept.*, XLVI, 4: *Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio.*

(2) Gayo, III, § 170: *...Consentaneum visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi; sed id quod ex alia causa debetur potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.*

menos, un pacto de remisión, y el deudor puede oponer al acreedor la excepción de pacto (3).

511.—II. *Caracteres de la aceptilación.*—La aceptilación es un pago ficticio, *imaginaria solutio*. El acreedor tiene por recibido lo que le debía el deudor; se considera como pagado. De ahí las consecuencias siguientes:

1.ª Siendo la aceptilación semejante al pago, no debe tener por objeto más que la cosa debida. Pero lo mismo que el acreedor puede consentir en recibir un pago parcial, se acabó por admitir que podía hacer aceptilación por una parte de la deuda, si el objeto es divisible (1).

La aceptilación no lleva consigo ni plazo ni condición expresamente formulados. Obra como el pago, que es un hecho, y no admite modalidad (L. 4, y L. 5, D., *de accept.*, XLVI, 4). Pero nada impide que el acreedor haga aceptilación de una obligación a plazo o condicional. La remisión de deuda produce entonces su efecto a la llegada del plazo o de la condición (L. 12, D., *eod.)*.

2.ª Si la aceptilación equivale a un pago, no es, en suma, más que un pago imaginario, menos ventajoso que un pago real para el acreedor, que no recibe nada; más ventajoso para el deudor, que se libra sin pagar. Resulta de ahí que la capacidad requerida en el acreedor y en el deudor para la aceptilación no es la misma que para el pago: a) Cuando la mujer en tutela perpetua es acreedora, puede muy bien recibir sola un pago válido; pero sólo puede hacer aceptilación con la *auctoritas* de su tutor (Gayo, II, § 85); b) El pupilo que es deudor no puede pagar válidamente sin la *auctoritas* del tutor; pero no necesita *auctoritas* para ser liberado por aceptilación (Ulpiano, L. 2, D., *de accept.*, XLVI, 4).

La aceptilación no puede ser hecha más que al deudor, y sólo por el que tiene la cualidad de acreedor. Ni uno ni otro pueden ser reemplazados por un mandatario. Sin embargo, a veces era necesario recurrir a un tercero; por ejemplo, cuando el deudor está loco, o cuando es un pupilo *infans* y el acreedor quiere hacerle aceptilación. En tal caso, se usaba de la novación por cambio de deudor: el tutor o el curador se hacía deudor en lugar del incapaz y podía recibir aceptilación (Ulpiano, L. 13, § 10, D., *eod.)*.

512.—III. *Efecto y utilidad de la aceptilación.*—La aceptilación extingue la deuda de pleno derecho con todos sus accesorios. Produce, respecto a los fiadores, y en las relaciones de los acreedores con los deudores correales, el mismo efecto que el pago (1).

La aceptilación servía a menudo para realizar una liberalidad, para ejecutar en provecho del deudor una donación entre vivos o un legado (Véanse n.º 419, nota 1, y 620, 2). A veces era hecha a título oneroso, en vista de obtener del deudor una ventaja equivalente. Se la asemejaba entonces a una *datio*, y el acreedor podía ejercitar la *condictio ob rem dati* contra el deudor que no ejecutaba más que lo que había prometido en cambio (V. n.º 403, nota 3). En fin, se la unía al pago, para fortificarle y asegurar al deudor la prueba de su liberación. Más decisiva que el recibo, que no prueba más que el hecho de pago, la aceptilación libera

---

(3) Paulo, L. 27, § 9, D., *de pact.*, II, 14: *Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur ne peteretur.*—Ad. Ulpiano, L. 8, pr., D., *de accept.*, XLV, 4 y L. 19, pr., D., *eod.*

511. (1) Esta solución, aun dudosa en tiempo de Gayo (III, § 172), es admitida por Ulpiano (L. 13, § 1, D., *de accept.*, XLVI, 4), y cierta bajo Justiniano (§ 1, *in fine, quib. mod. obl.*, III, 29).

512. (1) Ulpiano, L. 5, D., *de accept.*, XLVI, 4: ... *Nam solutionis exemplo acceptilatio sole liberare.*—Ad. L. 7, § 1, D., *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

N. del T.—La aceptilación obraba *solutionis loco*. Por tanto, era eficaz como el pago, extinguiendo la deuda. Libraba al *fidejussor* si se concluía con el deudor principal y a éste si se concluía con aquél. Así también, si el acreedor remitía por aceptilación la deuda a uno de los deudores correales, la remisión beneficiaba a todos, y si uno de los acreedores correales remitía la deuda, ésta quedaba extinguida frente a los demás coacreedores.

en efecto, al deudor, aunque no haya pagado nada (Ulpiano, L. 19, § 1, D., *de accept.*, XLVI, 4).

513.—*De la estipulación aquiliana.*—La estipulación aquiliana se une a la vez a la aceptilación y a la novación. Es una fórmula de estipulación que fué compuesta por Aquilio Galo, y que sirve para novar todas las relaciones de derecho que pueden existir entre dos personas, para transformarlas en una obligación verbal única, de la que el estipulante hace después estipulación al promitente.

La utilidad de esta estipulación se manifestaba en el caso en que dos partes que tenían entre sí derechos litigiosos suprimían las diferencias por una transacción y procedían a un definitivo arreglo de cuentas. Para obtener este resultado, el mecanismo ordinario de la estipulación era incómodo si había varias obligaciones que novar y extinguir, puesto que necesitaba una estipulación y una aceptilación para cada una de ellas. Era, además, inaplicable a los derechos reales, que no pueden ser novados; pues no se podría crear sin transformar un derecho real mediante un contrato. La fórmula de Aquilio Galo remedia estos dos inconvenientes. Por su generalidad, abarca todas las relaciones de derechos posibles. Por otra parte, se cambia la dificultad de novar un derecho real. Se supone el derecho real deducido en justicia, y es esta obligación que tiene por objeto el valor pecuniario del derecho, *quanti ea res erit*, la que es comprendida en la estipulación novatoria (1). Las partes eran libres, además, de restringir el alcance de esta fórmula y de no aplicarla más que a los derechos que pretendían novar (Papiniano, L. 5, D., *de transact.*, II, 15). En todos los casos, la novación operada por la estipulación aquiliana era seguida de una aceptilación que tenía por fin preparar (2).

IV.—Del mutuo disentimiento.

514.—Lo mismo que las obligaciones formadas *verbis* pueden extinguirse *verbis*, mediante la aceptilación, las obligaciones formadas *solo consensu* pueden también extinguirse como se han creado, es decir, por la voluntad contraria de las partes contratantes. El mutuo disentimiento es, pues, un modo de extinción especial de las obligaciones nacidas de los contratos consensuales (I, § 4, *quib. mod. obl.*, III, 29).

Obra de pleno derecho y de una manera absoluta. Pero este efecto extintivo sólo se produce con una condición: es que el mutuo disentimiento intervenga, *omnibus integris*, antes de toda ejecución, de manera que extinga simultáneamente todas las obligaciones nacidas del contrato. En efecto, los contratos consensuales son sinalagmáticos; la voluntad de las partes crea obligaciones por ambos lados; el disentimiento debe producir el resultado inverso y llevar una doble liberación. Sin embargo, cuando una de las partes había ejecutado ya su obligación, se admitió que el mutuo disentimiento podía aún producir su efecto, si las cosas eran previamente restablecidas a su estado primitivo. Así, cuando se trata de una venta, si el vendedor ha entregado ya la cosa, puede aún ser disuelto el contrato por mutuo disentimiento si el com-

---

513. (1) He aquí la fórmula de la estipulación aquiliana según las *Instituciones* de Justiniano (§ 2, *quib. mod. obl.*, III, 29): *Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, praesens, in diemve: quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, erit ve, quodque tu meum, habes, tenes, possides, dolone malo fecisti quominus possideas: quanti quoeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius.* Viene después la aceptilación, que es su complemento.—Cf. Florentino, L. 18, § 1, D., *de accept.*, XLVI, 4.

(2) Ulpiano, L. 4, D., *de transact.*, II, 15: *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit ipsaque peremitur per acceptilationem.*

prador restituye la cosa vendida (1). Pero si no se realiza esta restitución, o si se ha hecho imposible porque la cosa ha perecido, el mutuo disentimiento ya sólo puede tener efecto de un pacto de remisión, y procura sólo una excepción de pacto a la parte que no ha ejecutado su obligación.

V.—De la confusión.

515.—En toda obligación hace falta necesariamente un acreedor y un deudor: no puede deberse uno a sí mismo. Así, pues, si un acontecimiento reúne en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor, se dice que hay confusión, y la obligación se extingue. La confusión se realiza casi siempre por sucesión; bien que el acreedor herede del deudor, bien que el deudor herede del acreedor, ya que la misma persona herede a la vez del acreedor y del deudor. Por lo demás, la obligación no se extingue más que en la medida en que se produce la confusión: cuando el deudor hereda sólo del acreedor, la deuda se extingue por la totalidad; si no hereda más que la mitad, la deuda se extingue por la mitad.

La confusión extingue la obligación de pleno derecho, como si hubiera habido pago (1). Pero presenta el carácter particular de ser más bien una imposibilidad de ejecución que una verdadera causa de extinción. La obligación queda más bien paralizada que extinguida, pues si las cualidades de acreedor y deudor que estaban reunidas se separan de nuevo, la obligación recobra toda su fuerza. Es lo que ocurre cuando, habiendo heredado el deudor del acreedor, es declarado el testamento inoficioso y se le quita la sucesión (Paulo, L. 21, § 2, D., *de inof. test.*, V, 2).

De este carácter de la confusión se desprenden las consecuencias siguientes, en caso de fianza y de correalidad: a) Si la confusión se opera entre el acreedor y el deudor principal, los fiadores son liberados. Pero si hay confusión entre el acreedor y un fiador, el deudor principal y los demás fiadores quedan obligados: el acreedor pierde solamente una de las garantías de su crédito (2); b) Si la confusión se produce entre el acreedor y uno de los deudores correales, crea solamente para el acreedor una imposibilidad de hacerse pagar por este deudor. Conserva, pues, su acción contra los demás (3). Pero, si son asociados, no puede obrar más que hecha deducción de la parte del deudor liberado. Cuando hay confusión entre el deudor y uno de los acreedores correales, la cuestión no está resuelta por los textos (4).

---

514. (1) Neracio, L. 58, D., *de pact.*, II, 14: ... *Aristoni, videbatur... nec quicquam interest, utrum integris omnibus... conveniret ut ab eo negotio discederetur, an integrum restitutis his, quae ego ibi praestitissem...*

515. (1) Terencio Clemente, L. 21, § 1, D., *de lib. leg.*, XXXIV, 3: ... *Confusione perind extinguitur obligatio ac solutione.*

(2) Paulo, L. 71, pr., *in fine*, D., *de fidejus.*, XL, VI, 1: *Si creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.*—Ad. Africano, L. 21, § 3, D., *eod.*

(3) Paulo, L. 71, pr., D., *de fidejus.*, XLVI, 1: *Cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione: et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam...*

(4) Los jurisconsultos romanos dicen también que hay *confusión* cuando dos obligaciones que tienen el mismo objeto y descansan sobre dos cabezas se reúnen en una sola; así, cuando uno de los acreedores correales hereda del otro o cuando un fiador hereda del deudor principal.—Cf. sobre este punto: Scaevola, L. 93, D., *de solut.*, XLVI, 3. Venuleyo, L. 13, D., *de duob. reis.*, XLV, 2.

VI.—De la pérdida de la cosa debida.

516.— En principio, una obligación no puede existir sin objeto. La pérdida de la cosa debida extingue, pues, la obligación de pleno derecho. Pero esta solución no es absoluta, ya que, en lugar de la cosa que ha perecido, el deudor puede deber daños e intereses. Es, pues, necesario hacer distinciones, que ya hemos estudiado, y que nos limitaremos a resumir aquí: a) Cuando la obligación tiene por objeto cosas *in genere*, la pérdida de las cosas que el deudor destinaba al pago no le libera, pues puede *proporcionar otras de la misma especie*. Es distinto si el acreedor está en demora y la pérdida sobreviene por caso fortuito (Véanse núms. 464 y 472); b) Cuando la obligación tiene por objeto *un cuerpo cierto*, la pérdida de la cosa libera al deudor si resulta de un caso fortuito o de fuerza mayor (V. n.º 465). Al contrario, no le libra nunca si proviene de su dolo (V. n.º 466). En fin, si es una consecuencia de su culpa, queda obligado según las distinciones que hemos precisado al estudiar la teoría de las culpas (Véanse núms. 467 y 468). Queda igualmente obligado cuando la pérdida ha sobrevenido, aun por caso fortuito, cuando está en demora, pues la demora implica dolo o culpa y, por consiguiente, perpetúa la obligación (Véanse núms. 470 y 471).

§ 8.—De las causas que dan una excepción al deudor.

I.—Del pacto de remisión.

517.—Hay pacto de remisión, *pactum ne petatur*, cuando el acreedor hace remisión de la obligación al deudor sin emplear formas solemnes. Basta el simple acuerdo; poco importa que sea expresado oralmente o por carta. La remisión también puede ser tácita: por ejemplo, cuando el acreedor ha restituído al deudor el escrito que era la prueba del crédito (Paulo, L. 2, pr., y § 1, D., *de pact.*, II, 14).

El pacto de remisión es aplicable a toda clase de obligación. Pero no es más que una simple convención, a la cual el Derecho civil no reconoce en principio efecto extintivo. El pretor, para hacer respetar la voluntad de las partes, da sólo al deudor la excepción *pacti*, a fin de rechazar la acción del acreedor cuando obra en desprecio de la remisión que ha consentido (1). Sin embargo, el pacto de remisión extinguía de pleno derecho ciertas obligaciones: a) Las obligaciones naturales, pues es justo que la convención que puede crearlas tenga el poder de disolverlas (2); b) Las obligaciones nacidas de hurto e injuria (3); el acreedor puede dejar perecer estas obligaciones no ejerciendo su acción; debe, con mayor razón, anularlas por una manifestación expresa de voluntad. En cualquier otro caso, el pacto de remisión sólo da una excepción. El deudor debe prevalerse de ella cuando es perseguido por el acreedor;

---

517. (1) La excepción de pacto es perpetua. Sin embargo, el acreedor puede limitar su duración no haciendo remisión de deuda al deudor más que por cierto tiempo, *intra tempus;* en este caso, no hay verdadera remisión de la obligación; hay concesión de un plazo al deudor, quien no puede usar de la excepción más que durante el plazo fijado.—Cf. Paulo, L. 27, § 1, D., *de pact.*, II, 114.—I., § 10, *de except.*, IV, 13.

(2) Papiniano, L. 95, § 4, D., *de solut.*, XLVI, 3: *Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur...*

(3) Paulo, L. 17, § 1, D., *de pact.*, II, 14: *Quaedam actiones per pactum ipso juret olluntur; ut injuriarum, item furti.*

si no, es condenado como si no hubiera habido remisión. Por otra parte, la obligación paralizada por la excepción de pacto recobra su energía cuando esta excepción es destruída por una réplica, sacada, bien de un segundo pacto contrario al primero (4), bien de otro medio de derecho: por ejemplo, de la ley Cincia, si el pacto de remisión ha sido consentido para hacer al deudor una liberalidad superior a la tasa (Papiniano, L. 1, § 1, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6).

518.—Cuando hay varios acreedores o varios deudores, el efecto del pacto de remisón es más o menos extenso, según el *alcance* que las partes le han querido dar. Se distingue a este respecto: el pacto *in personam*, por el que el acreedor hace remisión a un deudor designado, diciendo, por ejemplo: *a Lucio Titio non petam;* y el pacto *in rem*, cuando el acreedor remite la obligación de una manera general, sin designación de persona: *non petam* (Ulpiano, L. 7, § D., *de pact.*, II, 14).

De esta distinción resultan las soluciones siguientes, en caso de fianza y de correalidad: a) El pacto de remisión hecho a un fiador se supone *in personam*. El acreedor es considerado como renunciando solamente a una garantía de su obligación; por consiguiente, ni el deudor principal ni los demás fiadores pueden prevalerse de ella. Sólo es de otro modo si está probado que el acreedor ha querido hacer remisión a todos (1). Cuando el acreedor ha hecho remisión al deudor principal, los fiadores lo aprovechan, si el pacto es *in rem;* pero no si es *in personam* (2); b) Si uno de los acreedores correales hace un pacto de remisión al deudor, es juzgado que renuncia simplemente a su derecho de persecución personal, y el pacto, aunque fuera *in rem*, no daña a los demás acreedores (Paulo, L. 27, pr., D., *eod.*). Cuando hay varios deudores correales, y el acreedor hace remisión a uno de ellos, los demás no pueden, en principio, prevalerse. Es distinto, y el pacto aprovecha a todos, cuando los codeudores son asociados, pues si los demás estuvieran obligados a pagar, recurrirían por la acción *pro socio* contra el que ha obtenido la remisión y le harían perder el beneficio (Ulpiano, L. 3, § 3, D., *de lib. leg.*, XXXVI, 3).

519.—Las consecuencias del pacto de remisión pueden, pues, con la mayor frecuencia ser restringidas a voluntad de las partes. Por consiguiente, cuando un acreedor tiene varios codeudores y no quiere hacer remisión más que a uno de ellos, no puede usar la aceptilación, que extingue la deuda para con todos; debe usar el pacto de remisión. Este principio encuentra su aplicación en caso de *legado de liberación* (Véase número 620, 2). Un acreedor que tiene los deudores correales, Mevio y Sempronio, lega a Mevio su liberación, sin querer liberar a Sempronio. El legatario que ejercita contra el heredero la acción *ex testamento* para obligarle a ejecutar el legado, no puede obtener de él más que un pacto de remisión, y no una aceptilación, que libraría también a Sempronio. Este pacto no le da, es verdad, más que una excepción; pero gana la ventaja de que el heredero, que lo ha consentido, no puede ya negar la validez del legado. Sin embargo, si los dos codeudores son asociados,

(4) Paulo, L. 27, § 2, D., *de pact.*, II, 14: *Pactus ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure... et ideo replicatione exceptio elidetur.*

N. del T.—Respecto a que el pacto de remisión extinguía *ipso jure* la obligación resultante de ciertos delitos, como el hurto e injuria, ya la ley de las XII tablas decía: *Si membrum rupit ni cum eo pascit, talio esto.*

518. (1) Paulo, L. 23, *de pact.*, II, 14: *Fidejussoris conventio nihil proderit reo...* L. 25, § 2, D., *eod.*: *... Plumerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Julianus scribit.* (Ulpiano, L. 26, D., *eod.*): *Si hoc actum sit ne a reo quoque petatur: idem et in confidejussoribus est.*

(2) Paulo, L. 21, § 5, D., *de pact.*, II, 14: *... Debitoris conventio fidejussoribus proficiet.* Ulpiano, L. 22, *eod.*): *Nisi hoc actum est ut duntaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur...*

el pacto de remisión hecho a uno aprovecha al otro, como hemos visto, y su efecto es tan amplio como el de una aceptilación; desde entonces *no hay interés en recurrir a ella* con preferencia, y el legatario puede exigir la aceptilación (1).

520.—Al caso en que el acreedor hace con el deudor un pacto de remisión, podemos aproximar la hipótesis en que el deudor se ha obligado por un tiempo o hasta la llegada de una condición determinada. Sabemos que el plazo y la condición resolutoria eran, en Derecho civil, sin efecto sobre la obligación. Pero, en realidad, estas modalidades contienen una remisión tácita. El acreedor ha consentido en no prevalerse de su crédito cuando hubiera vencido el plazo o se realizara la condición. Así que el pretor permite entonces al deudor rechazar la acción del acreedor por una excepción de pacto o de dolo (Véanse núms. 294, 2, y 298).

II.—De la compensación.

521.—Cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras una de otra, las dos deudas pueden extinguirse hasta concurrencia de la menor, como si cada deudor empleara lo que debe en pagarse lo que le es debido. Se dice entonces que hay *compensación* (1). Esta combinación es ventajosa para las dos partes, pues cada una de ellas tiene interés en pagarse a sí misma más bien que correr el riesgo de la insolvencia de la otra (2).

En nuestro Derecho actual, la compensación es legal; en principio, se opera de pleno derecho (art. 1.290, C. C.). Es distinto en Derecho Romano: la compensación es *judicial*. El deudor perseguido por el acreedor puede hacer valer ante el juez, bajo forma de excepción, que es también acreedor del demandante, y es el juez quien, por medida de equidad, opera la compensación (3). *Este sistema es preferible*, pues la compensación legal es una fuente frecuente de errores (Cf. art. 1.299, Código civil).

Durante mucho tiempo, la compensación no ha sido admitida en Derecho Romano más que en ciertas hipótesis y en condiciones determinadas. A partir de Marco Aurelio, su aplicación fué generalizada, y la reforma fué completada por Justiniano.

522.—I. *Derecho anterior a Marco Aurelio.*—Las reglas de la compensación no presentan certidumbre más que a partir del procedimiento *formulario*. He aquí en qué consisten:

1. El juez no puede hacer compensación más que si la acción ejercitada por el acreedor es de buena fe, y el crédito invocado por el demandado proviene de la misma fuente, *eadem causa* (Gayo, IV, § 61). Así, el mandatario, accionado por el mandante, puede poner en compensación el crédito que resulta para él de los gastos que ha hecho, pues las dos obligaciones tienen la misma fuente: el mandato. Puede ser así en todos los contratos sinalagmáticos, que son sancionados por acciones

---

519. (1) Estas soluciones están perfectamente resumidas en la L. 3, § 3, *in fine*, D., *de lib. leg.*, XXXIV, 3: *... Et quidem Julianus... scripsit; si quidem socii non simus, pacto me debere liberari: si socii, per acceptilationem.*

521. (1) Modestino, L. 1, D., *de compens.*, XVI, 2: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.*

(2) Pomponio, L. 3, D., *de compens.*, XVI, 2: *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam repetere.*

(3) Había, sin embargo, en Derecho Romano un caso de compensación *legal*. Es en materia de dote. Cuando el marido debe restituir una dote compuesta de cuerpos ciertos y de dinero, la deuda de dinero es disminuida de pleno derecho por los gastos necesarios que ha podido hacer (Ll., § 27, *in fine*, *de act.*, IV, 6.—V. n.° 435, A., 2, a).

de buena fe. La fórmula da, en efecto, al juez poder de estatuir según la equidad, lo que le permite hacer la compensación. Pero no está obligado a ello, y queda libre de tenerlo en cuenta (Gayo, IV, § 63).

Las dos deudas debían ser *exigibles* para que la compensación fuera posible, pues no se puede ser obligado a pagar antes del vencimiento—(V. n.º 294, nota 4). Pero poco importaba su objeto, pues siendo siempre pecuniaria la condena, el juez mismo transformaba en dinero el objeto de la deuda antes de hacer la compensación.

Una vez operada, la compensación extinguía la deuda, como el pago, en la medida en que tenía lugar. Si el demandante tenía un crédito de un valor superior al del demandado, obtenía condena por la diferencia. Si, al contrario, el demandado tenía el crédito mayor, conservaba para el resto el derecho de ejercitar su acción.

2. En cualquier otro caso, es decir, si las obligaciones no son de buena fe, o si provienen *ex dispari causa*, el juez no puede hacer la compensación. Cada parte debe ejercitar separadamente su acción. Con todo, en la práctica, cuando el demandante había obtenido del magistrado la fórmula de acción que sancionaba su crédito, el deudor, si era también acreedor, podía obrar inmediatamente, y ejercitar una *mutua petitio* (Marcelo, L. 38, pr., D., *mandat.*, XVII, 1). Obtenía él también la entrega de una fórmula distinta. Los dos pleitos eran remitidos ante el mismo juez, quien estatuía separadamente sobre cada uno de ellos. Sin duda, aun cuando las dos deudas fueran reconocidas y liquidadas por la condena pecuniaria, el juez no tenía el derecho de compensarlas; pero podía llevar a las partes a operar una compensación voluntaria que se había hecho fácil (1.)

523.—3. Fuera del Derecho común, dos hipótesis derogaban las reglas precedentes: la *compensatio*, impuesta al *aegentarius*, y la *deductio*, del *emptor bonorum*.

a) Cuando un banquero quería obrar contra un cliente, con el que tenía una cuenta, estaba obligado a hacer la compensación de lo que debía él mismo con lo que le era debido, y no podía ejercitar su acción más que por el exceso neto de su crédito. Si no obedecía a esta regla, o si calculaba mal y reclamaba demasiado, hacía una *pluspetitio* y se exponía a perder su derecho (Gayo, §§ 64 y 68). Esta compensación le fué impuesta aun para deudas nacidas de causas diferentes, pero era preciso que estuvieran vencidas y que tuvieran por objeto cosas de la misma naturaleza (Gayo, IV, §§ 66 y 67).

b) El *bonorum emptor* adquirente del patrimonio de un insolvente puede hacer valer los créditos que forman parte de él (V. n.º 705, 2). Pero si persigue a una persona que es a la vez acreedora y deudora del insolvente, hay lugar a *deductio:* la *condemnatio* de la fórmula debe ser *incerta*, para que el juez pueda deducir del crédito lo que el insolvente debía al demandado. Esta *deductio* era hecha por el juez. Podía recaer sobre deudas nacidas de causas diversas aun sobre deudas no vencidas y que tuvieran por objeto cosas de géneros diferentes (Gayo, IV, §§ 65 a 68).

524.—II. *Reformas de Marco Aurelio.*—Según las *Instituciones* de Justiniano, un rescripto de Marco Aurelio ha consagrado una importante reforma en materia de compensación. Decide que en lo sucesivo la compensación puede ser admitida cuando el acreedor ejercita una

---

522. (1) Más tarde, en el siglo III, esta práctica fué favorecida por constituciones imperiales que decidieron que en caso de *mutua petitio*, la sentencia de condena pronunciada primero sobre una de las demandas no sería ejecutada sino después del juicio del segundo negocio.—Cf. Macer, L. 1, § 4, D., *quae sent.*, XLIX, 8: ... *Quando secundum sacras constitutiones, judicatum a me petere non possis priusquam de mea quoque petitione judicetur...*—Alej. Severo, L. 1, C., *rer. amet.*, V, 21, año 229.

acción de estricto derecho, si el demandado ha tenido cuidado de hacer insertar en la fórmula la excepción de dolo (1). Se puede, en efecto, considerar que hay dolo por parte del acreedor al reclamar el pago de una persona de quien es deudor él mismo (2).

La excepción de dolo da al juez el poder de estatuir según la equidad, en interés del demandado, y permitirle, por consiguiente, hacer la compensación. Pronuncia, pues, la absolución del demandado, si el crédito es igual o superior al del demandante; y, si es de valor inferior, no le condena más que a pagar la diferencia (3).

El rescripto de Marco Aurelio, al autorizar la compensación en las acciones de derecho estricto, permite implícitamente compensar las deudas nacidas *ex dispari causa*, pues la acción de derecho estricto sanciona siempre una relación unilateral, y la deuda opuesta en compensación por el demandado no puede nacer más que de una causa diferente. Desde entonces, es lógico pensar que la misma regla fué admitida en las acciones de buena fe. El demandado pudo invocar en compensación hasta una obligación natural (Ulpiano, L. 6, D., *de compens.*, XVI, 2).

525. III. *Reformas de Justiniano.*—Bajo Justiniano, la *deductio* del *emptor bonorum* ha desaparecido, al mismo tiempo que la *bonorum venditio* (V. n.° 706), y ya no se trata de la compensación que debían operar los banqueros. Por otra parte, el procedimiento formulario, en que la condena era siempre pecuniaria, ha dejado lugar al procedimiento extraordinario, en que el acreedor puede obtener naturalmente el objeto de su crédito, lo que hace más difícil la aplicación de las reglas de la compensación. Así es que Justiniano ha reglamentado de nuevo esta materia por una Constitución bastante oscura, de donde resultan las reformas siguientes (L. 14, C., *de compens.*, IV, 31, año 531): a) En todas las acciones, ya se trate de deudas nacidas *ex eadem causa* o *ex dispari causa*, la compensación es admitida en lo sucesivo *ipso jure*, lo que se interpreta generalmente en el sentido de que tiene lugar en virtud de los principios mismos del Derecho, y sin que el demandado necesite oponer la excepción de dolo (1); b) La compensación puede

---

524. (1) L., § 30, *de act.*, IV, 6: *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto Divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* Es el único texto que habla de este rescripto.

(2) El principio es sentado por Paulo, L. 173, § 3, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Dolo facit qui, petit quod redditurus est.*

(3) Esta solución, cierta bajo el procedimiento extraordinario, es rechazada para el sistema formulario por varios autores, que no admiten que una excepción, y en particular la excepción de dolo, pueda dar al juez el poder de disminuir la condena (V. n.° 803). Para ellos, o la excepción está justificada y el demandado debe ser absuelto, o no lo es, y debe ser condenado. En este sistema, la utilidad de la excepción de dolo para la compensación sería que, amenazando al demandante con hacerla insertar en la fórmula, el demandado le obligaría *in jure* a reducir su demanda. Pero la excepción de dolo, destinada a hacer prevalecer la equidad, daría un resultado injusto, si el demandado debía ser absuelto cuando opone, por ejemplo, a un acreedor de ciento para hacer valer en compensación un crédito de diez. Numerosos textos prueban que la excepción de dolo puede autorizar al juez a moderar la condena. Citemos especialmente: Africano, L. 17, § 2, D., *ad S. C. Vel.*, XVI, 1 Hermogeniano, L. 16, D., *de doli mali.*, XLIV, 4. Para separarlos, con otros muchos, hay que suponerlos interpolados, y rechazar también el testimonio, a veces sospechoso, pero aquí muy concordante, de la paráfrasis de Teófilo (§ 30, *de act.*, IV, 6). En fin, si la solución parece encontrar un obstáculo en la concepción de la fórmula y la manera de insertar la excepción (n.° 742), ignoramos aún muchas cosas sobre las acciones para que se pueda afirmar con certeza que no había, en este caso, una modificación en la fórmula, permitiendo al juez compensar.

525. (1) Los comentaristas no están de acuerdo sobre este punto. Los hay que deducen de las palabras *ipso jure* que, bajo Justiniano, la compensación es *legal*, que se opera de *pleno derecho*. Esta opinión, profesada por nuestros antiguos autores, no ha sido sin influencia sobre el sistema admitido en nuestras leyes (Cf. Pothier, *Obligations*, n.° 635). Pero es contraria a los términos de la L. 14, § 1, *de compens.*, IV, 31, donde Justiniano recomienda al juez no compensar más que las deudas *liquidas* y apartar la compensación

ser opuesta en todas las acciones, aun en las reales. Pero un principio tan general casi no es susceptible de aplicación práctica. En las acciones personales, cuando el objeto de la obligación no consiste en una cantidad de dinero, y en las acciones reales, es probable que esta medida no pudiera dar más que en un derecho de retención, en provecho del demandado que oponía la compensación; c) En fin, quita al depositario, perseguido en restitución del depósito, el derecho de oponer la compensación; lo que había sido ya objeto de una constitución anterior (L. 11, C., *depos.*, IV, 34, año 529); y decide que la compensación no puede tampoco ser invocada por todos los que detienen ilegalmente la cosa ajena.

Apéndice.—De las obligaciones naturales.

526.—Al lado de las obligaciones sancionadas por el Derecho civil o por el Derecho pretoriano, se encuentran, en la época clásica, otras obligaciones fundadas en la equidad, pero que no han sido provistas de acciones. Son las obligaciones naturales. Estas obligaciones no deben ser confundidas con simples deberes morales. Constituyen un verdadero vínculo entre el acreedor y el deudor; pero un vínculo al que el Derecho civil no ha dado la sanción, que es la acción personal, el derecho para el acreedor de perseguir al deudor en justicia, para obligarle al pago. Es un vínculo de equidad, *vinculum aequitatis*, y no un vínculo de derecho (Papiniano, L. 95, § 4, D., *de solut.*, XLVI, 3). Así que aquellos entre los cuales existe este vínculo no son calificados de acreedor y deudor más que por extensión (Juliano, L. 16, § 4, D., *de fidej.*, XLVI, 1) (1).

Si las obligaciones naturales no dan acción al acreedor, producen, sin embargo, ciertos efectos. Es verdad que en ninguna parte dan los textos definición precisa y no presentan una vista de conjunto de los principios que las rigen. Es que se han desarrollado lentamente. Durante los primeros siglos, los romanos no debieron conocer más que las obligaciones cuyas condiciones regulaba el Derecho civil. Más tarde, las ideas filosóficas atenuaron el rigor del Derecho primitivo. El pretor declaró en el edicto que haría respetar las convenciones lícitas (L. 1, pr., D., *de pact.*, II, 14). Desde entonces los jurisconsultos admitieron, en casos bastante numerosos, la existencia de obligaciones naturales, nacidas fuera de las reglas fijadas por el Derecho civil, desprovistas de sanción, pero que producían, sin embargo, ciertos efectos jurídicos. Este progreso, que se realiza durante los primeros siglos del Imperio, nunca ha llegado a una teoría general. Cada obligación natural tenía mayor o menor efecto, según el grado de energía que los jurisconsultos le habían

---

cuando hay duda sobre la existencia o sobre la extensión de la obligación; es decir, claramente, que la compensación queda *judicial*.

N. del T.—Resulta, pues, que las dos deudas se consideran extinguidas hasta donde concurre su respectivo valor y a contar desde el momento en que empezaron a coexistir, desde el cual cesa la concurrencia de los intereses y se extinguen también las obligaciones accesorias. Refiriéndose a este efecto retroactivo, es como deben entenderse las fuentes al decir que la compensación se realiza de derecho.

Ipso jure compensatio fit. Ipso jure compensatur. Ipso jure eo minus debet, quod est compensatione retinere potest (Paulo, frs. 4, 10, pr., y 21, XVI, 2; Const. 4 y 14, pr., IV, 31, y § 30, Inst., IV, 6). Desde luego, esto no quiere decir que la compensación obre de pleno derecho, *sine facto hominis*, sin intervención del convenido, porque si éste no la invoca, el juez no puede tenerla en cuenta, sino que se realiza de pleno derecho en el sentido de que el deudor, al oponer la excepción, no hace sino valerse de un derecho que tiene ya adquirido.

526. La expresión *obligatio naturalis* se emplea también en otro sentido para designar una obligación sancionada por el Derecho civil, pero tomada del derecho de gentes y accesible a los peregrinos como a los ciudadanos (Cf. Paulo, L. 126, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1). Pero esta excepción es más rara.

N. del T.—El problema de la configuración jurídica de la obligación natural ha sido

reconocido, y el favor de que les había parecido digna. Con todo, es posible enumerar cierto número de efectos que producen en general las obligaciones naturales más importantes. Indicaremos después las principales fuentes.

527.—I. *Efectos de las obligaciones naturales.*—Los efectos de las obligaciones naturales se unen todos a la idea de ejecución voluntaria por parte del deudor, pues la acción, que procura la ejecución forzosa, falta al acreedor.

1. La obligación natural puede ser objeto de un pago válido. Sin duda, el deudor no podría ser forzado a pagar; pero si ejecuta voluntariamente la obligación, hace un verdadero pago. Aun cuando haya pagado por error, no puede ejercitar la *condicto indebiti*, pues ha pagado lo que debía (1). Este efecto es producido por todas las obligaciones naturales; de manera que la imposibilidad de reclamar lo que se ha pagado por error es un criterio casi seguro de la existencia de una obligación de este género.

2. El acreedor natural, perseguido en pago de deuda civil por el que está obligado naturalmente para con él, puede oponerle en compensación su crédito natural (Ulpiano, L. 6, D., *de compens.*, XVI, 2).

3. La obligación natural puede ser objeto de una novación (Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de novat.*, XLVI, 2) o de un pacto de *constituto* (L. 1, § 7, D., *de pec. const.*, XIII, 5).

4. En fin, puede servir de base a un Derecho accesorio, civil o pretoriano, que procure una garantía al acreedor y le dé una acción; así es como el deudor natural puede dar fiadores (Juliano, L. 16, § 3, D., *de fidejus.*, XLVI, 1) o una hipoteca (Marciano, L. 5, pr., D., *de pign.* XX, 1).

528.—II. *Fuentes de las obligaciones naturales.*—Las fuentes de las obligaciones naturales no están clasificadas en los textos, que se limitan a señalarlas cuando se encuentran. Seguiremos, para mayor claridad, una división generalmente adoptada por los intérpretes, y que consiste en distinguir dos clases de obligaciones naturales. En efecto, ciertas causas producen obligaciones a las que el Derecho civil niega la sanción desde su nacimiento. En otros casos, la obligación reúne, desde su origen, las condiciones necesarias para ser sancionada; pero ha ocurrido un acontecimiento que ha privado al acreedor de su acción, y no ha dejado subsistir más que una obligación natural a cargo del deudor.

529.—A. *De las obligaciones naturales desde su nacimiento.*—He aquí las principales fuentes:

1. *La inobservancia de las formas exigidas por el Derecho civil.*—El simple pacto, que no puede en general crear obligación civil entre las partes, produce una obligación natural, con tal que tenga un objeto lícito (1). Esta solución es discutida, pero está sólidamente apoyada por

---

muy controvertido por los autores. Desde luego, en Roma, esta institución presenta en el Derecho justinianeo un aspecto completamente diferente del que ofrecía en el Derecho clásico, donde tuvo su origen, puesto que en este último los jurisconsultos podían, dentro de ciertos límites, crear nuevas fuentes de obligaciones naturales, interpretando el riguroso *jus civile* en sentido amplio, *supplendi vel corrigendi gratia*. Pero en el Derecho justinianeo no sucede lo mismo, puesto que en él la obligación natural es una institución de *jus singulare* aplicable a casos especiales y rigurosamente determinados (D., XLVI, 1 y 3, fr., 16 y 94).

527. (1) Paulo, L. 1, § 17, D., *ad ley. Falcid.*, XXXV, 2: *Id quod natura hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur...* Pomponio, L. 19, pr., D., *de cond. indeb.*, XII, 6: *Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.*

N. del T.—Con respecto al efecto de la obligación natural, de que lo que se da en pago de ella no puede repetirse, véase el Fr., 16, § 4, *de fidei.*, XLVI, 1. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur...*, etc., que interpreta Windscheid del siguiente modo: «Debiendo determinar si existe o no una obligación natural, no debemos limitarnos a ver si existe la *actio*, sino también si tiene lugar la *solutio retentio*».

529. (1) Por ejemplo, el pacto de donación no produce obligación natural si la liberalidad excede el tipo de la ley Cincia.—Véanse n. 421 y nota 2.

los principios y por los textos. En efecto, la obligación natural tiene su fundamento en la equidad: es un *vinculum aequitatis*. Pero ¿no es equitativo que la persona que ha consentido libremente en realizar un hecho esté obligada a cumplir su promesa? Ulpiano lo reconoce formalmente en su comentario sobre el edicto (2). Además, sabemos qué correlación existe entre los modos de extinción de las obligaciones y los procedimientos destinados a crearlas; ahora bien, el simple pacto extingue de pleno derecho la obligación natural; debe, pues, bastar para crearla (L. 35, D., *de reg. jur.*, L. 17.—V. n.° 517, nota 2). A estas consideraciones generales se agrega la autoridad de los textos, que están conformes en atestiguar que el deudor, cuando se ha comprometido por un simple pacto a pagar intereses en la medida del tipo legal, está obligado naturalmente, y no puede reclamarlos por la *condictio indebiti*, cuando los ha pagado por error (3). No hay ninguna razón plausible para restringir esta solución al pacto de intereses (4).

2. *La identidad de personas civiles.*—El *paterfamilias* y los hijos colocados bajo su potestad no forman en Derecho civil más que una sola y misma persona, desde el punto de vista de los intereses pecuniarios, pues no hay más que un patrimonio. Resulta de esto que no puede nacer una obligación civil entre el jefe de familia y los hijos sobre quienes se ejerce su potestad, ni entre los hijos sometidos a la potestad de un mismo jefe (5). Pero, en Derecho natural, esta identidad de personas no existe, y desde entonces estas personas pueden obligarse entre ellas naturalmente (Africano, L. 38, D., *de cond. indeb.*, XII, 6).

3. *La incapacidad del deudor.*—a) El esclavo no tiene personalidad civil y no puede obligarse civilmente por sus contratos. Pero, en Derecho natural, es tan capaz como un hombre libre; por consiguiente, cuando contrata se obliga naturalmente y obliga naturalmente a los terceros para con él (6); b) El pupilo *major infantia* que contrata sin la *auctoritas tutoris* no se obliga civilmente más que en la medida de su enriquecimiento. Pero cuando no se ha enriquecido, ¿se obliga al menos naturalmente? Parece que en la época clásica los jurisconsultos no han estado de acuerdo sobre esta cuestión. Sin embargo, la mayor parte de ellos admitían la existencia de una obligación natural a cargo del pupilo, y esta solución parece haber prevalecido en el último estado del Derecho Romano (7); c) El menor de veinticinco años provisto de un curador permanente fué tratado como el pupilo, al menos a partir

---

(2) L. 1, pr., D., *de pact.*, II, 14: *Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae; quam ea quae inter eos placuerunt, servare?*

(3) Ulpiano, L. 5, § 2, *de solut.*, XLVI, 3: *... Quaedam (usurae) ex pacto naturaliter debebantur.*—Ad. L. 3, C., *de usur.*, IV, 32. Es distinto para los intereses usurarios, y, en general, para todo convenio que tenga un objeto ilícito (L. 26, § 1, *de cond. ind.*, XII, 6).

(4) Entre las objeciones hechas a este sistema, ninguna es decisiva. He aquí las dos principales: a) En la L. 1, § 2, D., *de verb. obl.*, XLV, 1, Ulpiano decide que si dos personas han querido hacer una estipulación y el promitente ha respondido por un signo de cabeza, *nutu*, no está obligado, aun naturalmente. Pero es que el acuerdo de voluntades queda dudoso; no se puede afirmar que haya convenio; b) En los *negotia do ut des* o *ut facias*, el derecho, por la parte que ha ejecutado el convenio, de ejercer la *condictio ob rem dati*, es, dicen, exclusivo de toda obligación natural. Pero en los convenios sinalagmáticos, cada parte no ha querido obligarse más que si la otra ejecuta lo que ha prometido. Si no, no hay ni consentimiento ni pacto. Resulta de esta observación que la obligación natural no puede obtenerse más que de un pacto unilateral.

(5) Había excepción cuando el hijo de familia tenía un peculio *castrense* o *quasi castrense*. L. 4, D., *de judic.*, V, 1: *Sis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus: nisi ex castrensi peculio.*

(6) Ulpiano, L. 14, D., *de obl.*, XLIV, 7: *Servi... ex contractibus... civiliter quidem non obligantur sed naturaliter et obligantur et obligant.*

(7) La obligación natural no es admitida por Neracio, L. 41, D., *de cond. ind.*, XII, 6; Licinio Rufino, L. 59, *de oblig.*, XLIV, 7. Es reconocida, al contrario, por Papiniano, L. 25, § 1, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2; Paulo, 21, pr., D., *ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

N. del T.—Es cierto que, como el autor indica, es muy discutido el punto de si los nudos

de Diocleciano (V. n.º 128, 2). Así, pues, en esta época, si contrata sin consentimiento de su curador, no puede obligarse más que naturalmente.

En cuanto al pródigo interdicto, nos parece cierto que era semejado al *furiosus*, y que era, por consiguiente, incapaz de obligarse en Derecho natural como en Derecho civil (Ulpiano, L. 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.—V. n.º 123).

530.—B. *De las obligaciones naturales que sobreviven a la obligación civil.*—Entre las causas que llevan consigo la caducidad de una obligación civil, he aquí cuáles eran las más importantes:

1.ª La *capitis deminutio.*—La obligación del deudor *capite minutus* estaba extinguida. Pero éste no es más que un concepto arbitrario del Derecho civil. En Derecho natural, la personalidad subsiste, el deudor queda obligado naturalmente (V. n.º 134, *in fine*).

2.ª La *litis-contestatio.*—La obligación que ha sido deducida *in judicium* es en lo sucesivo extinguida o paralizada. Pero subsiste como obligación natural (V. n.º 747, 1, *in fine*).

3.ª La *sentencia de absolución*, cuando el demandado estaba verdaderamente obligado para con el demandante. Esta absolución deja al demandado obligado naturalmente. Pero la autoridad de la cosa juzgada restringe al mínimum las consecuencias de esta obligación. El deudor que paga, a pesar de la sentencia, hace un pago válido y no puede ejercitar la *condictio indebiti* (1). Pero la hipoteca que garantiza la deuda se extingue (L. 13, D., *quib. mod. pign.*, XX, 6).

4.ª *La prescripción de treinta años.*—En el Bajo Imperio, todas las acciones, salvo la acción hipotecaria, se extingue en principio al cabo de este plazo, y el acreedor pierde la sanción de su derecho (V. número 767, 2). Pero el deudor queda obligado naturalmente. Es el único medio de explicar la supervivencia de la hipoteca, derecho accesorio que no puede existir solo; se une en lo sucesivo a la obligación natural que garantiza (2).

---

pactos producen simplemente, y no siempre, obligación natural. Los modernos se inclinan a creer en general que no, salvo acaso el *pactum de praestandis usuris sortis debitae*, a que también el autor se refiere.

530. (1) Paulo, L. 60, pr., D., *de cond. ind.*, XII, 6: *Julianus verum debitorem... negabat solventem repetere posse... licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet...*—Ad. L. 28, D., *eod.*

(2) Se objeta, es verdad, que la hipoteca sobrevive, en ciertos casos, a la extinción de la obligación, pero es absolutamente contrario a la naturaleza de un derecho accesorio. La L. 13, § 4, D., *de pign.*, XX, 1, invocada en este sentido, no dice nada semejante. Marciano afirma sólo la supervivencia de la hipoteca, aun después de la condena del deudor, mientras el acreedor no sea pagado, o no haya obtenido satisfacción; *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est: quibus cessantibus, tenet.*

N. del T.—Puede citarse también el caso de que la acción pueda ser repetida mediante una excepción concedida en odio del acreedor, en la que, desapareciendo el elemento civil de la obligación, se conserva casi siempre una obligación natural: por ejemplo, la *exceptio S. C. Macedoniani.*

TERCERA PARTE

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR "PER UNIVERSITATEM"

531.—La *adquisición «per universitatem»* es la que tiene por objeto un patrimonio todo entero, o una cuota-parte de un patrimonio. Casi siempre el patrimonio se transmite a la muerte de quien era el dueño: esto es la *adquisición por sucesión*, que, sobre todas, es la más importante. A veces también la transmisión del patrimonio se opera *entre vivos*. Veamos la enumeración de los modos de adquirir *per universitatem:*

1. Adquisición por *sucesión.*
2. Transmisión de una herencia por *in jure cessio.*
3. *Bonorum addictio*, con objeto de salvar las manumisiones.
4. Adquisición de un patrimonio por efecto de la *potestad paterna*, de la *manus* o de la *potestad del amo.*
5. *Bonorum venditio* y *bonorum sectio.*
6. Confiscación (1).

Capítulo primero.—De la adquisición por sucesión

Generalidades.

532.—El patrimonio comprende dos partes: los bienes es el activo, y las deudas el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenga vida, sus acreedores tienen por garantía, no solamente sus bienes presentes, sino también sus bienes futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. Si muere, el Derecho Romano le da un continuador de su persona, llamado *heredero*, que en su lugar queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído. Los acreedores encuentran en él un nuevo deudor y tienen como garantías su patrimonio, unido al del difunto, y el producto de su actividad en el porvenir.

Un triple interés se encuentra así satisfecho: a) *El interés del difunto.* En ausencia del heredero (1), los acreedores se posesionaban de los

---

531. Estaban atribuidos al fisco los bienes de los ciudadanos condenados a pena capital: muerte, esclavitud y pérdida de derechos de ciudadanía (C. I. D., *de bonis damnat.*, XLVIII, 20). Esta adquisición no presenta ningún interés en el Derecho, limitándonos a señalarla en esta enumeración.

532. (1) La palabra *heres*, heredero, viene de *herus*, amo.—I, § 7, *de hered. qual.*, II, 19: *...Veteres enim heredes pro dominus appellabant.*—Ad. Festo, V.° *Heres.*—Al heredero se le llama también *sucesor*, porque está colocado en lugar del difunto. Ulpiano, L. 9, § 12, *de her. inst.*, XXVIII, 5: *Heredes juris successores sunt.*

bienes de la sucesión, vendiéndolos después en bloque, y esta *bonorum venditio* manchaba de infamia la memoria del difunto. Ocurre todo lo contrario cuando hay un heredero, pues entonces es él quien paga los créditos, y si no interviene, los bienes de la sucesión se venden en su nombre, quedando en buen lugar la memoria del difunto; b) El *interés de los acreedores.* Éstos adquieren en la persona del heredero un nuevo deudor, quien debe pagar todas las deudas; c) Por último, un *interés religioso.* Aunque los textos dan muy poca luz sobre este asunto, es evidente que el culto privado entre los romanos de los primeros siglos era de grandísima importancia, porque aseguraba a cada familia la protección de los dioses manes, esto es, de sus antepasados difuntos (V. n.º 79, 1). Cuando un jefe de familia moría, era esencial que no se interrumpiesen sus *sacra privata*, y para asegurar la perpetuidad, los pontífices decidieron que tuviera el heredero, con la fortuna del difunto, la carga del culto privado (2).

El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto, salvo los derechos, bien entendido que se extinguen con su persona. Le sustituye también en sociedad, siendo además, en su lugar, propietario, acreedor y deudor, pudiendo ejercer sus acciones y ser perseguido por sus acreedores (3). El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de *herencia* o *sucesión* (4), y como sanción de su derecho posee una acción civil *in rem*, la *petitio hereditatis* (V. n.º 775).

533.—Todavía queda una cuestión importante: *¿cómo era designado el heredero?* Hay dos modos de designación: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron con razón la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y la ley de las XII tablas sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quién deba continuar su personalidad (1). Manifiesta su voluntad en un acto llamado *testamento*. Cuando un heredero testamentario es nombrado regularmente, aceptado por éste, a nadie más pertenece la sucesión. Pero el padre de familia puede morir *intestato*, es decir, sin haber hecho testamento válido: entonces, solamente en este caso, la ley designa heredero, llamado *ab intestato*. Es la ley de las XII tablas quien hace esta designación, eligiendo el heredero en la familia civil, sin preocuparse del lazo de la sangre (Ulpiano, XXVI, § 1). De manera que, según el Derecho civil, hay dos clases de sucesiones: una, regulada por la voluntad del difunto, o *sucesión testamentaria*, y la otra por la ley, o sea *sucesión ab intestato.*

---

(2) Cf. Cicerón, *De legib.*, II, 19. Era una carga desagradable para el heredero, siendo creíble el proverbio: *Sine sacris hereditas*, que Festo explica de la siguiente manera: *Sine sacris hereditas in proverbio dici solet cum aliquid obvenit sine ulla incommodi appendice* (Festo, V.º *Sine sacris).*

(3) Pomponio, L. 37, D., *de adq. vel. omit. her.*, XXIX, 2: *Heres in omne jus mortui non tantum singulorum rerum dominium succedit; cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant.* Modestino, L. 196, D., *de reg. jur.*, L. 17: ... *Quae personae sunt, ad heredem non transeunt.*

(4) La palabra *hereditas*, de *heres*, designa también el modo de adquirir *per universitatem*, en virtud del cual recoge el patrimonio el heredero. La palabra *successio*, de *succedere*, tiene igualmente estos dos sentidos. Juliano, L. 62, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Hereditas nihil aliud est quam sucessio in universum jus quod defunctus habuerit.*

N. del T.—Aparte de toda la bibliografía alemana sobre sucesiones, muy importante, puede verse el antiguo *Traité élémentaire des successions en droit romaine*, de Rivier; pueden ser consultados también Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, y Scialoja, *Diritto ereditario romano: Concetti fondamentali.*

N. del T.—Según ciertos autores, la fórmula *successio in universum jus* no es clásica; los clásicos habrían hablado exclusivamente de *successio in jus* (posesión jurídica del difunto), y la fórmula no se hubiera prestado a equívocos. Los justinianeos, en cambio, la *successio in singula res*, se vieron obligados a contraponerle como *successio in universum jus*, aquella que era originariamente la única forma de *successio.*

533. (1) Ulpiano refiere en éstos términos la disposición de las XII tablas: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (XI, § 14).

¿Cuál es de estos dos órdenes de sucesiones el más antiguo? Es un asunto muy discutido. Hay quien cree que los romanos sólo conocieron la sucesión *ab intestato*, lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fué introducida por la ley de las XII tablas. Pero esta opinión no está de acuerdo con la preferencia, bien marcada, que los romanos tuvieron siempre por este último modo de sucesión. Por de pronto, los historiadores hacen mención del testamento desde la fundación de la ciudad (2). Para nosotros, la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato* han existido desde el origen de Roma, y la ley de las XII tablas sólo ha hecho sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacía ya tiempo. El jefe de familia, en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil (3). De hecho, y durante los primeros siglos, debía ser muy poco frecuente el uso de este derecho habiendo hijos, por estar designados todos para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad (Véase n.º 588. Pero, a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas del testamento se hicieron de acceso más fácil, la práctica se generalizó, y casi siempre el *paterfamilias* testaba antes de morir.

534.—Aunque los romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como un deshonor morir intestado. Lo más deshonroso era no dejar heredero alguno, porque significaba, a la vez que indicio de una mala sucesión, el presagio de la *bonorum venditio* y de infamia, es decir, la extinción de las *sacra privata*. Por esta razón se encuentra justificada la preferencia de los romanos por la sucesión testamentaria: el que testa y elige un heredero está más seguro de tener uno; demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor.

La preeminencia de la sucesión testamentaria conducía a este principio, sancionado por la ley de las XII tablas: *los herederos «ab intestato» sólo pueden tener la sucesión no habiendo heredero testamentario* (1). Los jurisconsultos, en la práctica, deducían una regla lógica, pero rigurosa, que estaba formulada de la siguiente manera en las *Instituciones* de Justiniano (§ 5, de *hered. inst.*, II, 14): *Neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest* (Cf., L. 7, D., *de reg. jur.*, L. 17). Su verdadero sentido es que no puede haber para una misma sucesión un heredero testamentario y un heredero *ab intestato*. Bien se presentasen juntos, o bien uno después de otro, queda sin efecto la pretensión del heredero *ab intestato* (2).

---

(2) Aulo Gelio, *Nuits at.*, VI, 7: ... *Ea (Acca Laurentia) testamento, ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut quidam autem alii tradiderunt, populum romanum, bonis suis heredem fecit.*

(3) Según ciertos autores, el jefe de familia sólo tenía libertad para testar sobre una parte de su fortuna, llamada *pecunia* (V. n.º 140, nota 5). Podía disponer por legado *per vindicationem*, sin institución de heredero. En cuanto al resto del patrimonio de la *familia*, pasaba a los herederos *suyos*, y *no existiendo*, el jefe de familia elegía un ciudadano para que recogiese la *familia* después de su muerte, sometiendo esta elección a la aprobación de los pontífices y de las curias. En defecto de esta designación, la ley de las XII tablas atribuía la *familia* a los agnados y a los gentiles del difunto. Este sistema se apoya sobre los términos de la ley, que, aun sancionando la libertad de testar, *sólo habla de la pecunia*, atribuyendo la *familia* únicamente a los agnados y a los *gentiles*. Pero esto no autoriza a creer que haya habido en Roma un momento en que el legado, que es una carga impuesta al heredero, pudiera estar hecha en un *testamento sin contener* institución de heredero.

534. (1) La ley de las XII tablas sólo llama a los herederos *ab intestato* en defecto del heredero testamentario: *Si intestato moritur*... (Ulpiano, XXVI, § 1). Paulo, en la L. 89, D., *de reg. jur.*, L. 17, formula el mismo principio: *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.*

(2) Véanse sobre la aplicación de la regla y las excepciones que lleva los números 555, 558, nota 4, y 583, nota 2.

535.—Al lado de la herencia del Derecho civil, presentándose bajo el doble aspecto ya indicado, el pretor había organizado un sistema paralelo. Con frecuencia llamaba a la misma persona que el Derecho civil, confirmándole; pero a veces también llamaba a otro, de lo que resultaba un conflicto con el Derecho civil, en interés de los cognados. Aquel que el pretor designaba para recoger la sucesión no era un verdadero heredero, puesto que la autoridad del pretor no era tan potente como la ley civil. Sólo hacía un *bonorum possessor*, que es *loco heredis*, es decir, al cual procura, por diversos procedimientos, una situación análoga a la de un heredero. Esta sucesión pretoriana se llama *bonorum possessio* (1).

Nos bastan estas generalidades para permitirnos abordar las dos grandes partes que comprende el estudio de la adquisición por sucesión:

1.ª *La sucesión testamentaria.*
2.ª *La sucesión «ab intestato».*

Sección 1.ª—De la sucesión testamentaria.

536.—Las reglas de la sucesión testamentaria se reducen a tres ideas principales:

1.ª Designación del heredero (I II Tit. 10 a 18).
2.ª Adquisición de la herencia (I, II, Tit. 19).
3.ª Cargas impuestas al heredero (I, II, Tit. 20 a 25).

§ I.—De la designación del heredero.

1.—De la forma de los testamentos.

(I, *De testamentis ordinandis*, II, 10.)

537.—El heredero es designado en un acto llamado *testamento*, que Upiano define de la siguiente manera: la *manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte* (1). Esta definición tiene el defecto de descuidar el carácter esencial del testamento, que es contener la institución de uno o de varios herederos. La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas; y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho civil antiguo, por el Derecho pretoriano y por las constituciones imperiales.

I. *Derecho civil.*—1. *Testamento «calatis comitiis» y testamento «in procinctu».*—Al principio se pudo testar de dos maneras: *calatis comitiis*, en tiempo de paz; e *in procinctu*, durante la guerra (Gayo, II, § 181.)

El testamento *calatis comitiis* se hacía delante de los comicios, por curias *convocadas* a este efecto, *calata* (Aulo-Gelio, *Nuits at.*, XV, 27), y en presencia de los pontífices, pues a la evolución de la sucesión no solamente interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley.

¿Eran libres las curias de ratificar o de rechzar las disposiciones tes-

---

535. (1) Véanse, para los detalles sobre el origen, el desarrollo y el efecto de las *bonorum possessiones*, los números 665 a 670.

537. (1) Ulpiano, XX, 1: *Testamentum est mentis nostrae justa contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Modestino da una definición análoga en la L. 1, D., *qui test. fac. pos.*, XXVIII, 1. *Testamentum* viene de *testatio*.—Cf. Aulo Gelio, *Nuits at.*, VI, 12.

tamentarias que le estaban sometidas? Es una cuestión algo oscura, difícil de resolver de una manera cierta, por falta de documentos. Sin embargo, desde la ley de las XII tablas no es posible admitir la libertad de la apreciación de los comicios, en presencia de la disposición que sanciona de una manera absoluta la voluntad del testador: *uti legassit... ita jus esto*. (Cf. Pomponio, L. 120. D., *de verb. sign.*, L. 16).

El testamento *in procinctu* se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo.

Este testamento sólo se practicaba en tiempo de guerra, y, por otra parte, para los testamentos, los comicios sólo se reunían en Roma, y dos veces por año (Gayo, II, § 101). El ciudadano que sucumbía en el intervalo sin haber tomado estas precauciones, moría, pues, intestado. Para remediar estos inconvenientes se imaginó otra manera de testar.

2. *Testamento «per aes et libram».*—Los jurisconsultos aplicaron al patrimonio *familia* el modo de transmisión usado para las cosas más preciadas, la *mancipatio*. El padre de familia que no había podido testar *calatis comitiis* y sentía su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas; esto es el testamento *per aes et libram* (Gayo, II, § 102).

El adquirente del patrimonio se llamaba el *familiae emptor* y jugaba el papel de un *heredero* (2). Este nuevo procedimiento, que aseguraba al testador la facilidad de testar cuando quisiera, debió de existir bastante tiempo con los testamentos *calatis comitiis* e *in procinctu*, sin hacer desaparecer su uso. En efecto, presentaba muchas imperfecciones. El jefe de familia no podía usarlo en favor del hijo que tenía bajo su autoridad, porque la mancipación no era posible entre ellos. Además, la enajenación debía producir un efecto inmediato, y, al parecer, el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla si volvía de su acuerdo. Por eso, hacia el final del siglo VI, el testamento *per aes et libram* fué perfeccionado, y este progreso trajo, sin duda alguna, el desuso de las otras formas (3).

3. *Testamento «per aes et libram» perfeccionado.*—El *familiae emptor*, en lugar de ser tratado como heredero, no es más que una persona complaciente, en quien el testador tiene su confianza, y que está encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre de éste se escribía sobre tablillas que quedaban en manos del testador (Gayo, II, § 103, *in fine*).

El testamento *per aes et libram* comprendió desde entonces dos operaciones distintas: a) La *mancipatio*. Las palabras pronunciadas por el *familiae emptor* se modificaban: declaraba comprar el patrimonio; no era para guardarle, sino a título de depósito y para prestarse a la confección del testamento (4); b) La *nuncupatio*, o declaración que hace el

(2) Gayo, II, 102: *Acessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam id est patrimonium suum mancipio dabat...*—103: *...Olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet...*

(3) Cicerón, *De oratore*, I, 53. Gayo, II, § 103: *... Sane nunc aliter ordinatur.* Es muy difícil fijar la fecha en que el testamento *calatis comitiis* dejó de ser usado. En cuanto al testamento *in procinctu*, aún en vigor al principio del siglo VII de Roma, ya no se practicó en tiempo de Cicerón. Cf. Velleyo Paterculo, II, 5. (Cicerón, *De nat. Deor*, II, 3).

(4) Gayo, II, § 104: *... In qua de his verbis familiae emptor utitur: «Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam quo tu jure testamentum, facere possis secundum legem publicam, hoc aere» et ut quidam adjiciunt «aeneaque libra, mihi empta»* Aunque la incorrección de la frase deja suponer alguna falta del manuscrito, este texto, leído claramente por Studemund, condena las restituciones que añaden a *mandatela* la palabra *tutela*.

testador, teniendo en la mano sus tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias (5). En la práctica, hacía conocer con frecuencia el heredero; pero también podía guardar el secreto. Esta *nuncupatio* era la parte principal del testamento, pues la *mancipatio* no intervenía más que para la forma, *dicis gratia;* aunque íntimamente ligadas una a la otra, estas dos formalidades debían cumplirse *uno contextu*, es decir, sin ser interrumpidas por ningún acto extraño al testamento (Ulpiano, L. 21, § 3, D., *qui test., fac.*, XXVIII, 1).

4. *Testamento nuncupativo.*—En una época incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento *per aes et libram*, fué admitido en Derecho civil que un ciudadano pudiese testar oralmente con la ayuda de una simple *nuncupatio*, declarando en alta voz el nombre del heredero, y sus últimas voluntades, delante de siete testigos. Esto era el testamento *nuncupativo*. Ofrecía menos garantía que el testamento por *aes et libram*, pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito (I, § 14, *ht.)* (6).

II. *Derecho pretoriano.*—Es probable que el pretor ofreciera primero la sucesión pretoriana, la *bonorum possessio secundum tabulas*, al heredero instituído en un testamento regularmente hecho, según el Derecho civil. Pero en tiempo de Cicerón (Act., 2.º, *in Ver.*, I, 45) era suficiente para la concesión de esta *bonorum possessio* que el testamento estuviese escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos (I, § 2, *ht.)*. Podían servirse del mismo sello *(signare)*, pero entonces cada uno debía escribir cerca del sello su nombre y el del testador *(adscribere)* (Ulpiano, L. 22, § 4, D., *qui test. fac.*, XXVIII, 1).

Cuando un testamento estaba revestido de estas formas, el pretor sólo exigía que fuesen cumplidas las formalidades del Derecho cvil, dando al heredero instituído la *bonorum possessio secundum tabulas* (Gayo, II, § 119). Bajo el reinado de Antonino el Piadoso, esta *bonorum possessio* se hizo *cum re*, es decir, que el *bonorum possessor* pudo descartar las pretensiones de los herederos *ab intestato*, oponiendo la excepción de dolo a la petición de herencia (Gayo, II, § 120).

III. *Derecho del Bajo Imperio.*—En el Bajo Imperio se simplificó la legislación sobre los testamentos, y de la fusión de las reglas del Derecho pretoriano y del Derecho civil nació una nueva forma de testar. Esto era el testamento *tripertitum*, así llamado porque toma sus reglas del Derecho civil. del Derecho pretoriano y de las Constituciones imperiales. Este nuevo testamento está descrito en una Constitución de Teodosio II, del año 439 (L. 21, pr., C., *de testam.*, VI, 23), quedando en vigor bajo Justiniano (I, § 3, *ht.)*. Veamos en qué consiste: Habiendo escrito el testador de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos (7), les presenta las tablillas, cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones; cada testigo, lo mismo que el testador, pone su *subscriptio* debajo del testamento (8), cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello *(signare)* y escri-

---

(5) Gayo, I, § 104 (continuación): *Deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: «Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote»: et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

(6) Fué de esta manera como hizo Horacio su testamento. Suetonio *(Vita Horatii in fine)* dice, en efecto: *«Decessit... herede Augusto palam nuncupato cum urgente, vi valetudinis non sufficeret ad absignandas testamenti tabulas».*

(7) Véanse, *sobre las incapacidades absolutas y relativas* para ser testigo en un testamento: I, §§ 6 a 11, *ht.* Gayo, II, §§ 105 y 106. V. n.º 539, nota 1.

(8) La *subscriptio* es una breve mención escrita. El testigo relata su nombre, y el hecho que realiza: *subscribere*, escribir debajo de las disposiciones testamentarias.

biendo su nombre cerca del sello *(adscribere)*. Estas formalidades deben cumplirse *uno contextu*. La presencia de los testigos y la necesidad de hacerlo todo, *uno contextu*, provienen del Derecho civil. El número de los testigos, los sellos y la *adscriptio* están tomados del Derecho pretoriano (9). La *subscriptio* está puesta por las Constituciones (10).

El testamento nuncupativo subsiste siempre para los que quieran testar *oralmente* (L. 21, § 2, C., *eod.)*.

538.—VI. *De la forma del testamento militar.*—(I, *De militari testamento*, II, 11).—Habiéndose elevado al poder Julio César, gracias a sus victorias, empezó a conceder privilegios a sus soldados. Bajo el Imperio, y con el deseo de los emperadores de captarse el apoyo del ejército, se extendieron estos privilegios, tomando un carácter definitivo. Ellos formaron, desde Nerva y Trajano, el Derecho común para los militares (Ulpiano, L. 1, pr., D., *de test. mil.*, XXIX, 1). Estos privilegios alcanzaban a la vez a la *forma* y al *contenido* del testamento; pero aquí sólo hablaremos del privilegio referente a la *forma*.

En principio, la voluntad del soldado constituía un testamento válido, de cualquier manera que estuviese manifestada, y podía testar confiando su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre sobre su escudo, o trazándola sobre la arena con la punta de la espada (L. 15, C., *de test. mil.*, VI, 21). Pero en todos estos casos es necesario que la voluntad sea *cierta*, y que haya sido expresada *seriamente* (I, § 1, *ht.)*. Para justificar este privilegio de forma, Gayo alega la ignorancia del soldado: *nimiam imperitiam* (II, § 109). Se puede decir más justamente que a los militares les es muy difícil realizar en campaña las formalidades ordinarias de los testamentos. Por esta consideración fué admitido durante los primeros siglos el testamento *in procinctu* (Cf., art. 981 y siguiente, C. C.).

La duración del privilegio era limitada. En la época clásica, el militar disfrutaba de él durante todo el tiempo de su servicio (Ulpiano, L. 42, D., *de testam. mil.*, XXIX, 1). Pero Justiniano limitó este favor al tiempo durante el cual el soldado estuviese en campaña, *in expeditionibus* (L. 17, C., *de testam., mil.*, VI, 21.—I, pr. *ht.)*. Por otra parte, el testamento militar, hecho en este período privilegiado, sólo quedaba

---

(9) En Derecho civil, era necesario para el testamento *per aes et libram* cinco testigos, el *librepens* y *el familiae emptor*, es decir, siete personas. El pretor, al exigir siete testigos, no ha hecho más que inspirarse en las formas de la *mancipatio*.

(10) El testamento *tripertitum* ofrece gran analogía de formas con nuestro testamento *místico* actual (art. 976, C. C.). No es difícil encontrar en el Derecho Romano nuestras demás formas de testar. Por eso el emperador Justiniano decidió que el ciego pudiese testar dictando sus voluntades en presencia de siete testigos ante un *tabularius* que poco después hacía el papel de notario de nuestra época (L. 8, C., *qui test. fac.*, VI, 22, año 251). Es casi nuestro testamento *auténtico* (art. 971, C. C.). En fin, en la Novela 107, Justiniano prevé el caso donde un ascendiente testaba únicamente para regular entre sus descendientes la distribución de sus bienes, permitiendo hacerlo por un acto escrito por su mano, fechado y signado; lo cual es la forma de nuestro testamento *ológrafo* (art. 970, C. C.).

N. del T.—La definición de Modestino sobre el testamento (Fr., 1, *qui test.*, XXVIII, 1): *«testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit»*, es también defectuosa, como la de Ulpiano, porque identifica el testamento con cualquiera declaración de última voluntad, no expresando lo que le distingue de los codicilos, o sea la institución de heredero, como condición esencial (Paulo, fr., 20, XXIX, 7; Inst. par., 34, II, 20. Ulpiano, XXIV, 15 y Modestino, fr., 1, § 3, XXVIII, 6). Sin embargo, de la definición de Modestino debe deducirse que la voluntad bien consignada del difunto no tiene fuerza cuando no se expresa conforme a las reglas del Derecho *(justa)*.

N. del T.—El carácter del testamento *per aes et libram* era el expresado en el texto, porque la herencia, es decir, el conjunto de los derechos de un ciudadano era una cosa *mancipi*. Y si Ulpiano no la comprende en la enumeración de las cosas *mancipi*, es porque, en su tiempo, el testamento *per aes et libram*, por medio de la transformación que había recibido, no era ya una verdadera mancipación.

N. del T.—Solamente por la ley de las XII tablas se proclamó el derecho, la libertad de testar, es decir, de instituir directamente y por su propia voluntad un heredero o un legatario. Esta disposición *(uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto)* fué cele-

válido durante un año después de licenciado el testador, *post missionem* (I, § ?, *ht.)*.

La misma duración era aplicable a los otros privilegios militares que se refieren al contenido del testamento. Los iremos indicando a medida que la ocasión se presente (1).

II.—De la capacidad de testar.

(I, *quibus non est permissum testamentum facere*, II, 2.)

539.—Para hacer un testamento válido, el testador debe tener el derecho de testar, o *testamenti factio* (1). Pero un ciudadano, teniendo este derecho, puede también estar en la imposibilidad de ejercitarlo por circunstancias especiales. Por eso hay que distinguir entre el derecho de dejar una sucesión testamentaria y el ejercicio del derecho de testar.

I. *Del derecho de dejar una sucesión testamentaria.*—La transmisión de una sucesión por testamento es de Derecho natural, como la propiedad, de la cual es un atributo. Pero en Roma, el derecho de testar no tocaba sólo a los intereses privados; interesaba también la sociedad y la religión, habiendo sido siempre por eso regulada por el Derecho civil y considerada como de orden público (2). No es suficiente tener el *commercium* para poseer el derecho de testar: es necesaria una concesión espe-

---

bre en la jurisprudencia romana, precisamente porque era el triunfo de un principio nuevo e importante. ¿Cómo se pasó de la prohibición de testar, que resultaba de la necesidad de obtener una ley cuando se quería cambiar el orden común de las sucesiones, al derecho absoluto de testar, tal como se hallaba escrito en la ley decenviral? ¿Cómo pudo existir el testamento *calatis comitiis* al mismo tiempo y en la misma sociedad que el testamento *per aes et libram*, por el cual el padre de familia disponía arbitrariamente de su *familia*, de su herencia? Se ha dado una explicación tan ingeniosa como verosímil, diciendo que el testamento *in calatis comitiis* existía en el Derecho de la Roma primitiva, que era el testamento de los patricios; que el *per aes et libram* nació de las necesidades, de la constitución particular de la familia plebeya; finalmente, que si se proclamó por la ley de las XII tablas el derecho absoluto de disponer por acto de última voluntad, fué a consecuencia del triunfo que el estado de familia y de patria potestad de los plebeyos y sus hábitos sociales *obtuvieron en la redacción de la ley decenviral.* Véase Guerad, en su *Ensayo sobre la historia del Derecho privado de los romanos.*

N. del T.—En el Bajo Imperio, en la época en que la desigualdad de las antiguas razas había desaparecido, en que el título de ciudadano, título sin importancia real, llegó a ser común a todos los pueblos del Imperio, en que, por consiguiente, todo lo que se refería a las solemnidades antiguas y a los privilegios del antiguo *jus civile* no tenía ya sentido la legislación, es decir, las Constituciones imperiales, propendían generalmente a aproximarse al Derecho pretorio; el Derecho civil y el de gentes se confundían más y más *(paulatim caepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi).* Justiniano cita la legislación imperial sobre testamentos como un ejemplo de esta fusión.

N. del T.—Existían también casos en los cuales no era posible observar todas las formalidades. Estas formas extraordinarias de los testamentos eran, aparte la del militar, por razón de la persona del testador, el *testamentum tempore pestis conditum*, en que no era necesaria la concurrencia simultánea de los testigos al otorgamiento del acto, y el *testamentum ruri conditum*, que bastaban cinco testigos, por razón del lugar, y el *testamentum parentum inter liberos*, para el que era bastante el testamento ológrafo, con nombres de herederos propios, porciones hereditarias designadas con letras y fecha del acto, respecto al contenido.

Todos estos testamentos se llamaban *privados*, para diferenciarlos de los *públicos* presentados al príncipe o registrados ante una autoridad con jurisdicción civil.

538. (1) Véanse los números 548, I; 555, 556, 572, 597 y 645, 4.

N. del T.—Era en su origen el testamento militar un privilegio de clase, al cual dió lugar la diversa nacionalidad de los soldados y la imposibilidad en que se hallaban de adaptar su conciencia jurídica a la nacional romana; por esto el privilegio se extiende pronto a las demás formas testamentarias, hasta constituir un especial derecho sucesorio. Justiniano, aproximando de varios modos el testamento común al militar y éste a aquél, limita en sustancia el privilegio a la forma.

539. (1) Las expresiones *testamenti factio* designan lo mismo la capacidad de testar (L. 4, D., *qui test. fac. pos.*, XXIII, 1) que la capacidad de ser instituído heredero (I, § 4, *de hered. qual.*, II, 19). Estos diferentes sentidos explican claramente por qué la *testamenti factio* ha debido designar la capacidad de figurar en un principio en el testamento *per aes et libram*, bien sea como testador, como *familiae emptor* o como testigo.

(2) Papiniano, L. 3, D., *qui test. fac.*, XXVIII, 1: *Testamenti factio non privati sed publici juris est.*

cial de este derecho para aquél que no le tiene o que ninguna ley se lo ha otorgado.

En un principio, sólo los ciudadanos romanos *sui juris* tuvieron la *testamenti factio*, estando, por el contrario, privadas de ella las personas siguientes:

1. Los *peregrinos*.—Estos podían testar según el Derecho de su ciudad, pero no según el Derecho Romano.

2. Los *latinos junianos* y los *dediticios*. Los latinos junianos poseen el *commercium;* pero la ley *Junia* les quita el derecho de testar. En cuanto a los *dediticios*, no pueden tampoco testar de ninguna manera, por no ser ciudadanos de ninguna ciudad (Ulpiano, XX, § 14).

3. Los *esclavos*, excepto los *servi publici*, que tienen un patrimonio y pueden disponer por testamento de la mitad de sus bienes (Ulpiano, XX, § 6).

4. Las *mujeres ingenuas sui juris*, que permanecían agnadas en su familia civil, no pudieron en un principio testar, según el testimonio de Gayo (I, § 11, 5) y Cicerón (*Topic.*, 4). Esto, sin duda, tenía por objeto asegurar la transmisión de sus bienes a los agnados. Por el contrario, la mujer tenía el derecho de testar cuando una *capitis deminutio minima* la había hecho salir de su familia civil; de esto viene el uso de la *coemptio fiduciae causa*, que rompía el lazo de agnación, permitiéndola hacer su testamento con la *auctoritas* del tutor (V. n.º 99). Gayo refiere que un senadoconsulto habido bajo Adriano hizo desaparecer esta incapacidad (I, § 11, 5).

5. Los hijos de familia, lo mismo que las mujeres *in manu* y las personas *in mancipio* que no tienen patrimonio.

En cuanto a los hijos de familia, desde el día que se hacen propietarios de ciertos peculios, el derecho de testar no es para ellos, según el principio expuesto más arriba, una consecuencia del derecho de propiedad. Sólo lo obtienen en virtud de una concesión expresa. Esta concesión se hizo en primer lugar para el peculio *castrense:* bajo los primeros emperadores, para los hijos de familia militares; y más tarde, bajo Adriano, a título definitivo, aun después de terminado el servicio (I, pr., *ht.)*. Para el peculio *cuasi-castrense*, el derecho de testar no se otorgó de una manera general más que bajo Justiniano; antes de él, sólo hubo concesiones especiales (I, § 6, *de testam. mil.* II, 11). Los hijos de familia no han tenido jamás el derecho de testar sobre los bienes adventicios.

6. Estaban también privados del derecho de testar los que, habiendo sido testigos, habían negado su testimonio. La ley de las XII tablas los declaraba *improbi et intestabiles* y no podían ni testar, ni ser testigos, ni ser instituídos herederos (Aulo-Gelio, *Nuits. at.*, XV, 13).

II. *Del ejercicio del derecho de testar.*—Para hacer un testamento válido no es suficiente tener el derecho de testar, pues hay que poseer también el ejercicio de este derecho en el momento de testar. Después se puede perder, sin que el testamento sufra ningún perjuicio; aunque ocurre lo contrario cuando se pierde la *testamenti factio* (V. n.º 572).

He aquí las personas que no tienen el ejercicio del derecho de testar:

1. Los *impúberos sui juris* (3), porque carecen del juicio necesario

(3) Para la capacidad de testar, parece ser que desde el siglo II del Imperio se fijó la pubertad para los hombres a la edad de catorce años, sin ninguna condición de examen corporal (Gayo, I, 40, y II, 213. Paulo, S., III, 4 a, I). En efecto, la cuestión de validez del testamento no se fijaba hasta después de la muerte del testador, cuando todo examen de este género era ya imposible.

N. del T.—La *testamenti factio* no es, en realidad, más que el *commercium mortis causa*. Gayo, II, 113 y 114; III, 72 a 75; Paulo, III, 4, y Ulpiano, X, 10 a 14.

N. del T.—En algunos casos la facultad de testar era negada a título de pena, como a los autores de libelos infamatorios, apóstatas y ciertas categorías de herejes.

N. del T.—En el Derecho antiguo los sordos y mudos padecían incapacidad absoluta,

para un acto tan importante. Pero sólo es el ejercicio del derecho el que les falta, de manera que pueden dejar una sucesión testamentaria, si el jefe de familia testó por ellos cuando estaban bajo su autoridad (Véase *Sustitución pupilar*, núms. 563 a 566).

2. Los *locos*. Éstos sólo pueden testar válidamente en un intervalo lúcido (I, 1, *ht.)*.

3. Los *pródigos interdictos*, porque ya no tienen el *commercium*, aunque queda válido el testamento que hayan hecho antes de la interdicción (I, § 2, *ht.)*.

4. Los *sordos* y los *mudos*, es decir, aquellos que no entienden ni hablan de una manera absoluta; pero si su enfermedad es accidental y han hecho el testamento antes de estar atacados, éste produce todos sus efectos. De todos modos, Justiniano también permitió a los que hubiesen quedado sordos o mudos por accidente testar según ciertas formas. En su tiempo, la incapacidad no alcanzaba más que a los sordos y mudos de nacimiento, que, por tanto, no pudieron recibir ninguna instrucción (I, § 3, *ht.)*.

540.—III. *Del testamento de un cautivo.*—El esclavo no tiene el derecho de testar; pero el *cautivo* es un esclavo que está en una situación especial, puesto que disfruta del *jus postliminii*. Para demostrar la influencia que este derecho puede tener sobre su testamento, hay que distinguir según que haya testado estando cautivo o antes de su cautividad.

1. El testamento que el cautivo haya hecho *durante su cautividad es nulo*, aun escapándose el testador y volviendo a su hogar, puesto que ha testado siendo esclavo. El *postliminium* puede muy bien volver retroactivamente la *testamenti factio*, pero no el ejercicio del derecho de testar; el hecho de la cautividad es indeleble.

2. El testamento hecho *antes de la cautividad* es válido en todos los casos. En efecto, el testador vuelve o muere cautivo: a) Si *vuelve*, está reputado, gracias al *postliminium*, de no haber perdido nunca el derecho de testar, y el testamento regularmente hecho conserva toda su fuerza; b) Si *muere en manos del enemigo*, el testamento queda nulo, puesto que el testador muerto esclavo no puede dejar sucesión testamentaria. Pero luego prevaleció una solución más favorable. Una ley *Cornelia*, de fecha incierta, decidió que en este caso el testamento fuese válido, como si el testador no hubiese estado jamás cautivo (1). De manera que aquí el testamento se declaraba válido: *beneficio legis Corneliae* (Paulo, S., III, 4, 8) (2).

III.—De la desheredación.

(I, *de exheredatione liber*, II, 13.)

541.—En una época difícil de precisar, la costumbre impuso al testador, teniendo hijos bajo su autoridad, una nueva formalidad necesaria a la validez del testamento: era la *desheredación*.

Según la ley de las XII tablas, la voluntad del jefe de familia, regu-

---

pero en el nuevo los sordos pueden testar con tal de que declaren su voluntad de viva voz o por escrito, y los mudos pueden testar con tal que sepan escribir. (Const., 10, *qui test.*, VI, 22).

N. del T.—Por último, se afirma que se hallan incapacitados de obrar por *testamenti factio* todos los que se encuentran en la imposibilidad material de manifestar su propia voluntad. *(Si talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest mortuo similis est.* Const. 29, *de test.*, VI, 24.)

540. (1) El alcance general de esta ficción está expresado por Ulpiano en la L. 18, D., *de captiv.*, XLIX, 15: *In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est.*

(2) Estas soluciones están perfectamente resumidas en las *Instituciones* de Justi-

larmente expresada en su testamento, hacía ley. Investido de una autoridad paterna que le daba derecho de vida y de muerte sobre sus hijos, podía con *más justa razón privarles de su sucesión*. Sin embargo, del mismo rigor de este poder los jurisconsultos sacaron una reforma favorable para los hijos. Los que tenía el jefe de familia bajo su autoridad directa se los consideraba como investidos de una especie de copropiedad latente sobre los bienes paternos, que casi siempre habían contribuído a acrecentar por sus adquisiciones. A su muerte, debían recoger este patrimonio que era suyo, según la expresión sancionada, teniendo derecho a la sucesión como *heredes sui* (1). Se terminó por declarar que el jefe de familia debía confirmar esta cualidad instituyéndolos, o quitársela expresamente desheredándolos; de otra manera, el testamento era nulo. Además, lo ordena en la plenitud todavía de su poder, y no tiene que dar explicaciones de los motivos de la desheredación. La única garantía que concede al hijo esta nueva formalidad, es que el jefe de familia dudará acaso formular en su testamento una desheredación expresa. Pero más tarde, por un nuevo progreso de las *costumbres*, se llegó a impedir que el padre despojase a sus hijos sin causa justificada (V. n.° 575). Las reglas de la desheredación, definitivamente aceptadas en la época de Cicerón (2). fueron modificadas por el Derecho pretoriano, y más tarde por Justiniano.

542.—I. *De la desheredación segun el Derecho civil.*—En un principio, el padre de familia estaba obligado a instituir o desheredar a los *herederos suyos*. No debía tampoco *omitirlos*, es decir, pasarlos en silencio.

Los herederos *suyos* a quienes debe instituir o desheredar, son los *herederos suyos presuntos*, esto es, los hijos y descendientes colocados directamente bajo su potestad, y que a su muerte se harán *sui juris*. Por ejemplo: Ticio tiene bajo su autoridad a su hijo y a su nieto; debe instituir o desheredar a su hijo, que es heredero suyo presunto. Pero si tuviese a su nieto bajo su potestad directa, por haber muerto su hijo, será el nieto a quien debe instituir o desheredar (Ulpiano, XXII, § 14).

543.—*Sanción de la regla.*—Hay que distinguir entre dos categorías de herederos suyos: por una parte, los hijos, y por otra, las hijas y demás descendientes *más lejanos*, de cualquier sexo que fueren.

1. *Omisión de un hijo.*—Esta llevaba consigo la nulidad del testamento. Según los Sabinianos, el testamento era nulo *ab initio*, y por ningún suceso posterior podía volver a ser válido, quedando también nulo aunque el hijo omitido hubiese muerto antes que el testador. Los Proculeyanos eran de otra manera de pensar: no admitían la nulidad inicial del testamento, nada más que si el hijo omitido a quien debía beneficiar esta nulidad existía aún al fallecimiento del testador (Gayo, II, § 123). La solución de los Sabinianos, más rigurosamente deducida de los principios, prevaleció en el Derecho de Justiniano, aunque fué menos racional (I, pr. *ht.*, II, 13).

La nulidad del testamento llevaba consigo la caída de todas las disposiciones que contiene, incluso de las desheredaciones. Todos los herederos suyos recogen la sucesión, que se abre *ab intestato*. Por eso

---

niano, 5, *ht.*: *Ejus qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit; sed quod dum in civitate fuerat fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

541. (1) Paulo, L. 11, D., *de liber. et post.*, XXVIII, 2: *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur...*

(2) Cf. *De oratore*, I, 38. Según ciertos autores, la necesidad de instituir o desheredar los herederos suyos es tan antigua como la organización de la familia romana, y remonta al mismo origen de Roma. La jurisprudencia posterior a las XII tablas no había hecho más que precisar las reglas.

Ticio, que tiene dos hijos bajo su autoridad, omite uno, deshereda al otro, e instituye un *extraneus:* el testamento cae, y el hijo omitido reparte la sucesión con el desheredado; también podía ocurrir que, siendo nulo el testamento *ab initio*, el desheredado tomase sólo la sucesión; esto era cuando el hijo omitido hubiese muerto antes que el padre.

2. *Omisión de una hija o de un descendiente más lejano, sin distinción de sexo.*—El Derecho civil admitía aquí un sistema más racional que el precedente. El testamento no era nulo; pero como había una omisión, se reparaba contando al hijo omitido entre los herederos instituídos, de los cuales venía a aumentar el número. Por eso se dice que tiene el *jus adcrescendi*, y obtenía también una parte viril cuando concurría con herederos suyos instituídos, y una mitad de la sucesión cuando concurría con instituídos *extranei* (Gayo, II, § 124. Paulo, S., III, 4 bis, § 8).

Las desheredaciones y las otras disposiciones testamentarias siguen mantenidas. El hijo omitido contribuye por su parte al pago de los legados, y si muere antes que el testador el testamento se ejecuta tal como está hecho.

544.—Aparte de esta distinción especial establecida por el Derecho entre estas dos categorías de herederos suyos, había otra relativa a la *forma* de la desheredación. Los hijos debían ser desheredados *nominativamente: Titius filius meus exheres esto* (Gayo, II, § 127). Además, la institución o la desheredación de un hijo, hecha bajo condición, era irregular, al menos que se tratase de una condición potestativa para él (Ulpiano, L. 4, pr., D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5). De todo esto resulta que una desheredación o una institución irregular equivalía a una omisión y llevaba consigo las mismas consecuencias. En cuanto a las hijas y demás herederos suyos, el testador podía desheredarlos *inter ceteros*, bastándole con decir: *ceteri* o *ceterae exheredes sunto* (Gayo, II, § 218). Podía también, no habiendo irregularidad, instituirlos o desheredarlos bajo condición (L. 4, pr., y L. 6, § 1, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5).

545.—II. *De la desheredación según el Derecho pretoriano.*—El pretor concedió una gran extensión al principio de la desheredación, en cuanto a las personas que debían ser instituídas o desheredadas, modificando la sanción. Esta reforma estaba realizada ya en el principio del Imperio, puesto que era conocida del jurisconsulto Labeón, que vivió en tiempo de Augusto (L. 8, § 11, D., *de bon. pos. contr. tab.*, XXXVII, 4).

1. El Derecho pretoriano impone al testador la obligación de instituir o desheredar, no solamente a los herederos suyos presuntos, sino también a todos los descendientes, que serían herederos suyos si no hubiesen sufrido una *capitis deminutio minima*, y que no forman parte de otra familia.

Por eso el padre debe instituir o desheredar a sus hijos *emancipados*. Esta misma obligación se impone también al padre natural para el hijo que ha dado en adopción, habiéndole emancipado el padre adoptivo (I, §§ 3 y 4, *ht.*). Las reglas de la desheredación cambian, de esta manera, de motivo. En lugar de estar fundadas, como en Derecho civil, sobre la copropiedad de familia, descansan sobre el parentesco natural; el padre es quien debe decidir si sus hijos serán o no sus herederos, por causa del lazo de sangre que a él les une. Sin embargo, el pretor no ha dado a este principio toda la extensión que debe llevar, y no obliga al testador a instituir o desheredar los descendientes por mujeres; por ejemplo, los nietos nacidos de una hija premuerta; esto, sin duda, es porque tienen los derechos de agnación en la familia de su padre.

2. El pretor no hace distinción entre los hijos omitidos, estableciendo la misma sanción en todos los casos y concediendo al hijo omiti-

do la parte que hubiese tenido si hubiese recogido la sucesión *ab intestato* como heredero suyo. Esta sucesión pretoriana es llamada la *bonorum possessio contra tabulas* (Gayo, II, § 135) (1).

Veamos algunos ejemplos: a) Ticio ha instituído un *extraneus*, y ha omitido su hijo emancipado: este hijo toma toda la sucesión con ayuda de la *bonorum possessio contra tabulas*; b) Ticio ha instituído su hijo heredero suyo presunto y ha omitido su otro hijo emancipado; este último, gracias a la *bonorum possessio*, toma la mitad de la sucesión, y el instituído se queda con la otra mitad; c) Ticio ha instituído su hijo heredero suyo por un cuarto, un *extraneus* por los otros tres cuartos y ha omitido un hijo emancipado: este último obtiene la *bonorum possessio* y reparte la sucesión por la mitad con su hermano instituído. En este caso, la *bonorum possessio* beneficia también al hijo instituído. El edicto del pretor se aplica al instituído por causa de omisión de otro: *per alium commititur edictum* (Ulpiano, L. 3, § 11, y L. 8, 14, D., *de bon. pos. contr. tab.*, XXXVII, 4).

Al no hacer el pretor ninguna diferencia entre los hijos, una hija omitida tenía los mismos derechos que un hijo, aunque en Derecho civil no tenía más que el *jus adcrescendi*. El emperador Antonino el Piadoso decidió que las hijas no obtuviesen más por la *bonorum possessio contra tabulas* que por el *jus adcrescendi* (Gayo, II, § 126).

546.—Según lo que precede, se ve que el pretor no tenía en cuenta las disposiciones del testamento cuando eran contrarias a las reglas que había expuesto en materia de desheredación. Pero no consideraba el testamento radicalmente nulo, del modo que lo hacía el Derecho civil. De aquí dos soluciones equitativas:

1. Si el hijo omitido moría antes que el testador, o si, respetando la voluntad del difunto, no pedía la *bonorum possessio*, el testamento se ejecutaba tal como estaba escrito.

2. La desheredación escrita en el testamento se mantiene. El hijo desheredado no se beneficiaba de la omisión de su hermano (Ulpiano, L. 10, § 5, D., *de bon. pos. contr. tab.*, XXXVII, 4).

3. En fin, aunque la *bonorum possessio contra tabulas* era dada por el todo a un omitido, se mantenían, sin embargo, algunos legados: eran éstos los legados hechos a un descendiente, a un ascendiente o a la mujer de un difunto (L. 1, pr., y § 1, D., *de leg. prest.*, XXXVII, 5). En cuanto a las *formas* de la desheredación, el pretor se separaba también de las reglas del Derecho civil y distinguía entre los sexos. Todos los descendientes del sexo masculino, hijos o nietos, debían ser desheredados *nominativamente;* las hijas o nietas, *inter ceteros* (I, § 3, *ht.*).

547. III. *Reformas de Justiniano.*—Justiniano reformó, del modo siguiente, las reglas de la desheredación por una constitución del año 531 (L. 4, C., *de liber. praeter.*, VI, 28.—I, § 5, *ht.*).

1. Suprime toda distinción entre los descendientes para la forma de la desheredación. Todos deben ser desheredados o instituídos *nominativamente.*

2. Confirma el Derecho pretoriano, exigiendo que el padre de familia instituya o desherede los descendientes que hubiesen tenido la cualidad de herederos suyos si no habían sufrido una *capitis deminutio minima.*

3. Siguiendo la doctrina sabiniana, decide que toda omisión de un heredero suyo lleve la nulidad *ab initio* del testamento, suprimiendo por consecuencia el *jus adcrescendi.*

4. En fin, mantiene concurrentemente la teoría del Derecho civil y la del Derecho pretoriano en cuanto a los efectos de la omisión: nuli-

---

545. (1) La *bonorum possessio contra tabulas* dió lugar a la teoría de la *collatio bonorum emancipati*, expuesta más adelante (Véanse números 674 a 677).

dad del testamento, si es un heredero suyo quien está omitido; y apertura de la *bonorum possessio contra tabulas*, si es un emancipado.

548.—Sólo nos resta hacer dos observaciones:

1.ª Los soldados no eran sometidos a las reglas de la desheredación cuando hacían su testamento. Para ellos, la omisión de un heredero suyo equivalía a una desheredación regular (I, § 6, *ht.*).

2.ª Estas reglas no eran tampoco aplicables al testamento de la madre o de un ascendiente materno, que no podía tener herederos suyos. El silencio que guardan referente a un descendiente equivale a la desheredación (I, § 7, *ht.*). Sin embargo, esta observación no es exacta en el último estado del Derecho de Justiniano, según la Novela 115; por la cual, en el año 541 modificó por completo la teoría de la desheredación (V. n.º 585, 3).

IV.—De la institución del heredero.

(I, *de heredibus instituendis*, II, 14.)

549.—La *institución* o designación de un heredero por testamento constituye la parte esencial del testamento: *caput et fundamentum totius testamenti* (V. n.º 550, nota 1). Si la institución es nula, cae todo el testamento; por eso es muy importante precisar las condiciones de validez.

550.—I. *Formas de la institución.*—En el antiguo Derecho, y durante la época clásica, la institución de heredero debía hacerse en términos solemnes; de otra manera era nula. Los términos sancionados eran: *Titius heres esto* o *sit: Titium heredem esse jubeo* (Gayo, II, §§116 y 117). Estos son términos imperativos, por cuanto el testador debe hacer la ley de su herencia. Por otra parte, la institución de heredero debía ser colocada a la cabeza del testamento. Esto es lógico, porque las otras disposiciones, legados y fideicomisos, sólo son cargas impuestas al heredero; pero la consecuencia era rigurosa, y toda disposición escrita antes de la institución era nula (1). Sólo había excepción en favor de la desheredación (Ulpiano, L. 1, pr., D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5) y del *nombramiento de un tutor* por lo menos, según opinión de los Proculeyanos (Gayo, II, § 231).

En el Bajo Imperio desaparecieron estos principios. En el año 339, una constitución de los hijos de Constantino decidió que se pudiese instituir un heredero en cualquier término; por ejemplo: *Titium herede instituo* o *facio* o *volo* (L. 15, C., *de testam.*, VI, 23). En cuanto al lugar de la institución, bajo Justiniano no tuvo ninguna influencia sobre la validez del testamento (L. 24, C., *eod.*, 528.—C. F. I, § 34, *de legat.*, II, 20).

551.—II. *De la capacidad de ser instituído heredero.*—La institución de heredero sólo es válida si el instituído es capaz; esto es lo que los textos expresan diciendo que debe tener la *testamenti factio* con el testador, es decir, la aptitud legal para ser elegido por heredero (1).

Para tener esta capacidad, era necesario disfrutar del *commercium*, por tratarse de una adquisición regulada por el Derecho civil, de cuya adquisición estaban privados los peregrinos, los condenados que han perdido el derecho de ciudadanía y los manumitidos dediticios (Ulpia-

550. (1) Gayo, II, § 22: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*—§ 230: *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.*

551. (1) Ulpiano, XXII, § 1: *Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent.*—V. n.º 539, nota 1.

no, XXII, § 2). Hay que añadir también las siguientes personas, cuya incapacidad tenía motivos especiales:

1. Las *mujeres* no podían ser instituídas herederas por un ciudadano de la primera clase; es decir, que tenían una fortuna de cien mil ases al menos, comprobada sobre los registros del censo. Esta incapacidad resultaba de la ley *Voconia*, votada en 585, con el apoyo de Catón el Antiguo. Su finalidad era impedir la riqueza excesiva en las mujeres (2).

2. Eran también incapaces las *personas inciertas*. Estas son las que al testador le es imposible darse una idea clara y precisa de ellas, porque debe elegir un heredero entre aquellos cuyas cualidades pueden apreciar, y su voluntad debe de ser ilustrada (Ulpiano, XXII, § 4). Por eso no puede instituir: *aquel que marchase el primero en sus funerales; los que fueran nombrados cónsules después de la confección del testamento.*

Se consideraban también como personas inciertas:

a) Los hijos no nacidos aún en el momento de la confección del testamento, llamados *póstumos*. De esto resultaban graves consecuencias. El padre de familia que hacía su testamento estando su mujer en cinta no podía instituir al hijo de antemano, y el testamento quedaba roto por el nacimiento de este hijo, es decir, de un heredero suyo que no había podido ser instituído ni desheredado (Ulpiano, XXII § 18). El Derecho civil, para remediar este inconveniente, permitió en buena hora al jefe de familia instituir o desheredar los *póstumos suyos*, los que nacen del testador herederos suyos (Ulpiano, XXII, § 19) (3). La incapacidad subsiste en el Derecho civil para los *postumi alieni* o *postumos externos*, que no nacen herederos suyos del testador, y cuyo nacimiento, por consiguiente, no tiene influencia sobre la validez del testamento (Gayo, II, § 241). Pero el pretor confirmó su institución llamándolos a la sucesión pretoriana y ofreciéndolos la *bonorum possessio secundum tabulas*, I, pr., *de bon. possess.*, III, 9).

b) Las *personas morales*. Sin embargo, un senadoconsulto permite a los *municipios* ser instituídos herederos por sus manumitidos, y las Constituciones dieron la *testamenti factio* a ciertos dioses, es decir, a los colegios de los sacerdotes consagrados a su culto (Ulpiano, XVII, §§ 5 y 6).

Bajo Justiniano disminuyó en mucho el número de estos incapaces. Los manumitidos *dediticios* ya no existían; la ley *Voconia* cayó en desuso, y las personas inciertas podían ser instituídas válidamente (I, §§ 26 y 27, *de legat.*, II, 20). Pero fueron creadas algunas nuevas incapaci-

---

(2) Cf. Gayo, II, § 274. Aulo Gelio, *Nuits at.*, XVII, 6. Cicerón, *De senect.*, 5.

(3) Véase, para la *teoría de los póstumos*, el número 571, 1.

N. del T.—Se tiene testamentifacción con las municipalidades y otras corporaciones establecidas legalmente. Por Derecho antiguo no se podía instituir más que a los dioses o más bien a los templos designados a este efecto por un senaconsulto o una Constitución imperial (Ulpiano, XXII, 6, citado en el *texto*). Por el Derecho antijustinianeo, los *latinos junianos* que tenían el *jus commercii*, y que podían figurar como *emptores* en la mancipación, tenían capacidad para ser instituídos herederos; se tenía con ellos testamentifacción, pero ellos no tenían el *jus capiendi*, y para que se aprovecharan de la institución, era necesario que, después de hacerse el testamento y antes de la *adición de la herencia*, fueran ciudadanos (Gayo, I, 23, 24. Ulpiano, 22, 3). Y, en efecto, sin estar privadas ciertas personas de la testamentifacción, no tenían el derecho de *capere*, es decir, de aceptar las liberalidades del testador o de admitirlas enteramente. Tales eran los *coelibes* (celibatarios sin hijos) y los *orbi* (casados sin hijos), según las leyes Julia y Papia Popea. V. n.º 554.

N. del T.—Tampoco podían ser instituídos por su padre o madre los hijos incestuosos ni el cónyuge en segundas nupcias por el cónyuge que tiene hijos del primer matrimonio; éste *no puede* dar a aquél más que lo que dejó a cada uno de los hijos del primer matrimonio por partes iguales, ni puede dar a su segundo cónyuge parte mayor que la del hijo instituído en menor parte.

Igualmente los hijos naturales no pueden ser instituídos por su padre cuando éste *tiene hijos legítimos*.

dades, afectando a los apóstatas, los herejes y los hijos de los condenados por un crimen de lesa majestad.

552.—*De la institución de los esclavos.*—El esclavo no tiene ninguna capacidad en Derecho civil. Pero el interés del amo ha hecho admitir que el esclavo podía ser un instrumento de adquisición en beneficio suyo. Tenía entonces una capacidad prestada, la de su amo.

De esto resulta que no se podía instituir al esclavo sin amo, o con el amo del cual no se tenía la *testamenti factio;* y que, por el contrario, se podía elegir válidamente al esclavo de otro para heredero cuando se tenía la *testamenti factio* con el amo (1). Se puede también instituir al esclavo que forma parte de una herencia *jacente*, es decir, sin estar aún aceptada, con tal de que se tuviera la *testamenti factio* con el difunto, porque la herencia mantiene la persona del difunto, y el esclavo puede de esta manera pedir prestada la capacidad de su amo como si viviese todavía, en cuyo caso no hay por qué preocuparse de la persona del futuro heredero (Paulo, L. 52, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5). Un testador puede instituir de esta manera *su propio esclavo*, pero a condición de dejarle al mismo tiempo en libertad, de manera que este esclavo, en virtud del testamento, llega a hacerse manumitido ciudadano y capaz de recoger él mismo la sucesión. En este caso, por lo demás, él está impuesto, es un *heredero necesario* (V. n.º 587).

553.—*En qué época debe ser capaz el instituído.*—Para que la institución sea válida se exige en el instituído la *testamenti factio* en tres épocas diferentes.

a) *En el momento de la confección del testamento.* Esto es lógico, puesto que se empleaba el testamento *per aes et libram* en su primera forma: el *familiae emptor* participaba de la *mancipatio* y, por consiguiente, debía tener la capacidad necesaria. Más tarde también se justifica la solución, porque el testador puede muy bien morir en el momento de testar; y para evitar este peligro debe elegirse un heredero ya capaz en esta época.

b) *En el momento de la delación de la sucesión.* Este es el momento en que el derecho se abre en beneficio del heredero (V. n.º 590, I). La institución cae si en el momento en que debe producir efecto el instituído es incapaz.

c) *En el momento en que el instituído toma parte*, es decir, acepta o rehusa la sucesión que le es deferida.

Estas tres épocas dejan entre ellas dos intervalos. Entre la confección del testamento y la delación de la sucesión, la pérdida de la *testamenti factio* no daña al heredero, con tal de haberla recobrado en el momento de la delación. Pero, desde el momento de la delación, el derecho está abierto, y si el instituído pierde la *testamenti factio*, la institución hecha en su beneficio queda nula, ocurra lo que ocurra (I, § 4, *de hered. qualit.*, II, 19).

554.—*Del jus capiendi ex testamento.*—Había ciertas personas privadas del *jus capiendi*, y aunque tuviesen la *testamenti factio* y fuesen capaces de ser instituídas válidamente, no podían recoger, *capere*, la sucesión que les había sido dejada.

Esta incapacidad especial era propia a los latinos junianos según la

---

552. (1) Gayo, L. 31, pr., D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5. *Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est.*— Ulpiano, XXII, § 9.

N. del T.—La manumisión expresa o tácita es siempre necesaria para la validez de la institución, y siempre que sea imposible la manumisión no puede subsistir la institución. Por eso la mujer acusada de haber cometido adulterio con su esclavo no podía instituir heredero a éste durante el proceso, porque no podía manumitirle hasta la sentencia.

ley *Junia*, alcanzando también a los célibes, según la ley *Julia*, y a los *orbi*, o personas casadas sin tener hijo legítimo, según la ley *Papia Poppaea*, pero solamente por la mitad de la parte de sucesión que les era dejada (Ulpiano, XXI, 3, Gayo, II, §§ 111 y 286). El fin del legislador, al privar a estas personas del *jus capiendi*, era obligarles a adquirir la cualidad que les faltaba. Se hacían capaces de recibir la sucesión cuando habían obedecido a la ley dentro de un cierto plazo; el latino junia no si había adquirido el derecho de ciudad; el célibe, casándose; el *orbus*, si tenía algún hijo legítimo nacido, o al menos concebido. Este plazo era de *cien días*, después de la muerte del testador (Ulpiano, XVII, § 1), o si la institución era condicional, desde la realización de la condición. Cuando el incapaz no había adquirido en este plazo el *jus capiendi*, su institución quedaba nula, y no habiendo otros instituídos capaces, el testamento caía por entero (V. n.º 637).

En la época de Justiniano ya no hubo latinos junianos, quedando, por tanto, abrogadas las leyes caducarias, por lo que tampoco había cuestión respecto del *jus capiendi*.

555.– III. *Repartición de la herencia entre los instituídos.*—El testador puede instituir uno o varios herederos.

Habiendo instituído un *solo heredero*, este heredero tiene derecho a la totalidad de la sucesión, recogiéndola toda entera, no solamente si está instituído por el todo, sino también si él no está instituído más que por una parte. Es, en efecto, una regla ya citada que nadie puede morir parte testado y parte intestado. De manera que si hay un heredero testamentario, los herederos *ab intestato* no pueden concurrir con él, y recoge todo, sea cual fuere la parte asignada por el testador. Sólo había excepción en esto para el testamento de un militar (1).

Si el testador ha instituído varios herederos sin atribución de partes, la sucesión se divide entre ellos por partes iguales. En efecto, cada heredero tiene un derecho a todo, limitado por un derecho igual entre sus coherederos, y su concurso tiende a la partición: *concursu partes fiunt* (I, § 6, *de her. inst.*, II, 14).

Pero casi siempre el testador asigna una parte a cada heredero. He aquí cuál era el uso. La herencia está considerada como un todo, una unidad, y asimilada al *as*, la unidad por excelencia; de aquí la expresión ser instituído *ex asse*, por el todo. Las subdivisiones del *as* se llamaban onzas, *onces onciae*, y su división ordinaria era de 12 onzas.

El testador se servía de ordinario para repartir su sucesión entre los instituídos, dando a cada uno una o varias onzas, hasta la terminación del *as* (2).

---

555. (1) § 5, *de her. inst.*, II, 14: *Si unum tantum quis ex semisse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit; neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus, decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatus.*

(2) El testador podía también dar a la onza otro valor. Así, ha instituído a Ticio por dos onzas y a Mevio por cuatro, la onza vale un sexto del *as*. Si ha instituído a Ticio por diez onzas, a Mevio por ocho y a Sempronio sin asignación de parte, se supone que el *as* se divide en veinticuatro onzas, como si fuese doble *(dupondius)*, y se dan a Sempronio las seis onzas no distribuídas (I, §§ 5 y 8, *de hered.* Inst. II, 14).

N. del T.—El conjunto de muchos dozavos u onzas forma fracciones, a que se han dado nombres particulares, así:

2	onzas	o	$^{2}/_{12}$	forman	$^{1}/_{6}$	*sextans.*
3	»	o	$^{3}/_{12}$	»	$^{1}/_{4}$	*quadrans.*
4	»	o	$^{4}/_{12}$	»	$^{1}/_{3}$	*triens.*
6	»	o	$^{6}/_{12}$	»	$^{1}/_{2}$	*semis.*
8	»	o	$^{8}/_{12}$	»	$^{2}/_{3}$	*bes.*
9	»	o	$^{9}/_{12}$	»	$^{3}/_{4}$	*dodrans.*
10	»	o	$^{10}/_{12}$	»	$^{5}/_{6}$	*dextans.*
11	»	o	$^{11}/_{12}$	»	$^{11}/_{12}$	*deunx.*

Bes proviene de *bis triens: dodrans* se deriva de *quadrans*, contraído con el verbo *demo*,

556.—*De la institución «ex certa re».*—Podía ocurrir también que el testador, en lugar de atribuir al heredero la sucesión entera o una cuota-parte, le asignase un objeto particular. Esto suponía una grande incorrección, porque la herencia es un modo de adquirir *per universitatem:* el heredero debe recoger la totalidad o una cuota-parte de los bienes y de las deudas y no un objeto particular. Semejante institución era inadmisible, y por favor hacia el testamento, que hubiese caído de haberlo anulado, se sostenía, aunque borrando lo que tenía de incorrecto. De manera que si el testador ha elegido un solo heredero, le ha instituído *ex certa re: Titius heres esto ex fundo Corneliano.* No se tiene en cuenta la mención *ex fundo Corneliano,* y el heredero toma toda la sucesión como único instituído (1).

557.—IV. *Modalidades de la institución.*—Se trata aquí del *término* y de la *condición.* Ya sabemos en qué consisten estas dos modalidades (*Véanse núms.* 294 y 295); pero en materia testamentaria hay que distinguir el término *cierto* y el término *incierto, dies certus* y *dies incertus.* El *dies certus* es doblemente cierto por estar seguros de que llegará, y sabiendo en qué momento: por ejemplo, las calendas de enero. El *dies incertus* llegará seguramente, lo que le diferencia de la condición, pero la fecha es incierta. El único ejemplo que dan los textos es la muerte de una persona determinada. Pero se comprende que también hay otros: la demolición de un edificio, la disolución de una sociedad, etc., etc. (1).

558.—Esto ya expuesto, veamos si el término y la condición pueden ser insertados en una institución de heredero.

I. El heredero no puede ser instituído *ad diem* o *ad conditionem,* es decir, de manera que sólo pueda ser heredero a la llegada de un término o de una condición. Por ejemplo, el testador ha escrito: *Titius heres esto usque ad calendas illas,* o *donec Moevio consul fiat.* Estas modalidades no están admitidas, porque un ciudadano puede muy bien disponer de su herencia para el momento de la muerte; pero una vez hecho y habiendo instituído un heredero, y éste aceptado la sucesión, se produce un efecto que el testador ya no puede modificar. El heredero se hace continuador de la persona del difunto, como si el mismo viviera: *semel heres, semper heres* (1). Siendo, ante todo, la voluntad presunta del testador tener un heredero, no puede anularse la institución hecha de esta manera, y se la trata como *pura* y *simple,* borrándose la modalidad (I, 9, *ht.,* II, 14).

II En sentido inverso: ¿Puede el testador instituir un heredero de manera que la institución no produzca efecto más que en una época determinada o si esta condición se realiza? Es necesario hacer una distinción:

---

que quiere decir *cercenar: dodrans* significa, pues, la unidad menos un *cuarto* o *cuarta parte. Dextans* se forma de *sextans,* contraído con *demo,* y significa la unidad menos un *sexto* o sexta parte; *deunx* quiere decir igualmente la unidad *menos un dozavo;* en cuanto a las fracciones de cinco o de siete dozavos u onzas, se expresan por sus nombres numéricos, salvo una ligera contracción, *quinc-unx* y *sept-unx.*

556. (1) Ulpiano, L. 1, § 4, D., *de her. inst.,* XXVIII, 5: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus valet institutio detracta fundi mentione.* Se puede consultar, para el caso en que el testador ha instituído uno o varios herederos *ex certa re,* Ulpiano, L. 35, pr. y § 1, D., *eod.* Y para la hipótesis más delicada, en que ha instituído un heredero *ex certa re* y otros regularmente, la decisión de Justiniano en la L. 13, C., *de hered. instit.,* VI, 24.

557. (1) Algunos textos dan también la calificación de *dies incertus* a una condición formulada con la conjunción *cum,* en lugar de *si: cum pubes erit, cum magistratum inierit, cum aliquid fecerit* (L. 21, pr. y L. 22, pr., D., *quando dies legat.,* XXXVI, 2). Aunque, al parecer, están escondidas bajo la apariencia de un término estas condiciones, por eso no dejan de producir sus efectos ordinarios. La verdadera noción del *dies incertus* fué dada por Pomponio en la L. 1, § 2, D., *de condit.,* XXXV, 1: *Dies autem incertus est cum ita scribitur; heres meus cum morietur decem dato; nam diem incertum mors habet ejus.*

558. (1) Este adagio está sacado de los textos que suministran el principio, si no los mismos términos. Cf. Gayo, L. 88, D., *in fine, de hered. instit.,* XXVIII, 5.

a) Tratándose de un *término cierto*, no está admitido. El testador ha dicho: *Titius heres esto post quinquiennium quam moriar*. Es una institución *ex die;* aquí también se borra la modalidad, y el heredero está considerado como instituído pura y simplemente (2).

b) Tratándose de una *condición*, está admitido. El testador ha escrito: *Titius heres esto si navis ex Asia venerit*. El heredero está instituído *sub conditione*, y la institución es válida (3).

He aquí cómo se puede explicar esta diferencia entre el término cierto y la condición. La institución *ex die* crearía una situación enojosa para los acreedores de la sucesión, porque no podrían cobrar antes de la llegada del término, y también la crearía en el punto de vista de las *sacra privata* del difunto, porque serían interrumpidas. Por otra parte, el testador no podía tener un interés serio en retrasar la adquisición de la herencia en beneficio de un heredero cuya elección tiene fijada. De manera que se suprime el término. Ocurre lo contrario si la institución está hecha *sub conditione*, porque entonces el testador ha podido tener convincentes razones para subordinar a tal acontecimiento la institución del heredero designado. Borrar la condición equivaldría a violar su intención; de manera que se sostiene, mucho más cuando la incertidumbre de un acontecimiento que puede ocurrir a cada momento atenúa los inconvenientes de la herencia yacente para los acreedores y para las *sacra privata* (4). Aunque la institución puede ser condicional, esto no quiere decir que sean válidas todas las clases de condiciones. No se admite la condición *imposible, si caelum digito tetigerit*, ni la condición *ilícita, si homicidium fecerit*. Desde luego, se las tiene por *no escritas*, en favor a la institución de heredero (5).

c) Tratándose de un *término incierto*, se considera como una condición (6). La institución subordinada a la muerte de un tercero, *Titius heres esto cum Maevius morietur*, es válida como si fuese condicional; es lo mismo que si el testador hubiese dicho: *que Ticio sea mi heredero, si vive todavía cuando muera Mevio*. Esta es la manera de explicar Papiniano la solución en materia de legados (L. 79, § 1, D., *de condit.*, XXXV, 1). Es poco satisfactoria, porque podría interpretarse de esta manera toda institución a un término cierto; pero los textos no dan más explicaciones. Si el testador ha confirmado la muerte del heredero, *Titius heres esto cum morietur*, entonces no puede haber condición, porque es inadmisible que el instituído no adquiera la sucesión más que a su muerte. La modalidad es, por tanto, tratada como un término ordinario: se la borra, y la institución es pura y simple (7).

(2) I, § 9, *ht.* ... *Diem adfectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse ac si pure heres institutus fuisset.*

(3) I, § 9, *ht.*: *Heres pure et sub conditione institui potest*... Había excepción para el hijo heredero suyo (V. n.° 544).

(4) Mientras llega la de la condición, los herederos *ab intestato* no tienen ningún derecho a la sucesión, por la misma razón de esperarse que haya un heredero testamentario. Este principio está expuesto por Paulo en la L. 80, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Quamdiu possit valere testamentum, legitimus non admittitur.*

(5) I, 10, *ht.* Paulo, S., III, 4, b) 2. Por excepción anulan la institución de heredero las condiciones que contienen un ataque a la libertad del testador, o que hacen depender la institución de la voluntad de un tercero.—Cf. L. 32, pr., D., *de her. inst.*, XXVIII, 5, L. 68; L. 70 y L. 71, pr., *eod.* L. 64, D., *de legat.*, 1.°, XXX.

(6) Papiniano, L. 75, D., *de condit.*, XXXV, 1: *Dies incertus conditionem in testamento facit.*

(7) Diocleciano, L. 3., C., *de hered. inst.*, VI, 24: *Extraneum etiam cum morietur heredem scribi placuit.*—Año 293.

V.—De las sustituciones.

559.—Las *sustituciones* son instituciones de segundo orden, subordinadas a una condición de una naturaleza especial. Las había de tres clases: la sustitución *vulgar*, la sustitución *pupilar* y la sustitución *cuasi-pupilar* o *ejemplar*.

560.—I. *De la sustitución vulgar* (I, *de vulgari substitutione*, II, 15).—Después de instituído un heredero, el testador puede instituir otro, que es el llamado a recoger la herencia, si el primero no le sucede. En este caso se dice que el segundo es *sustituído* al primero, y esta institución de segundo orden es llamada una sustitución vulgar. Veamos un ejemplo: *Titius heres esto; Si Titius heres non erit, Maevius heres esto.*

Fácilmente se comprende la utilidad de la sustitución vulgar, puesto que por ella el testador tiene probabilidad de no morir intestado. Por eso desde su origen fué muy usada en Roma, haciéndose aún más frecuente desde las leyes caducarias, porque en esto encontraba el testador un remedio contra las numerosas causas de caducidad, con las cuales estas leyes dañaban a las instituciones de herederos. Pero las ha sobrevivido, usándose todavía en nuestro Derecho actual (Cf. art. 898, C. C.).

El testador, con objeto de aprovecharse de todas las ventajas que procuraba la sustitución, hacía con frecuencia varios grados de sustitución. Por ejemplo: *Titius heres esto: Si Titius heres non erit, Maevius heres esto; si Maevius heres non erit, Sempronius heres esto...*, y así sucesivamente. Podía también sustituir uno solo a varios, o varios a uno solo (I, pr., y 1, *ht.*). A pesar de esta precaución, corría aún el riesgo de morir intestado, si la sucesión no era buena; porque todos los sustituídos podían rehusar uno después de otro. Por eso hacían figurar alguna vez entre ellos a su propio esclavo, a quien instituían manumitiéndole, para hacerle un heredero *necesario* (I, pr., *in fine, ht.*). Esto se hacía como último recurso. Como la ley *Aelia Sentia* no hacía válida la manumisión del esclavo, instituída en fraude de los acreedores, no habiendo otros herederos, el esclavo, en cualquier grado que fuese instituído, sólo era llamado en último lugar (Paulo, L. 57, D., *de hered. ins.*, XXVIII, 5).

561.—*Caracteres y efectos de la sustitución vulgar.*—La sustitución vulgar, no siendo más que una institución de segundo orden, debe ser hecha según todas las reglas de la institución de heredero.

Pero esta institución está sometida a una *condición* especial, que es: la ineficacia de la institución hecha en primera línea y, por consecuencia, o el heredero instituído en primer lugar recoge la sucesión, y la sustitución se desvanece, es decir, queda sin efecto, o este heredero no adquiere la sucesión por rehusarla, porque es incapaz, o premuerto, y la sustitución se abre: la sucesión entonces se defiere al sustituído (1).

---

559. N. del T.—Se define comúnmente la sustitución en general como la institución de un segundo o ulteriores herederos en lugar del primer instituído para el caso de que éste, por una razón cualquiera, no acepte o no pueda aceptar la herencia o no llegue a transmitirla por testamento. Pero esta definición exacta respecto de los sustitutos vulgares estiman algunos que no lo es respecto de los sustitutos pupilares, y por ello afirman que la sustitución en general es una institución de heredero en grado inferior subordinada a otra institución de que depende.

561. (1) Excepcionalmente, el sustituído en ciertos casos era llamado para concurrir con el instituído. Las *Instituciones* de Justiniano (§ 4, *ht.*) refieren una decisión de este género que tomó Tiberio en un debate donde el instituído era su propio esclavo Partenio. También son citados otros ejemplos por Scaevola (L. 48, pr., D., *de vulg. et pupil subst.*, XXVIII, 6) y por Gayo (II, §§ 177 y 178).

N. del T.—No podía concurrir el sustituto con el instituído. Cuando el instituído acepta la herencia es nula la sustitución, puesto que no se realiza la condición de que dependía. Sin embargo, el emperador Tiberio decidió que cuando hubiera instituído el testador a un esclavo a quien creía libre y se hubiera nombrado un sustituto, éste sería admitido a con-

Desde entonces queda libre de aceptarla o de rehusarla, a menos que sea heredero necesario. Si adquiere la sucesión, asume las cargas impuestas al heredero, cuando el testador no le haya dispensado expresamente (Ulpiano, L. 74, D., *de legat.*, 1.º, XXX).

562.—*De la sustitución mutua.*—La sustitución vulgar se llamaba también *mutua* o *recíproca* cuando el testador, después de haber instituído varios herederos en primera línea, los sustituía entre ellos (1). Si alguno faltaba, los otros eran los llamados a recoger su parte, en la proporción de sus partes hereditarias, a menos que el testamento indicase otra repartición (I, 2, *hl.*). El heredero que recoge la parte del que faltaba la adquiere *cum onere*, con todas las cargas de que esté gravada, puesto que es un llamamiento nuevo y acepta todas sus consecuencias (2).

563.—II. *De la sustitución pupilar.* (I, *de pupillari substitutione*, II, 16).—Se llama *sustitución pupilar* la disposición testamentaria por la cual el jefe de familia designa un heredero al hijo impúbero colocado directamente bajo su potestad para el caso en que, después de su muerte, este hijo muriese asimismo *sui juris e impúbero*, es decir, *pupilo*, sin haber podido testar, garantizándole de esta manera el peligro de morir sin heredero.

Le daba uno de su elección, que le inspiraba más confianza que el heredero *ab intestato*. Esta institución procede de la costumbre, y su origen parece ser muy antiguo. Es un uso que deroga los principios naturales de la sucesión testamentaria, puesto que autoriza a una persona a sustituir su voluntad por la de otra y a disponer de una herencia que no es suya. Lo que justifica esta práctica es que, primitivamente, el jefe de familia debía instituir al hijo del cual hacía la sustitución pupilar, y en esta sustitución sólo podía disponer de los bienes que le dejaba. En resumen, regulaba admirablemente la devolución del propio patrimonio. Esta regla existía aún en tiempo de Cicerón (*De invent. rhet.*, II, 21).

Pero la institución se extendió bien pronto, y por efecto de la potestad paterna tomó un carácter absoluto. El jefe de familia, quien sólo tenía el derecho de hacer la sustitución pupilar a los hijos impúberos colocados directamente bajo su potestad, pudo disponer, bajo el Imperio, de todo el patrimonio que el hijo dejase a su fallecimiento, aunque fuesen bienes habidos fuera de la sucesión paterna. Podía aún hacer la sustitución para el hijo que había desheredado (Gayo, II, § 182) (1).

Frecuentemente la sustitución pupilar era acompañada de una

---

currir con el esclavo instituído. *In partem admittitur*, es decir, en una mitad, según la opinión de los mejores intérpretes. Tiberio quiso cortar la dificultad que se suscitaba sobre la cuestión de si, en el caso mencionado, la condición *(si heres non erit)* a que estaba subordinada la sustitución se cumple cuando el esclavo sólo es heredero para su dueño.

562. (1) El testador ha instituído a Ticio y Mevio; ha sustituído Ticio a Mevio, y Sempronio a Ticio. Sempronio ¿es implícitamente sustituído a Mevio? Sí, según una opinión confirmada por un rescripto de Severo y Caracalla: Juliano, L. 27, D., *de vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6. L., § 3, *hl.* Los comentaristas han sacado de ello la máxima: *substitutus substituto censetur substitutus instituto.* He aquí el principal interés de esta decisión: si a la apertura de la sucesión Ticio es premuerto y si Mevio rehusa, Sempronio puede tomar la herencia como sustituído a Mevio; sin esta interpretación no tendría derecho a nada.

(2) Ver, para las diferencias entre la sustitución mutua y el aumento, o derecho de acrecer, el número 605, nota 3

563. (1) En nuestro Derecho, la sustitución pupilar no existe, por estar implícitamente prohibida por el artículo 895, C. C.

N. del T.—La fórmula de la sustitución pupilar combinada con la vulgar es: *Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto* (pr. Inst., *de pup. subst.*, II, 16). El sustituto pupilar de un impúber que a su vez sea sustituto de otro, no por esto resulta sustituto de éste (Scaevola, fr., 47, *de vulg. subst.*, XXVIII, 6).

sustitución vulgar: *substitutio duplex* (Modestino, L. 1, § 1, D., *de vulg. et pupil. subst.*, XXVIII, 6). El testador, después de instituído su hijo, le nombraba un sustituto vulgar, y designaba en seguida la misma persona como sustituto pupilar. Se terminó por decidir que en presencia de una de estas dos instituciones la otra sería supuesta; y esta solución, ya admitida en tiempo de Cicerón (Quintiliano, *Inst. orat.*, VII, 6, 9, 10), se hizo fija bajo Marco Aurelio (L. 4, pr., D., *eod.*).

564.—*Caracteres y efectos de la sustitución pupilar.*—Ya hemos visto cómo la sustitución vulgar es una institución condicional, y de qué manera como institución está sometida a las formas ordinarias de los testamentos. El padre de familia puede hacerla con su testamento, y en la misma forma, o, más tarde, en formas diferentes. En el fondo, se consideraba en la época clásica que no había más que un *testamento* poniendo en juego *dos herencias* (1), la del padre y la del hijo, que no es más que una *dependencia* o un *accesorio*. De esto resultan las consecuencias siguientes:

a) El padre de familia no puede hacer la sustitución pupilar sin testar, y si su testamento es nulo, cae la sustitución (2). Pero, en sentido inverso, la nulidad de la sustitución no arrastra la caída del testamento paterno.

b) El padre puede designar como sustitutos pupilares, es decir, como herederos del hijo, a los que válidamente puede escoger para sí mismo como herederos, aunque el hijo no pudiese instituirlos (Ulpiano, L. 10, § 1, D,, *de vulg. et pupil. subst.*, XXVIII, 6).

La institución del sustituto pupilar está subordinada a esta condición: si el hijo hecho *sui juris* muere antes de haber alcanzado la pubertad. Cuando esta condición se realiza, la sucesión se abre en beneficio del sustituto. Es libre de hacer adición o de repudiar, al menos que sea heredero necesario. Sin embargo, Justiniano, siguiendo el ejemplo de Neratio y de otros jurisconsultos, decidió que si el sustituto pupilar era heredero del padre por el todo o alguna parte, no podía recoger en las dos sucesiones partes diferentes (L. 20, C., *de jur. delib.*, VI, 30).

565.—*Caducidad de la sustitución pupilar.*—Todas las causas que hacen nulo el testamento del padre llevan la caducidad de la sustitución pupilar, que no es más que un accesorio de la institución, aunque hay también causas de nulidad que le son propias. Puede caer: a) Si el hijo ha llegado a la pubertad; puede entonces, desde luego, testar el mismo (I, § 8, *ht.*); b) Si muere o se ha hecho cautivo antes de la muerte del jefe de familia (L. 28, D., *ht.*); c) Si, hecho *alieni juris*, se da en adrogación, pues ya es sabido que siendo *alieni juris* no puede dejar testamento. Sin embargo, la sustitución pupilar produce entonces cierto efecto: el adrogante debe prometer al heredero presunto devolverle los bienes del adrogado muerto antes de la pubertad, y esta promesa beneficia al sustituto (L. 40, D., *ht.*).

566.—*Privilegios de los militares.*—El soldado también tenía privilegios en esta materia: a) Podía hacer la sustitución pupilar, aun a un hijo emancipado (L. 15, D., *ht.*); b) Podía también hacerla sin testar él mismo (L. 2, 1, D., *ht.*).—L. 41, § 5, D., *de test. milit.*, XXIX, 1).

567.—III. *De la sustitución cuasi-pupilar* (L. § 1, *de pupillari*

---

564. (1) Ulpiano, L. 2, § 4, D., *de vulg. et pupil. subst.*, XXVIII, 6: ... *Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates...* Gayo, § 180.

(2) I, § 5, *ht. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi facial; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat nec filii quidem valebit.*

567. N. del T.—Existen entre la sustitución pupilar y la ejemplar las diferencias siguientes: La sustitución ejemplar puede hacerse no solamente por el padre de familia, sino por todo ascendiente, sea paterno o materno. En la sustitución ejemplar hay obliga-

substitutione, II, 16).—Justiniano dedicó para los locos una institución análoga a la que el Derecho antiguo había admitido para los impúberos. Decidió también que un descendiente paterno o materno podía, después de haber testado, hacer el testamento de su descendiente en estado de locura, a condición de dejarle, por lo menos, la cuarta legítima. Cuando el loco tenía hijos o hermanos, o hermanas, el sustituto debía ser elegido primero entre los hijos, y a falta de éstos, entre los hermanos y hermanas. No habiéndolos, el ascendiente quedaba libre de designar a quien mejor le pareciese. El sustituto era el llamado para recoger la sucesión del loco muerto sin haber recobrado la razón y, por tanto, sin haber podido testar. Si cesa la locura, la sustitución se desvanece (I, § 1, *ht.*).—L. 9, C., *de impub.*, VII, 26, año 528).

Esta sustitución, que imita la sustitución pupilar, es llamada *cuasi-pupilar* o *ejemplar (ad exemplum pupillaris)*. En la época clásica, el príncipe concedía este derecho, como un favor, al ascendiente de un mudo o de un loco (L. 43, pr., D., *de vulg. et pupil. subst.*, XXIX, 6). Justiniano hizo de esto el derecho común para el loco.

VI. — De la nulidad y de la invalidación de los testamentos.

(I, *Quibus modis testamenta infirmantur*, II, 17.)

568.—Las causas que impiden a un testamento producir su efecto se dividen en dos clases: las que le hacen nulo, *ab initio*, y las que hacen que, válido en el momento de su confección, le invalidan después, *infirmatur*.

a) *Causas de nulidad «ab initio».*

569. Estas causas vician el testamento en el mismo momento que se hace. De manera que, suceda lo que suceda, queda nulo, porque el acto nulo, *ab initio*, no puede volver a ser válido (1). Esto ocurre cuando falta al testamento una condición esencial para su validez, es decir, en los casos siguientes, ya estudiados, y que nos limitaremos a recordar aquí:

1. No habiendo sido hecho el testamento según las formas legales, se dice que es *injustum* o *non jure factum* (V. n.° 537).
2. El testador no tenía el derecho de testar, o, del mismo modo, si teniendo el derecho, no tenía el ejercicio en el momento en que testó (V. n.° 539).
3. El instituído no tenía la *testamenti factio* en el momento de la confección del testamento (V. n.° 553).
4. El testador ha omitido un heredero suyo que existía en el momento de testar. Entonces el testamento es nulo, *ab initio*, según la opinión sabiniana que ha prevalecido (V. n.° 543, 1).

---

ción de elegir el sustituto entre un número de personas *(certas personas)*, es decir, entre los hijos del demente, y si no los tiene, entre sus hermanos, no siendo la elección enteramente libre, sino cuando el loco no tiene hijos ni hermanos, mientras que en la sustitución pupilar la elección del testador es siempre libre.

Designase a veces también, como diferencia, la imposibilidad en que se halla el testador de sustituir ejemplarmente a aquel a quien hubiera desheredado; pero creemos que leyendo la constitución de Justiniano (L. 9, c., *de imp. et subst.)* se puede adquirir la convicción de que el emperador no impone una condición particular a la sustitución ejemplar, sino que invita solamente al testador a dejar la legítima a aquel a quien nombra un sustituto, como a todos los hijos, a fin de evitar la queja que los hijos puedan entablar contra todo testamento inoficioso para que se anule, porque la sustitución ejemplar, así como la pupilar, se halla subordinada a la validez del testamento del que la hizo.

569. (1) Paulo, L. 29, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

b) *Causas de invalidación.*

570.—Un testamento no es válido cuando, después de haber sido hecho válidamente, resulta ineficaz por alguna causa posterior a su confección. Los textos emplean diversas expresiones para indicar que el testamento está anulado: *ruptum, irritum, destitutum.* Cada una se refiere de ordinario a causas especiales, y aunque esta terminología no tenga nada de absoluta, daremos a cada palabra su propia significación (I, § 5, *hi.*, II, 17).

571.—*Del testamento «ruptum».*—Un testamento podía ser *ruptum* por dos causas: 1.ª La agnación de un heredero suyo, y 2.ª La confección de otro testamento.

1.ª *Agnación de un heredero suyo.*—Ya sabemos que el jefe de familia que al testar tiene un hijo heredero suyo debe instituirle o desheredarle; porque de otra manera el testamento sería nulo, *ab initio.* Por una aplicación más severa del mismo principio, si después de hecho el testamento sobreviene al testador un heredero suyo, de cualquier sexo que fuere, el testamento que era válido es ineficaz o inválido: queda *ruptum* (I, § 1, *de exher. liber.*, II, 13). La supervivencia de un heredero suyo se llama *adgnatio* (1), y podía producirse en muchos casos. He aquí los principales: a) Si después de la confección del testamento le nace al testador un hijo legítimo; b) El testador tiene bajo su potestad al hijo y al nieto; una vez hecho el testamento, el hijo sale de la familia, y el nieto se hace heredero suyo del testador; c) El testador adopta un hijo después de haber testado.

En todos estos casos y otros análogos, el testamento era *ruptum.* De manera que era en vano que el testador hubiese instituído o desheredado de antemano a quien más tarde podía ser causa de la ruptura del testamento, puesto que el padre de familia no podía determinar sobre su suerte, como heredero suyo, en una época en que aún no lo era (Gayo, II, § 140).

Estas rigurosas soluciones se modificaron en parte por la costumbre y por la ley, según consta en las tres hipótesis ya citadas.

a) Después de la confección del testamento, le nace al testador un hijo legítimo viable. Este hijo es un *póstumo* (2), y en este caso nace heredero suyo; es un *póstumo suyo.* El testamento válido *ab initio* se rompe por el nacimiento de este póstumo (Gayo, II, § 131).

Los jurisconsultos, órganos de la costumbre, sólo se ocuparon de esta ruptura en el caso más enojoso para el testador: cuando el póstumo nacía *después de su muerte,* siéndole, por tanto, imposible rehacer su testamento. Admiraba también que el testador pudiese de antemano instituir o desheredar al póstumo suyo que naciera de su mujer dentro de los diez meses después de su fallecimiento. Esto fué una excepción a la regla de que no se podía instituir personas inciertas. Los hijos varones debían ser instituídos o desheredados nominativamente; en

---

571. (1) En su propio sentido, esta palabra significa *nacimiento de un heredero suyo (ad nasci).* Se extendió para designar en todos los casos en que una persona entra en la familia civil del testador con la cualidad de heredero suyo.

(2) La palabra *postumus,* en el sentido etimológico *(posterus, posterior, postumus),* significa *nacido después.* Ulpiano, en la L. 3, § 3, D., *de injust. rupt.*, XXVIII, 3, emplea también *posterior* en lugar de *postumus.* Los romanos designaban a veces por *postumus* al hijo nacido después de la muerte del padre (Varrón, *de ling. lat.*, IX, 60, 61. Festo, Véase *Postumus.* Plauto, *Aulul. act.*, II, sc. 4, v. 161); de donde ha venido nuestra mala ortografía *posthume (post humum).* Pero en nuestra materia, los jurisconsultos han conservado a la palabra su sentido general, y se comprende por postumus al hijo nacido después de la confección del testamento del jefe de familia, lo mismo si el testador ha muerto o está vivo.

cuanto a las hijas, la desheredación *inter ceteros* bastaba, a condición de dejarlas un legado, para demostrar que se había pensado en ellas (I, § 1, *de exher. liber.*, II, 13).

El mismo peligro podía presentarse en casos análogos, pero aún más complicados (3). Para esto se aplicó el mismo remedio. Desde entonces el jefe de familia encontró un medio de impedir que su testamento fuese roto después de su muerte por el nacimiento de un póstumo suyo, esto es, de instituirle o desheredarle de antemano. La ruptura sólo se producía si había *omitido* un póstumo suyo nacido viable.

En el año 28 de nuestra era aportó otra mejora la ley *Junia Velleia;* esta ley se ocupa del caso en que el hijo nacía después de la confección del testamento, pero *viviendo el testador*. Permite al padre de familia desheredar o instituir antes, aunque sea a una persona incierta. Una vez hecho, ya no está obligado a hacer de nuevo su testamento, que sólo será *ruptum* si el póstumo suyo ha sido omitido (4).

b) Un jefe de familia testa teniendo bajo su potestad a su hijo y a su nieto. Sólo el hijo es heredero suyo; pero si saliera de la familia civil por muerte o por emancipación, se haría el nieto heredero suyo y el testamento será *ruptum*, aunque el jefe de familia lo haya instituído, porque él no puede instituirle como heredero suyo.

La ley *Junia Velleia* remedió también este inconveniente. Sin duda aquí no se trata de un verdadero póstumo, puesto que el nieto ha nacido después de la confección del testamento; pero adquiere, por consecuencia, una calidad que no tenía: la de heredero suyo; entonces está *loco postumi*. La ley no tenía por qué permitir al testador instituirle, puesto que no era una persona incierta. Unicamente decidió que la institución o la desheredación de este hijo, hecha antes, impediría la ruptura del testamento el día que llegara a ser heredero suyo (5).

c) Un testador adopta un hijo después de haber testado. Este hecho es de otro orden, resultado tan sólo de la voluntad del testador. Por eso el Derecho tampoco viene en su ayuda. El testamento está roto, y este resultado no puede estar prevenido ni por la institución ni por la desheredación anticipada del heredero suyo; y puesto que el testador ha querido darse un heredero suyo, debe hacer de nuevo su testamento (6).

2.° *Confección de un nuevo testamento.*—El testador es libre de modificar hasta su muerte las disposiciones testamentarias (7), y cada vez que testa dispone de su herencia toda entera. Cada testamento es una obra completa, y anula el precedente, de lo cual resulta que un ciudadano no puede dejar varios testamentos: el último es el único válido (8).

Por tanto, el testamento queda roto, por la confección de otro nuevo testamento, siendo suficiente que este testamento sea válido *ab initio*, pues no es necesario que produzca su efecto (Gayo, II, § 144).

---

(3) Véase, ante todo, la hipótesis prevista por el jurisconsulto Aquilio Galo en la L. 29, pr., D., *de liber. et post.*, XXVIII, 2.

(4) Un texto de las reglas de Ulpiano (XXII, § 19) resume perfectamente esta doble reforma de la costumbre y de la ley Junia Velleia: *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili: si vero viventibus nobis, ex lege Junia.*

(5) Scaevola, L. 29, § 15, D., *de liber. et post.*, XXVIII, 2: *Posteriore capite non permittit institui sed vetat rumpi.*—I, § 2, *de exher. liber.*, II, 13.

(6) Este es todavía el caso en que la mujer cae bajo la *manus* del testador después de la confección del testamento.—V., sin embargo, para la adopción, Papiniano, L. 23, § 1, D., *de liber. et post.*, XXVIII, 2, y para la *erroris causae probatio*, Gayo, II, §§ 142 y 143.

(7) Ulpiano, L. 4, D., *de adim. vel. transf. leg.*, XXXIV, 4: .... *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

(8) Esta regla no impide que un ciudadano pueda dejar varios ejemplares de un mismo testamento, para mayor seguridad de que no sea destruído (I, § 13, *de test. ordin.*, II, 10).

Este procedimiento de revocación es el único admitido en Derecho civil. Un acto en que el testador se limitaba a revocar su testamento era nulo (I, § 7, *ht.)*. Por la misma razón el testador no podía revocar su testamento rompiendo los sellos, borrando las disposiciones o destruyéndolas; porque con esto sólo se conseguía que la prueba de sus últimas voluntades se hiciese más difícil (9). Pero en este caso, y no habiendo otro testamento, el pretor concede la *bonorum possessio ab intestato* a los herederos legítimos; o habiendo otro testamento más antiguo, concede la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos que están instituídos (Ulpiano, L. 1, § 8, D., *si tab. test. nul.*, XXVIII, 6.—Gayo, II, § 151, a).

Más tarde, una constitución de Severo y Antonino sanciona otro progreso. Cuando un ciudadano ha instituído en un segundo testamento un heredero por parte, o aun *ex certa re*, declarando que quería sostener el primero para el resto, este primer testamento, que está roto, vale como fideicomiso. Para dar efecto a la voluntad del testador, el heredero instituído en el último testamento sólo guarda lo que le ha sido dejado, y debe restituir el resto de la sucesión al instituído del primer testamento (Marciano, L. 29, D., *ad S. C. Trebel.*, XXVIII, I).

En el Bajo Imperio, y en virtud de una constitución de Teodosio y de Honorio del año 418, los testamentos se revocan de pleno derecho diez años después de su confección (L. 6, C., *th., de testam.*, IV, 4). Justiniano abrogó esta disposición decidiendo que el testamento pudiese ser revocado por sencilla declaración hecha en un acto público o delante de tres testigos, con tal de que se pasaran diez años entre esta revocación y la apertura de la sucesión (L. 27, C., *de testam.*, VI, 23, año 530).

572.—II. *Del testamento «irritum».*—Según las reglas del Derecho civil, el testador debe tener la *testamenti factio* no solamente cuando testa, sino también en el momento de su muerte, porque es entonces cuando el testamento produce su efecto. Además, debe haberla conservado sin interrupción durante todo el tiempo intermedio. De manera que si un ciudadano ha testado siendo capaz, y en seguida ha sufrido una *capitis deminutio*, su testamento será nulo, *irritum* (Gayo, II, § 145). Aunque recobrase la *testamenti factio* antes de morir, su testamento no queda menos *irritum*, por ser obra de una personalidad civil extinguida por la *capitis deminutio*. Pero, así y todo, puede testar de nuevo válidamente.

Hay que señalar aquí un privilegio de los militares. Un militar ha testado y estando todavía en el servicio ha sufrido una *capitis deminutio minima;* el testamento es *irritum*. Pero si no hace otro y manifiesta su voluntad de mantenerle, este testamento revive *ex nova militis voluntate*, puesto que no se exige ninguna formalidad para el testamento de un militar (I, § 5, *de milit. testam.*, II, 11).

573.—*Derecho pretoriano.*—En caso de testamento *irritum*, el pretor

(9) Esta solución resulta de una manera cierta de un texto de Gayo (II, 151), según fué leído por Studemund: ... *Apparet... non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo ut si linum ejus inciderit nihilominus jure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti nihilominus* (non) *desinunt valere (quae) ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

N. del T.—Obsérvese que la ruptura de un testamento por introducirse en la familia un hijo adoptivo no puede prevenirse por una desheredación, a menos que el adoptado sea un hijo anteriormente emancipado, que, en vez de entrar en una nueva familia, entra en su familia primitiva (L. 25, ff. lib. et posth.); pero puede prevenirse por una institución, porque si no se puede quitar a un extraño el título de heredero que no tiene, se le puede conferir por testamento.

N. del T.—La simple revocación sólo tiene efecto cuando se hace ante tres testigos o ante el Tribunal, y cuando han transcurrido diez años desde la redacción del testamento.

573. N. del T.—Este es uno de los casos en los cuales la *bonorum possessio* es necesaria aun en el Derecho novísimo; pero la *bonorum possessio* era regularmente *sine re*, excep-

admite una teoría más amplia que la del Derecho civil, exigiendo que el testador tenga la *testamenti factio* en el momento de la confección del testamento y en el fallecimiento, pero no que la conserve en el intervalo de este tiempo, con tal de haberla recobrado antes de morir. De manera que si un ciudadano ha testado válidamente y después ha sufrido una *capitis deminutio*, vuelve a ser, antes de morir, libre y *sui juris;* el pretor da efecto al testamento estando hecho regularmente, según el Derecho pretoriano. El heredero instituído en este testamento obtiene la sucesión pretoriana, la *bonorum possessio secundum tabulas* (Gayo, II, § 147), aunque no se le concede *cum re* nada más que no habiendo heredero civil que pueda quitarle la herencia (Gayo, II, § 149). Esto mismo ocurría en la época de Ulpiano (XXIII, § 6).

574.—III. *Del testamento «destitutum».*—El testamento queda sin efecto si el heredero instituído no puede o no quiere aceptarlo; entonces es *destitutum* o *desertum*. Esto es lo que ocurre cuando muere el heredero antes que el testador, o ha perdido la *testamenti factio*, o bien rehusa la sucesión que le es deferida.

Cuando hay varios herederos instituídos, el testamento sólo será *destitutum* cuando alguno de ellos no recoja la sucesión. Si uno o algunos de ellos faltan, se benefician los otros, según las reglas del acrecentamiento o de la sustitución vulgar (Véanse núms. 605 y 560).

VII.—Del testamento inoficioso.

(I, *de inofficioso testamento*, II, 18.)

575.—Un testamento válido puede también ser invalidado por una causa especial; esto ocurre cuando se le declara *inofficiosum*.

Ya hemos visto cómo, en virtud de la ley de las XII tablas, el jefe de familia es libre de disponer de sus bienes en su testamento, de la manera que mejor le plazca, *uti legassit... ita jus esto*. La teoría de la desheredación sólo se le impone más tarde para los descendientes que tenga bajo su potestad directa, quedando también dueño, si quiere, de desheredarlos sin motivo. Pero hacia el fin de la República, habiéndose suavizado las costumbres, vino a prevalecer una nueva idea, y era que el testador tenía deberes que cumplir cerca de sus parientes más próximos: descendientes y ascendientes, y aun hermanos y hermanas. Debe dejarlos una parte de su fortuna, por un deber de afección, *officium pietatis*, y habiéndole desconocido, pueden atacar su testamento como *inofficiosum (contra officium pietatis factum)*, hacerle anular, y la sucesión se abre *ab intestato* (Paulo, S., IV, 5, § 1). La acción que ejercitan para llegar a este resultado se llama *querella inofficiosi testamenti*. El pretexto para la anulación del testamento es que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo. Esto es un pretexto y no una realidad, puesto que el testamento de un loco sería nulo, *ab initio*, mientras que aquí se trata de un testamento válido, pero invalidado como *inoficioso* (1).

---

to en tres casos: 1.° Cuando faltase todo heredero intestado civil. 2.° Cuando el *bonorum possessor* fuese a su vez el próximo heredero intestado. 3.° Cuando el testador, después de haber recobrado la testamentifacción, hubiese declarado expresamente que quería conservar aquél su testamento (Papiniano, fr., 11, § 2, *de bon poss. sec. tab.*, XXXVII, 11).

574. N. del T.—Llámanse especialmente *destituidos* los testamentos que no tenían efecto por falta de la adición de la herencia, por no poderla adir el heredero por cualquier motivo o causa legal o por falta de voluntad, por incapacitarse después de la institución, o no cumplirse la condición (§§ 7 y 8, Inst., *de hered. quae ab intest.*, III, 1, § 2; Inst., *quib mod. test. inf.*, II, 17; Papiniano, fr., 1, *de injusto, rupto. irr. rest.*, XXVIII, 3).

575. (1) Marciano, L. 2, D., *de inof. test.*, V. 2: *Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi*

576.—Esta institución existía ya en tiempo de Cicerón (Act., 2, *in Ver.*, I, § 42). Proviene de la costumbre, y se fijó gracias al tribunal de los centunviros, que estatuía sobre las cuestiones de sucesiones (1).

Esto fué una conquista de la equidad y del derecho natural sobre el derecho estricto (2). Por eso, en su principio, se diferencia profundamente de la desheredación. La necesidad de instituir o desheredar a los herederos suyos descansa sobre la organización de la familia civil y sobre la idea de copropiedad entre los que la componen. La querella de inoficiosidad deriva, al contrario, del parentesco natural y del deber de afección que de él dimana; lo mismo puede hacer caer el testamento de la madre como el del jefe de familia. Es, por tanto, un derecho anormal, contrario al rigor de los principios, y de lo cual Gayo no habla en sus *Instituciones.*

Para seguir históricamente el desarrollo de esta institución, vamos a estudiar la querella de inoficiosidad en el Derecho clásico durante el Bajo Imperio y bajo Justiniano.

a) *De la querella de inoficiosidad en el Derecho clásico.*

577.—I. *Qué parientes tienen la querella.*—Las personas que pueden ejercitar la querella son: los *descendientes*, los *ascendientes*, los *hermanos* y las *hermanas*. Un texto de Ulpiano demuestra también que esta fijación estaba hecha en su tiempo, puesto que aconseja a los que no tienen esta cualidad que eviten los gastos inútiles de una persecución mal fundada (L. I, D., *de inof. test.*, V, 2).

Los *descendientes* y *ascendientes* tienen este derecho, bien sean agnados o cognados del difunto. El hijo emancipado puede atacar el testamento del padre, el hijo puede también atacar el testamento de la madre, y recíprocamente (L. 15, pr., D., *eod.*). Para los *hermanos* y *hermanas*, el derecho es más limitado, pues no pueden ejercitarle nada más que si el testador ha instituído a una persona vil, *turpis persona;* por ejemplo, un gladiador o un hombre o una mujer tachados de infamia (I., § 1, *ht.*).

578.—II. *En qué condiciones puede ser ejerciada la querella.*—Para que un pariente pueda ejercitar la querella son necesarias las condiciones siguientes:

1.ª *Tener derecho a la sucesión «ab intestato» del difunto* (L. 6, § 1, D., *de inof. test.*, V, 2). Si hay varios parientes teniendo cualidad para obrar, se sigue el orden de la sucesión *ab intestato*. De esto resulta que el testador que separa su hijo y su hermano los ha excluído para instituir un extraño a la familia; el hijo heredero *ab intestato* en primera línea puede ejercitar *la querella;* y quedando inactivo, el derecho de obrar pasa a su hermano, heredero en segunda línea (L. 31, pr., D., *eod.*).

2.ª *Ser excluído de la sucesión testamentaria sin motivo legítimo.* La exclusión resulta, para los herederos suyos, una desheredación regular; para los otros, una simple omisión. Si el testador ha tenido contra algún pariente justos motivos de exclusión, éste no puede ejercitar la

---

vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis, nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.—Ad. I., pr., *ht.*

N. del T.—Este principio *(hoc colore...)* se introdujo pronto en el Derecho Romano por la influencia del Derecho ático. Respecto a las personas que podían promover esta querella, su número fué restringiéndose mucho más.

576. (1) Bajo el Imperio, el proceso podía también ser sometido al juez privado, según el procedimiento ordinario, o acaso al magistrado, estatuído *extra ordinem*. Desde entonces, el ejercicio de la querella se hizo posible en las provincias. Cf. Ulpiano, L. 29, § 4, D., *de inof. test.*, V. 2.

(2) Paulo, L. 7, pr., D., *de bonis damnat.*, XLVIII, 20: *Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam sucessionem eos vocando...*

querella. En el Derecho clásico no se determinan estos motivos: los centunviros los aprecian y establecen según su conciencia.

3.ª *No tener otro recurso para obtener la herencia.* En efecto, la querella es una vía de recurso extraordinario que sólo se concede a falta de otro (1). He aquí algunos ejemplos de casos en que el heredero no podía ejercitar la *querella*, por tener otro recurso: a) Un heredero suyo ha sido omitido en el testamento del jefe de familia; no tiene la querella, porque el testamento es nulo, *ab initio*. La misma solución si es una hija, puesto que tiene el *jus adcrescendi*, que la permite recoger una parte de la sucesión; b) Un hijo emancipado ha sido omitido; no puede atacar el testamento como inoficioso, porque obtiene del pretor la *bonorum possessio contra tabulas;* c) Un adrogado impúbero es desheredado sin justo motivo por el adrogante; la querella le es rehusada, por tener derecho al cuarto de la sucesión, según una Constitución de Antonino el Piadoso *(quarta Antonina.*—V. n.º 93, I, 3, *in fine)*.

579.—Ocurría a veces que algún pariente, del número de los que podían ejercitar la querella de inoficiosidad, no estaba completamente excluído, por haberle dejado el testador cierta parte de sucesión inferior a la que hubiese recogido *ab intestato*. En este caso era necesario establecer la cuota que le hubiese sido dejada para que el *officium pietatis fuese satisfecho:* de aquí procede la institución de la *legítima*.

III. *De la legítima.*—Al principio no hubo regla fija sobre esta cuota. Los centunviros resolvían a su gusto la cuestión en cada caso; esto presentaba graves inconvenientes, por serle muy difícil al testador prever la fortuna que dejaría a su fallecimiento, y si la parte atribuída a los parientes investidos de la *querella* sería suficiente para impedir al testamento ser anulado como inoficioso. Poco a poco se fijó la jurisprudencia, y se decidió que esta parte fuera del *cuarto* de los bienes que el heredero hubiese recogido *ab intestato*. Este progreso data de los primeros emperadores (1). El cuarto así determinado fué llamado la *cuarta legítima*, y por abreviación la *legítima;* de aquí procede que los intérpretes llamasen legitimarios a los parientes que tienen derecho a ella.

La *legítima* fué, por tanto, introducida por la práctica judicial de los centunviros, inspirándose, sin duda, en la ley *Falcidia* (año 714 de Roma), que aseguraba al heredero testamentario gravado de legados considerables el cuarto de los bienes de la sucesión. Pero el nombre de *legítima* no viene de que una ley lo hubiese establecido; es, en realidad, una porción de la sucesión *legítima*, de la cual el heredero hubiese recogido *ab intestato (quarta legitimae partis)* (2).

Puede definirse de esta manera: *la parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso.* No es la parte que tienen derecho de exigir, porque en el Derecho clásico no tienen ninguna acción para reclamar la legítima ni para hacerla completar. Si no la han recibido ejercitan la *querella;* el testamento cae, y la sucesión se abre *ab intestato*.

580.—Para saber si un heredero ha recibido la legítima, hay que determinar cuáles son las liberalidades que deben tenerse en cuenta, o,

---

578. (1) I, § 2, *ht.: Ita demum de inofficioso agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui alio jure veniunt ad totam hereditatem vel partem ejus, de inofficiosos agere non possunt.*

579. (1) Bajo Augusto, aun no estaba fijada la legítima (Séneca, *Controv.*, IV, 28), pero es de Derecho común del tiempo de Plinio el Joven *(Epist.*, V, 1).

(2) Cujas hace venir la legítima de una ley Glitia, cuyo nombre sólo está citado en la *inscriptio* de la L. 4, D., *de inof. test.*, V, 2 (Gayo, *liber singularis ad legem Glitiam)*. Se ignora el objeto de esta ley, y esta conjetura está abandonada.

N. del T.—La mayor parte de los tratadistas definen la legítima como la porción de los bienes, de la que no puede el testador privar a ciertas personas, que serían también sus herederos *ab intestato*, a menos que exista una justa causa de desheredación.

en otros términos, que deben *imputarse* sobre la legítima, y de qué manera se calcula.

1. *De las liberalidades imputables sobre la legítima.*—El legitimario debe imputar sobre la legítima todo lo que haya recibido del testador por institución, por legado, por fideicomiso o por donación a causa de muerte (I, § 6, *ht.*). Lo que le haya sido dado entre vivos no se cuenta para la legítima. Sin embargo, había excepción para la donación entre vivos hecha por el testador al legitimario a condición de que le sería imputable. (1).

2. *Cálculo de la legítima.*—Para calcular la cuarta legítima se valúan los bienes dejados por el difunto, colocándose en la época de su fallecimiento, y comprendiendo los bienes donados *mortis causa*. Si por excepción una donación entre vivos es imputable sobre la legítima, se hacen entrar los bienes donados en el cálculo de la masa. Después se excluyen las deudas, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos por el testamento. De esta manera se obtiene el activo neto, cuyo cuarto representa la cuarta legítima debida al legitimario, si no hubiese más que uno (2).

Si hay varios legitimarios en el mismo grado, este cuarto se divide entre ellos, de lo cual resulta que si el testador ha dejado dos hijos, la legítima es de un octavo para cada uno (I, § 7, *ht.*). Una vez calculado, ya no varía, ni tampoco es susceptible de acrecentamiento. Por ejemplo, si uno de los hijos renuncia a la *querella*, o es justamente desheredado, el otro no puede querellarse si ha recibido una octava por el testamento, pues su legítima no está aumentada (L. 8, § 8, D., *de inof. test.*, V. 2). Se dice en este sentido que la legítima es *individual*.

581.—Los principios del Derecho clásico que venimos exponiendo sobre la legítima pueden resumirse de esta manera: o el legitimario ha recibido, por lo menos, su legítima, y no tiene nada que reclamar, o él ha recibido menos de su legítima y puede atacar el testamento por la *querella* de inoficiosidad.

582.—IV. *Naturaleza de la querella.*—La *querella* no es otra cosa que una *petitio hereditatis*, o acción real, en reclamación de una herencia, pues por ella, en efecto, el demandante tiende a obtener como heredero *ab intestato* todo o parte de la sucesión (1). Se distingue, sin embargo, de la petición de herencia ordinaria por caracteres especiales, que exponemos aquí.

1. El demandante no debe limitarse a establecer su cualidad de heredero legitimario para llegar a la sucesión. Es necesario, además, que pruebe que el testamento que le despoja es *inoficioso*.

2. Se aproxima a la *actio injuriarum*, en que tiene por base el sentimiento de una injuria hecha por el testador a un pariente, no dejándole la parte que tenía derecho a esperar; de esto proceden las expre-

---

580. (1) Ulpiano, L. 25, pr., D., *ht.*: *Si non mortis causa fuerit donatum sed inter vivos, hac tamen contemplatione ut in quartam habeatur: postet dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet (aut si minus habeat, quod de est boni viri arbitratu repleatur).* Este fin del texto es el resultado de una interpolación, puesto que confirma el derecho establecido por Justiniano (V. n.° 585).

(2) La cuarta legítima se calcula como la cuarta Falcidia.—V. n.° 645, 2.

581. N. del T.—Es un principio también el de que la legítima debe ser ordenada, pura y simplemente, sin restricción alguna (Const., 31 y 36, § 1, *de inoff. test.*, III, 28).

582. (1) Justiniano, L. 34, C., *de inof. test.*, III, 28, llama la *querella* una *petitio hereditatis de inofficioso testamento*. Ulpiano, L. 8, § 8 D., *ht.*, emplea las palabras *hereditatem petere* a propósito de la *querella*. La inoficiosidad del testamento podía también ser opuesta, como un modo de defensa, a la petición de herencia del heredero instituido. Cf. Ulpiano, L. 8, § 13, D., *eod.*: *... Si exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat; quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.*

siones *querella, accusatio*, por las cuales se designa con frecuencia esta acción. Este carácter se manifiesta por las consecuencias siguientes:

a) La *querella* se extingue si el legitimario muere sin haberla ejercitado, pues entonces se reputa como que ha perdonado. Cesa esta presunción, y la acción pasa a los herederos, si la hubiese intentado ya antes de morir, o hubiese *preparado* el ejercicio; por ejemplo, haciendo intimación al instituído (L. 6, § 2, L. 7, D., *de inof. test.*, V, 2).

b) Se extingue también si el legitimario ha dejado pasar sin obrar un término de cinco años desde el día en que el heredero instituído ha hecho adición, porque este prolongado silencio hace presumir el perdón de la injuria. El plazo puede suspenderse por graves razones (L. 8, § 17, D., *eod.)*.

c) Se extingue, en fin, si el legitimario recoge una liberalidad de poco valor que le haya sido dejada en el testamento; desde entonces es considerado como que ha querido aprobar y renunciar a la *querella*. Desde luego que sólo ocurre así, siendo para él, y no para otro, para quien reclame esta liberalidad; por ejemplo: un tutor excluído del testamento de su padre, que ha dejado un legado al pupilo, puede reclamar este legado para el pupilo, sin perder el derecho de ejercitar la *querella* por su propia cuenta (I, § 4, *ht.)*.

583.—V. *Efectos de la querella.*—Si el demandante gana la causa, el testamento declarado *inoficioso* queda anulado por completo, con los legados, fideicomisos y manumisiones que contiene. El legitimario recoge la sucesión *ab intestato* (1).

Excepcionalmente puede ocurrir que la rescisión del testamento no sea más que *parcial*. He aquí dos ejemplos: a) Habiendo dos instituídos, si el legitimario gana contra uno y pierde contra el otro, el testamento sólo será anulado en parte (L. 15, § 2, D., *eod.)*; b) El testador ha instituído una persona honrada y otra de condición deshonrosa. Si deja un hermano que ejercite la *querella*, el testamento también sólo será anulado en parte (L. 24, D., *eod.)* (2).

Si el legitimario que ejercita la *querella* sucumbe en el proceso, el testamento queda válido. El demandante ha injuriado la memoria del testador ejercitando una persecución mal fundada y que podía hacerle sospechoso de locura. Se le castiga con la pérdida de toda liberalidad contenida en el testamento en su beneficio; está reputado de *indigno*, y quedan los beneficios para el fisco (L. 8, § 14, D., *eod.)* Así, un tutor ejercita la *querella* por su pupilo desheredado por el testamento paterno, y si pierde el proceso, no por eso deja de conservar el legado que le está en el mismo atribuído (I, § 5, *ht.)*.

b) *Reformas del Bajo Imperio.*

584.—Desde Alejandro Severo hasta Constantino se hicieron dos grandes reformas en los principios acabados de exponer. La primera fué la extensión de la querella de inoficiosidad a las donaciones excesivas; y la segunda fué una restricción al ejercicio de la *querella* por consecuencia de la creación de una nueva acción en complemento de la legítima (1).

---

583. (1) Ulpiano, L. 6, § 1, D., *ht.*: ... *Nam intestatum patremfamilias facit.* L., 8, § 16, D., *eod.*: *Et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur...*

(2) Ad. L. 76, pr., D., *de legat.*, 2.° XXXI. Estas soluciones se limitan a un concurso entre el heredero testamentario y el heredero *ab intestato*. Es una excepción de la regla: *Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest.*—V. n.° 533 *bis* y nota 2.

584. (1) Constantino decidió también que los hermanos y hermanas agnados podían desde entonces ejercitar solos la *querella*, y que este derecho se rehusaría a los hermanos y hermanas uterinos: L. 1, C. *th., de inof. test.*, II, 19. L. 27, C., *de inof. test.*, III, 28, año 319.

1. *De las donaciones inoficiosas.*—Podía muy bien ocurrir que el donante hubiese disminuído su patrimonio por donaciones considerables entre vivos, llevando de esta manera un atentado indirecto al derecho de los legitimarios. El peligro, sin duda, era menor, puesto que apenas se suele despojar uno de buena gana de sus bienes durante su vida. Sin embargo, en presencia de disposiciones de este género, terminaron las constituciones por decidir que las donaciones excesivas entre vivos *(inmoderatae, enormes)* podían ser atacadas por los legitimarios como *inoficiosas.*

El texto más antiguo que contiene esta decisión data de Alejandro Severo (L. 87, § 3, D., *de legat.*, 2.º, XXII). La acción dada a los legitimarios es una imitación de la *querella «inofficiosi testamenti».* Es probable que procurase al demandante la integralidad de lo que hubiese tenido *ab intestato* sobre los bienes donados, de no haber habido donación (2). Esta teoría de las donaciones inoficiosas fué sancionada por rescriptos de Filipo, Diocleciano y Constancio (3). Pero nacida en el final del Derecho clásico y desarrollada en el Bajo Imperio, escapó a la feliz influencia de los grandes jurisconsultos. Estos rescriptos determinando sobre casos especiales no han establecido sistema general, quedando en duda varios de sus puntos. Por eso había que preguntar si desde entonces era necesario entrar en el cálculo de la masa los bienes donados entre vivos, como aquellos de los cuales el testador ha dispuesto por legado o donación por causa de muerte. Lo cierto es que el legitimario continúa en un principio sin imputar sobre su legítima las donaciones entre vivos que ha recibido.

Zenón, confirmando un derecho que tendía a prevalecer, permitió, sin embargo, en 479, imputar sobre la legítima la *dote constituída* a una hija y la *donación propter nuptias* hecha a un hijo (L. 29, C., *de inof. test.*, III, 28).

2. *De la acción en complemento de la legítima.*—Una Constitución de Juliano y Constancio, del año 361, fué el punto de partida para otra reforma. Un testador había dejado a sus hijos ciertas liberalidades imputables sobre la legítima, añadiendo que si eran inferiores a esta legítima, quería que fuese completada *según el arbitraje de un hombre honrado:* la constitución decide que los legitimarios deberán conformarse con la voluntad del testador, y no pueden ejercitar la *querella* ni contra el testamento ni contra las donaciones (L. 4, C., *Th.*, de *inof. test.*, II, 19).

El legitimario, en este caso, sólo tiene una acción en complemento de su legítima; acción que difiere profundamente de la *querella.*

a) La *querella* es una acción real que hace obtener la misma sucesión. La acción en complemento es personal, y por ella el legitimario se considera acreedor y no reclama más que una indemnización.

b) La *querella* se extingue por un plazo de cinco años, y no pasa a los herederos. La acción en complemento es perpetua, como en general lo son las acciones civiles, y pasa a los herederos.

c) Por último, el legitimario que ejercita la acción en complemento y pierde su proceso no es privado de las liberalidades que el testamento contiene en su favor, pérdida que, por el contrario, le alcanza cuando sucumbe en el ejercicio de la *querella.*

---

(2) A veces también algunos textos parecen permitir solamente al legitimario tomar del donatario lo preciso para completar su legítima (Cf. L. 5, C., *de inof. test.*, III, 29). Pero esta cuestión no está muy clara, como tantas otras en materia de donaciones inoficiosas.

(3) Cf. Fr. Vat., §§ 270, 271, 280, 281, 282. El emperador Constancio permite también atacar como inoficiosas las *dotes* excesivas. L. 1, C., *de inof., dot.*, III, 30, año 358.

c) *Reformas de Justiniano.*

585.—En el año 528, Justiniano extendió la solución dada en 361 por la Constitución de Constancio. Desde entonces, el legitimario que hubiese recibido alguna cosa en virtud del testamento sólo podía ejercitar la acción en complemento de su legítima, aunque el testador no añadiese: *boni viri arbitratu debere eam repleri* (I, § 3, *ht.*—L. 30, pr., C., *de inof. test.*, III, 28).

Decide también que la donación entre vivos hecha al hijo por el padre o la madre para comprar un cargo en el ejército, *ad militiam emendam*, sería imputable a la legítima (L. 30, § 2, C., *eod.).*

Fué, sobre todo, algunos años más tarde, por la Novela 18, en 537, y por la Novela 115, en 541, cuando Justiniano realiza en esta materia reformas muy importantes que modificaron profundamente los principios. He aquí su exposición sumaria:

1. Aumenta el importe de la legítima para los descendientes. Es del tercio si tiene cuatro hijos por lo menos, y de la mitad si hay cinco o alguno más (Nov. 18, c. 1). Buena, en un principio, esta reforma, sin embargo, era defectuosa en la aplicación. En efecto, habiendo cuatro hijos, la legítima de cada uno es del dozavo, y siendo cinco hijos es del décimo, lo que no es nada lógico. En nuestro antiguo Derecho, los países que adoptaron el principio de la legítima la fijaron con más razón en una mitad, cualquiera que fuera el número de los hijos (1).

2. Decide que el legitimario tendrá derecho a la *querella* si no está instituído o legítimamente desheredado. No es suficiente con que le dejen todo o parte de su legítima por legados, fideicomisos o alguna otra liberalidad; es preciso que haya recibido alguna cosa *a título de heredero* (Nov. 115, c., 3, pr.).

3. Fija limitativamente las causas por las cuales la desheredación puede ser legítimamente pronunciada por el testador, y le impone la obligación de indicar en su testamento la que le hace excluir al legitimario (Nov. 115, c. 3 y c. 4).

De esta reforma resultan consecuencias importantes: y es que desde la Novela 115, el testador que tiene legitimarios y quiere excluirlos debe hacerlo expresándolo y demostrando el motivo de su decisión. No es solamente el padre quien debe desheredar los herederos suyos y los que el pretor tiene asimilados. Un ascendiente debe también desheredar con motivo sus descendientes por las mujeres; y la misma necesidad se impone a la madre para con sus hijos, a los hijos para con el padre, la madre, y otros ascendientes. Por otra parte, la sanción del defecto de desheredación fué en lo sucesivo siempre la misma, así se tratase de un heredero suyo omitido, o de otro legitimario; el testamento, entonces, ya no es nulo *ab initio;* es únicamente susceptible de ser atacado por la *querella*. La *bonorum possessio contra tabulas* ya no tuvo razón de ser, y desapareció después de la Novela 115 (2).

---

585. (1) ¿Se aplica la misma reforma a la legítima de ascendientes y a la de hermanos y hermanas? Este es un punto muy dudoso.

(2) Las Basílicas reproducen, es cierto, el título *De bonorum possessione contra tabulas;* pero un escolio añade: *hic titulus, quatenus jus vetus continet, inutilis est* (L. XLI, T. 7, *scol.*, 2).

N. del T.—Las causas de desheredación son catorce, ocho de las cuales solamente son aplicables a los ascendientes. La Novela 115, que las regula, no parece susceptible de aplicación alguna a los hermanos y hermanas: no existe, respecto de ellos, innovación, si no es en la Novela 22 (capítulo 47), en que determina Justiniano tres causas que hacen a los hermanos y hermanas indignos de suceder el uno al otro.

Las causas de desheredación de los descendientes son: maltratar de obra al ascendiente, injuriarle gravemente de palabra, maquinar contra su vida, acusarle criminalmente al magistrado, a no ser por delito contra el Estado o contra el príncipe; hacerse el hijo hechi-

4. Decide que la *querella* intentada con éxito no causará en lo sucesivo la caída completa del testamento. Sin duda, las instituciones quedan anuladas; pero los legados, los fideicomisos y las manumisiones testamentarias quedaron, sin embargo, mantenidos. Total, el legitimario es colocado en el lugar del heredero instituído (Nov. 115, c. 3, § 14, *in fine*)

§ 2.—De la adquisición de la herencia.

I.—Cómo se adquiere la herencia,

(I., *de heredum qualitate et differentia*, II, 19.)

586.—En el punto de vista de la adquisición de la sucesión, los herederos se dividen en dos clases: los herederos *necesarios* y los herederos *voluntarios*. El heredero *necesario* adquiere la sucesión, quiera o no, por la sola razón de estar vivo y ser capaz cuando le es deferida. De manera que importa poco que sea *infans*, impúbero o loco, puesto que no tiene ninguna necesidad de manifestar su voluntad. Por el contrario, el heredero *voluntario* adquiere la herencia únicamente si la acepta.

Entre los herederos a los cuales les era impuesta la sucesión se distinguían en primer lugar los herederos *necesarios* y los herederos *suyos y necesarios*.

587.—1. *Herederos necesarios.*—Se llama *heredero necesario* el esclavo instituído heredero y manumitido por el testamento de su señor: en virtud del testamento, se hace libre y heredero (1).

La sucesión la adquiere de pleno derecho, aun sin su conocimiento y mal que le pese. Este resultado se produce a la muerte del testador, si el esclavo ha sido manumitido e instituído pura y simplemente; y a la llegada de la condición, si la institución o la manumisión son condicionales (Ulpiano, L. 3, § 1, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5).

Es en una particularidad de las costumbres romanas donde hay que buscar el origen de esta regla. Cuando un ciudadano moría insolvente, no podía esperar que un heredero voluntario aceptase la sucesión. De manera que morir sin heredero producía para él graves inconvenientes: sus *sacra privata* eran interrumpidas, y sus bienes eran vendidos en bloque en beneficio de los acreedores, y la *bonorum venditio* hacía recaer sobre su memoria una nota de infamia. Se remedió esto decidiendo que si el amo había dejado por testamento la sucesión y la libertad a uno de sus esclavos, el esclavo de esta manera instituído y manumitido sería

---

cero, impedir al padre que haga testamento; no redimirle estando cautivo; no recogerle ni socorrerle hallándose loco; delatarle falsamente, causándole una pérdida considerable en sus bienes; hacerse él hijo hereje; tener trato ilícito con su madrastra; hacerse gladiador o farsante, a no ser que el padre fuera de la misma profesión; no salir fiador por su ascendiente preso por deudas, pudiendo hacerlo; si la hija o nieta hacen vida licenciosa, cuando sus padres ofrecen casarlas y dotarlas y son menores de veinticinco años (Nov. 115, cap. II).

Las ocho causas de desheredación de los ascendientes son: acusar el ascendiente al descendiente de delito que merece pena capital, a no ser contra el Estado o príncipe; maquinar contra la vida del descendiente; tener trato ilícito con su nuera; prohibirle testar; no redimirle estando cautivo; no socorrerle estando loco; hacerse hereje; si atenta uno de los ascendentes contra la vida del otro (Nov. 115, cap. IV).

Las causas de desheredación de los hermanos son: maquinar contra la vida de su hermano; acusarle de algún crimen; causarle una gran pérdida en sus bienes (Nov. 22, capítulo XLVII).

587. (1) En la época clásica, algunos jurisconsultos admitían ya que si el testador no había manumitido su esclavo instituyéndole, la manumisión estaría sobreentendida. Justiniano confirmó esta solución favorable (I, *de her. inst.*, II, 14. L. 5, C., *de neces. her.*, VI, 27, año 531).

heredero necesario (2). El esclavo no tenía por qué quejarse de esta solución, puesto que el testador le daba un bien inestimable, la libertad, y con un semejante don podía sin injusticia imponerle la carga de una sucesión insolvente.

Para que estas razones tuviesen todo su valor, y para que el esclavo fuese *heredero necesario*, era preciso que el amo le hubiese *manumitido voluntariamente* en su testamento y que el esclavo adquiriera al mismo tiempo, en virtud de este acto, la libertad y la sucesión. Por tanto, la herencia cesaba de imponérsele, y no era más que un heredero *voluntario* en los casos siguientes:

a) Si el amo sólo le ha manumitido por obligación, bien sea en virtud de un fideicomiso, o bien por haberle comprado con esta condición (L. 84, D., *de hered. instit.*, XXVIII, § 5); b) Si el esclavo ha sido manumitido viviendo el testador (I, § 1, *de hered. instit.*, II, 14); c) Si el testador le ha enajenado antes de morir. Se mantiene sólo la institución, y el esclavo adquiere voluntariamente la sucesión de su nuevo amo. Esta solución se explica porque la institución sólo puede ser revocada por un nuevo testamento, mientras que la disposición que contiene la manumisión se revoca por el cambio de voluntad tácita, resultante de la enajenación (I, § 1, *eod.*).

588. 2. *Herederos suyos y necesarios.*— Se da el nombre de *herederos suyos* a las personas sometidas sin intermediario a la *potestad paterna* o a la *manus* del testador, y que se hacen *sui juris* a su fallecimiento. Hay que añadir también los *póstumos suyos*, o descendientes simplemente concebidos, que estarían en la misma situación si hubiesen nacido viviendo el testador (Gayo, II, § 156.—*Lex Dei, XVI*, § 4 .

La situación de los herederos suyos es la misma que estén instituídos en el testamento del jefe de familia o que recojan la sucesión *ab intestato*. En los dos casos son herederos *necesarios*, porque la herencia la han adquirido sin su conocimiento, y a pesar de ellos. Este resultado se justifica por su cualidad de herederos suyos, y no tienen por qué aceptar ni rehusar la sucesión, porque no hacen más que conservar los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad, como miembros de la familia civil. Son, por decirlo así, sus propios herederos: *heredes sui* (1).

---

(2) Para dar a esta regla su alcance más amplio, las restricciones que la ley Aelia Sentia llevaba a las manumisiones se suspendían en esta hipótesis. Ulpiano, I, § 14. 1, § 1, *qui quib. ex caus.*, I, 6: *Valde enim prospiciendum erat ut agentes homines quibus alius heres extiturus esset creditoribus, aut eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defuncius officiatur.* Sin embargo, las restricciones a las manumisiones provinientes de otras leyes quedaban aplicables: *Scae voluerit;* L. 36, § 1, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5.

588. (1) Gayo, II, § 157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur. Necessarii vero ideo dicuntur quia omnimodo sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes sunt.*— Ad. Paulo, L. 11, D., *de lib. et post.*, XXVII, 2.—V. n.° 541, nota 1. El heredero suyo se hace heredero voluntario cuando está instituído *si voluerit*. L. 86, § 1, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5.

N. del T.—Se adopta aquí una interpretación de las palabras *sui haeredes*, que nos parece conforme, a un tiempo mismo, a las aplicaciones que ofrece el texto, según Gayo, II, 157, y al sentido gramatical y jurídico de las palabras. Esta interpretación no es la de la mayor parte de los comentaristas, que consideran el título de *suus* como indicando la relación de dependencia en que se encuentra el hijo de familia, y como perteneciendo indistintamente a todos los hijos sometidos a la potestad del padre de familia. Según estos comentaristas, todos los hijos sometidos a la potestad del padre de familia son *sui* y llegan a ser *haeredes* cuando le suceden, ya por efecto de una disposición testamentaria, ya *ab intestato*, por el lugar que ocupan en la familia. El texto se resiste a esta explicación, puesto que declara, y así lo reconocen por otra parte los autores de esta explicación, que los hijos sometidos a la potestad inmediata del padre de familia son *haeredes* o *domini* (porque las dos expresiones son sinónimas), aun viviendo el padre de familia.

Por lo demás, lo que hace necesarios a los herederos es la potestad del testador; así el padre de familia puede, por una sustitución pupilar, dar por heredero necesario a su hijo

589. — 3. *Herederos voluntarios.* — Todos los herederos no comprendidos en las dos precedentes categorías son herederos *externos* o *voluntarios: externes (extranei)*, porque estaban fuera de la potestad del testador; *voluntarios*, porque la herencia no la adquirían de pleno derecho, siendo libres de aceptarla o rehusarla. En efecto, cuando se devuelve la sucesión a un heredero voluntario, no la adquiere más que aceptándola yendo por ella; de aquí vienen las expresiones *adire hereditatem, aditio*. Por el contrario, queda extraño, bien rehusándola, o si muere antes de haberla aceptado.

590.—I. *Condiciones requeridas para que el heredero pueda aceptar o repudiar.*—El heredero por sí solo, y según el Derecho civil, puede aceptar o repudiar la sucesión abierta en su beneficio. Es un derecho todo personal que no puede ejercitar nadie en su lugar. Para hacer una adición o una repudiación válida le son necesarias las condiciones siguientes:

1.ª Es preciso que la sucesión le sea *deferida*, es decir, que el derecho a esta sucesión esté abierto en beneficio del heredero. La *delación* tiene lugar a la muerte del testador, si la institución es *pura* y *simple*. Siendo *condicional*, la delación no tiene lugar más que a la realización de la condición, pues, mientras está en suspenso, el heredero no puede tomar parte, y si muere en este intervalo, la institución se desvanece. Una vez realizada la condición, puede aceptar o repudiar válidamente, pero su aceptación no tiene efecto retroactivo. Por eso el esclavo de otro, instituído bajo condición y manumitido antes de la realización de la condición, adquiere la sucesión por él mismo (Paulo. L. 80, § 2, D., *de adq. vel omit. here.*, XXIX, 2).

2.ª Es necesario que el heredero esté informado de la delación, porque, en efecto, los actos que realiza con la mira de aceptar o de repudiar la sucesión deben ser hechos con conocimiento de causa; de otra manera no tendrían a este respecto ningún alcance (I, § 7, *ht.)*.

3.ª El heredero debe tener la *testamenti factio* en el momento de la delación y conservarla sin interrupción hasta la adición, siendo también natural exigir que sea capaz en el momento que adquiera la sucesión (I, § 4, *ht.)*.

4.ª En fin, se exige, además, la capacidad de obligarse, porque la adición lleva consigo la obligación de pagar las deudas hereditarias. Claro es que, siendo una persona incapaz de aceptar, lo es al mismo tiempo incapaz de repudiar, puesto que reconocer si una sucesión es buena o mala es cuestión de apreciación muy delicada; sólo puede emanar de quien sea capaz de disponer de su patrimonio (1). De esto resultan las consecuencias siguientes:

a) El instituído *alieni juris*, esclavo o hijo de familia, no puede hacer adición sin el consentimiento del jefe de familia, por tratarse aquí de una adquisición especial que lleva la obligación de deudas, y el jefe de familia no puede estar obligado por las personas colocadas bajo

---

o a aquel a quien podría instituir heredero necesario de sí mismo, por ejemplo, a su esclavo o al hermano de éste, a quien sustituye (L. 10, § 1, D., *de vulg. et pup.)*.

N. del T.—En el antiguo Derecho estaban comprendidas también en la clase de *heredes sui et necesarii* las mujeres *in manu mariti*, porque se hallaban *filiae vel nepotis loco*.

N. del T.—El pretor permitió a los *heredes sui et necesarii* hacer uso del *beneficium obstinendi*. A consecuencia de él se considera que el *suus* no ha llegado a ser heredero del padre, y pueden, por consiguiente, obtener la herencia los sustitutos, los coherederos y los herederos intestados. Ello no obstante, el que se abstiene conserva, rigurosamente hablando, el nombre de heredero, y el testamento continúa subsistente en cuanto a las disposiciones que no se refieren al heredero. Por lo demás, el *heres suus*, después que se ha abstenido de la herencia, puede, dentro del término de tres años, aceptarla de nuevo, siempre que el *as* hereditario no haya sido vendido.

590. (1) Paulo, L. 18, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2: *Is potest repudiare qui et adquirere potest*.

su potestad sin haber consentido (2). Por eso debe dar su autorización al instituído *jussus* (Ulpiano L., 25, §§ 4 y 5, D., *de adq. vel omit her.*, XXIX, 2). Pero la voluntad del instituído queda libre, y es necesario que las dos voluntades concurran para aceptar o repudiar (L. 13, § 3, D., *eod.)*. En seguida de haber sido hecha la aceptación, el único heredero es el jefe de familia; el *alieni juris* instituído sólo ha sido para él un instrumento de adquisición (L. 79, D., *eod.)*.

Si el instituído es un esclavo, le acompaña siempre la esperanza de la adquisición, y la herencia está adquirida por el amo a quien pertenece, y que le autoriza en el momento que hace adición (I, *de hered. instit.*, 11, 14).

b) Las personas que no tienen voluntad, el loco y el pupilo *infans*, no pueden aceptar ni repudiar la sucesión a la cual están llamados. El tutor o el curador no eran admitidos a tomar parte en su lugar, porque este derecho sólo pertenecía al instituído (3).

Para el pupilo *infans*, el inconveniente no era de larga duración, puesto que, desde que podía hablar, se le permitía hacer adición con la *auctoritas tutoris* (Paulo, L. 9, D., *eod.)*. Por otra parte, cuando el pupilo tenía derecho a una *bonorum possessio*, el pretor permitía al tutor pedirla por él (Ulpiano, L. 7, § 1, D., *de bon. pos.*, XXXVII, 1). En el Bajo Imperio, Teodosio y Valentiniano decidieron que el tutor podía hacer adición para el pupilo antes de que éste tuviese siete años. Después de esta edad, es el mismo pupilo quien hace adición con la *auctoritas* del tutor (L. 18, pr., §§ 2 y 4, C., *de jur. delib.*, VI, 30, año 426).

Para el loco, había que esperar que un intervalo lúcido le permitiese hacer adición. Sin embargo, en la época clásica se autorizaba al curador para pedir provisionalmente una *bonorum possessio* especial, *furiosi nomine*, que el pretor concedía por decreto (Papiniano, L. 1, D., *de bon. pos. fur.*, XXXVII, 3). Justiniano obligaba al curador a pedir, siendo la sucesión ventajosa, la *bonorum possessio*, a la cual el loco tenía derecho según el edicto (L. 7, § 3, C., *de curat. fur.*, V, 70). Si el loco recobraba la razón, quedaba libre de repudiar; y si moría sin que hubiese cesado la locura, la herencia se devolvía a aquellos a quienes producía un obstáculo.

591.—2. *Del plazo para deliberar.*—¿Tenía el heredero algún plazo para tomar parte en la sucesión? Sobre este punto hay que distinguir el Derecho antiguo, el Derecho pretoriano y el Derecho de Justiniano.

a) *Derecho civil.*—En principio, el heredero no tiene plazo que limite su derecho de opción. Desde el momento en que le es deferida la sucesión, puede deliberar mientras viva sobre el partido a tomar

---

(2) Ulpiano, L. 6, pr., D., *de adq. vel omit her.*, XXIX, 2: *Qui in aliena est potestate non potest invitum hereditati obligare eum in cujus est potestate: ne aeri alieno pater obligaretur.*

(3) Paulo, L. 90, pr., D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2: *Respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse.* La dificultad no existía si el *infans* y el loco eran herederos suyos y necesarios; o también si el testador había instituído heredero a uno de sus esclavos, que hacía adición *jussu tutoris* o *curatoris*, adquiriéndole así la sucesión: L. 63, D., *eod.*

N. del T.—Muchos comentaristas han sostenido que la testamentifacción no era necesaria en la época de la confección del testamento, cuando la institución era condicional. Nos parece que el texto de la ley (L. 1 y 4, ff., *de reg. cat.)* exige positivamente la capacidad en el momento de la confección del testamento, *ut constiterit institutio;* no la exige únicamente a causa de la regla catoniana.

N. del T.—Se discute si la adición de la herencia puede hacerse por medio de representantes. La negativa se funda en un fragmento de Paulo (fr. 90, pr., *de acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. *Per curatorem hereditatem acquiri non posse).* Ello no obstante, las personas jurídicas adquieren la herencia por medio de sus representantes legítimos y aun éstos son responsables si descuidan la adquisición de la misma; el tutor puede adir por sí la herencia para los impúberos y los menores, y puede también adirla el padre en cuya potestad se hallan, pero en este caso pueden obtener la restitución *in integrum*, la cual tiene por efecto hacer considerar la herencia como adquirida por el padre para sí.

(Gayo, 11, § 167). Pero si muere sin haberse decidido, la sucesión no pasa a sus herederos, porque la vocación o llamamiento hereditario es personal e intransmisible (1).

Este sistema presentaba grandes inconvenientes: mientras la herencia estaba yacente, los acreedores del difunto no podían cobrar, y quedaban interrumpidas las *sacra privata*. El testador solía remediarlo instituyendo al heredero *cum cretione*, lo cual le obligaba a hacer adición en un plazo que generalmente era de cien días. Para que el procedimiento fuese más eficaz, el testador tenía costumbre de añadir una sanción enérgica, la desheredación, si el heredero no hacía adición en el término fijado (2). Fuera de la *cretio*, la amenaza de la *usucapio pro herede* obligaba también al heredero a tomar parte sin mucho tardar.

b) *Derecho pretoriano.*—El pretor reaccionó prudentemente contra esta libertad ilimitada, y las personas interesadas en conocer la decisión del heredero, los acreedores y los legatarios, podían pedir al pretor que le impusiera un plazo para pronunciarse; y el mismo heredero podía también solicitarlo. El magistrado no concedía menos de cien días (L. 1, § 1, y L. 2, D., *de jur. delib.*, XXVIII, 8). Si el heredero dejaba pasar este término sin tomar parte, quedaba decaído en Derecho pretoriano, y se devolvía la herencia a los que venían detrás de él en el orden sucesivo (L. 69, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2).

c) *Derecho de Justiniano.*—El heredero, bajo Justiniano, podía obtener un plazo de nueve meses dirigiéndose al magistrado, y de un año pidiéndoselo al emperador (L. 22, § 14, C., *eod.*).

Justiniano modifica también el carácter intransmisible del llamamiento hereditario, y decide que el heredero muerto sin haber tomado parte transmite su derecho a sus propios herederos, si muere antes de la expiración del año desde la delación de la sucesión (L. 19, C., *eod.* año 529).

592.—3. *De la herencia yacente.*—Entre la muerte del testador y el momento en que el heredero acepta la sucesión hay un intervalo durante el cual la herencia queda sin dueño: se dice entonces que está *yacente*. Esta situación era enojosa para el heredero futuro. Los esclavos hereditarios no podían aumentar la sucesión por sus adquisiciones, por falta de un dueño que les prestase la capacidad y la posesión de las cosas que el difunto estaba en camino de usucapir, y que se encontraba entonces interrumpida. Los jurisconsultos lo remediaron por una ficción: el difunto es considerado como sobreviviente, y estaba representado por la herencia que sostenía su personalidad (1).

Resultaban para el heredero las ventajas siguientes: a) Los esclavos de la herencia yacente adquieren por esta herencia como si el amo viviese todavía, salvo ciertas restricciones (2); b) Cuando el heredero acepta, la posesión de las cosas hereditarias no se interrumpe (Paulo, L. 138, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17.—V. n.º 207, nota 1). Además, esta ficción sólo está admitida en interés del futuro heredero. Si la sucesión

---

591. (1) L. 1, 5, C., *de cad. tol.*, VI, 51: *...Hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant...*

(2) La *cretio* se llamaba entonces *perfecta*. Veamos un ejemplo: *Heres Titius esto: cernitoque in centum diebus proximus quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto.* Gayo da varios detalles sobre la *cretio* (II, §§ 164 a 173); indica la etimología en el § 164: *Cretio appellata est quia cernere est quasi decernere et constituere:* es decir, *decidir*, tomar parte.

N. del T.—Llámase *jus deliberandi* a la facultad concedida al heredero para examinar dentro de cierto término el estado de la herencia antes de decidirse por la aceptación o por el repudio de la misma.

592. (1) Esta era la opinión defendida por Juliano, y que acabó por triunfar. Ulpiano, L. 33, § 2, D., *de adq. rer dom.*, XLI, 1: *... Ut Juliano placet; cujus et voluit sententia testantis personam spectandam esse opinantis.* L. 34, D., *eod. Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*

(2) Véanse, sobre este principio y las restricciones, el número 477, I, y nota 3.

queda sin heredero, las estipulaciones que los esclavos hubiesen hecho estando la sucesión yacente no producen ningún efecto (Paulo, L. 73, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

593.—4. *De la adición.*—Suponiendo que el heredero, después de deliberar, se decida a hacer adición, vamos a ver cuáles eran las *formas.*

En el caso particular en que el heredero era instituído *cum cretione*, se le consideraba como habiendo hecho adición en términos solemnes (1). Pero, fuera de estas hipótesis, no le era impuesta ninguna solemnidad. De manera que podía hacer adición: a) *Nuda voluntate*, por una declaración verbal o escrita, concebida en cualesquiera términos; b) *Pro herede gerendo*, esto es, tácitamente, haciendo acto de heredero, y disponiendo como dueño de los bienes de la sucesión (2). Hay que tener en cuenta *menos el acto en sí mismo* que la intención que revela. Así, el heredero será reputado como aceptante si ha vendido alguna cosa hereditaria sabiendo de sobra que forma parte de la sucesión; pero si la ha vendido creyendo era suya, no tiene nada que deducir, desde el punto de vista de la adición (Ulpiano, L. 20, pr., *de adq. omit. her.*, XXIX, 2).

El heredero no puede aceptar por partes; la aceptación parcial es considerada como total (Ulpiano, L. 10, D., *eod.).* En fin, la adición debe ser *pura* y *simple*, porque el hecho de que el difunto tiene en el heredero un continuador de su persona no implica ni término ni condición (Papiniano, L. 77, D., *de reg. jur.*, L. 17).

594. 5. *De la repudiación.*—La repudiación no exigía ninguna solemnidad, y podía tener lugar por una manifestación de voluntad expresa o tácita (1). De manera que para el heredero instituído *cum cretione perfecta* era suficiente con dejar pasar el plazo sin tomar parte. Por el efecto de la repudiación, que era irrevocable, el instituído quedaba completamente extraño a la sucesión, y aquellos a quienes hacía obstáculo venían en su lugar. Por eso, cuando había otros instituídos, la repudiación daba lugar al derecho de *acrecentamiento* o de *sustitución* (Véanse núms. 561 y 605). Cuando el heredero que rehusa estaba solo, la sucesión se abría *ab intestato.*

II.—Efectos de la adquisición de la herencia.

595. Los efectos de la adquisición de la herencia son siempre los mismos, bien se produzcan de pleno derecho para el heredero necesario, o bien sean para el heredero voluntario una continuación de la adición. Se resumen en esta idea: el heredero sustituye al difunto en la vida civil, haciéndose el continuador de su persona (1). De este principio derivan las consecuencias siguientes:

a) Todos los bienes de la sucesión se hacen bienes del heredero, formando con sus bienes personales una sola masa y un solo patrimonio. Sólo hay excepción para los derechos que se extinguen con la persona, como el usufructo y el uso.

---

593. (1) He aquí cuáles eran estos términos: *Quod me Publius Maevius testamentum suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (Gayo, II, § 166). La acreción está suprimida en el Derecho de Justiniano (L. 17, *de jure delib.*, VI, 30).

(2) Gayo, II, 167: *Is qui sine cretione heres institutus sit, potest aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri...* Ad. I, 7, *ht.*

594. (1) Paulo, L. 95, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2: *Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis.*

N. del T.—Ciertamente era irrevocable la renuncia de la herencia (Const., 2, *de repud. v. abst., hered.*, VI, 31); pero, por el contrario, la repudiación de la herencia, *intra dies cretionis*, no era irrevocable (Ulpiano, XXII, 30).

595. (1) Nov. 48, *praef.*: *Cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem...* Ya hemos dicho que el heredero tenía la carga de las *sacra privata* del difunto (Véanse n.° 532 y nota 2).

b) Todas las deudas del difunto pasan al heredero y vienen a aumentar sus deudas personales; de suerte que resulta confusión completa de los dos patrimonios, y los acreedores del difunto vienen a concurrir con los del heredero.

c) Los derechos que existían entre el heredero y el difunto se extinguen por consecuencia de la confusión de los dos patrimonios.

d) El heredero está obligado a pagar sobre el *activo neto* de la sucesión las cargas que le sean impuestas por el testamento (V. n.º 442).

Si hay varios herederos, estos efectos se producen en totalidad para cada uno, porque cada uno tiene derecho al todo. Pero estando limitado el derecho de uno por un derecho igual en los otros, se encuentran todos en la indivisión, y terminan por una *partición* amigable o judicial. Cada coheredero puede forzar a los otros por la acción *familiae erciscundae* (V. n.º 440).

En cuanto a los créditos y deudas, no hay indivisión, pues se dividen de pleno derecho entre los herederos proporcionalmente a sus partes hereditarias, lo que al parecer era así en virtud de la ley de las XII tablas (2). Cada heredero sólo puede perseguir a un deudor hereditario por su parte en el crédito, y de la misma manera sólo puede por su parte cobrar a los acreedores.

III.—Remedios a los efectos de la adquisición de la herencia.

596.—I. *Herederos necesarios.*—La adquisición de la herencia producía consecuencias molestias para el heredero cuando había más deudas que bienes, puesto que estaba obligado a pagar todas las deudas hereditarias, aun con sus bienes personales. La situación era grave, particularmente para los herederos necesarios. No teniendo bienes propios en el momento de la apertura de la sucesión, no podían impedir que los acreedores vendiesen en bloque el patrimonio del difunto, llevando, por consecuencia de la *bonorum venditio*, la nota de infamia. Por otra parte, les era imposible evitar este peligro, puesto que la herencia les era impuesta. El pretor vino en su auxilio.

1. *Heredero necesario. «Bonorum separatio».*—El esclavo hecho libre y heredero necesario en virtud del testamento de su señor, está autorizado a pedir la *bonorum separatio*. El pretor se la concede por *decreto*, a condición de que no se inmiscuya en los bienes de la sucesión, y que no haga acto de heredero. Gracias a este beneficio, queda impedida toda confusión entre los bienes hereditarios y los que el esclavo haya podido ganar después de manumitido. Sus adquisiciones personales son sustraídas a los acreedores del difunto (Gayo, II, § 155.—Ulpiano, L. 1, § 18, D., *de separ.*, XLII, 6). Pero el heredero necesario continúa con la nota de infamia resultante de la *bonorum venditio*, porque la sucesión se ha vendido en su nombre (Gayo, II, § 154).

2. *Heredero suyo y necesario. «Jus abstinendi».*—El pretor concede al heredero suyo y necesario el derecho de *abstenerse* de la sucesión, y este favor no hay necesidad de que sea solicitado, pues es suficiente que el heredero manifieste su voluntad de abstenerse, sin mezclarse en la sucesión (Ulpiano, L. 12, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2). Usando de este beneficio, sustrae sus bienes personales de la persecución de los acreedores hereditarios, evitando, además, la nota de infamia, puesto

(2) L. 6, C., *fam. ercisc.*, III, 36: *Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem: cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint.*

596. (1) La persona *in mancipio* podía ser heredero necesario en las mismas condiciones que el esclavo. Pero aunque no haya tenido nunca la cualidad de heredero suyo, no por eso deja de disfrutar del beneficio de abstención (Gayo, II, § 160).

que la sucesión se vende en nombre del difunto (Gayo, II, § 158) (1).

El heredero suyo que se ha abstenido no por eso conserva menos en Derecho civil su cualidad de heredero. Las manumisiones testamentarias se mantienen (Ulpiano, L. 32, D., *de manum. Test.*, XL, 4), y le está permitido volver sobre su determinación, mientras no haya tenido lugar la *bonorum venditio* (L. 8, D., *de jur. delib.*, XXVIII, 8). Pero si persiste en su abstención, el pretor autoriza a sus coherederos a prevalerse del derecho de acrecentamiento, y no habiendo otro heredero testamentario, admite para la sucesión al heredero *ab intestato* (Cf. L. 99, D., *de adq. vel omit. her.*, XXIX, 2 — L. 2, § 8, D., *ad.*, S. C. *Tertyl.*, XXXVIII, 17).

597.—II. *Herederos voluntarios.*—Civilmente, la adición es *irrevocable*, y quien tiene la cualidad de heredero no puede con facilidad despojarse de ella: *semel heres, semper heres.* Esto suponía un grave peligro para el heredero, porque si descubría después de aceptada la sucesión que el activo era inferior al pasivo, estaba obligado a emplear sus propios bienes para desinteresar a los acreedores del difunto.

El pretor, a pesar de haber venido en ayuda de los herederos necesarios, no hizo nada por el heredero voluntario, porque, habiendo aceptado libremente, creía que debía sufrir las consecuencias de la adición. Sin embargo, aunque a título excepcional, se encuentran las soluciones siguientes: a) Si el heredero perjudicado por la adición es un menor de veinticinco años, el pretor le concede la *in integrum restitutio* (I, § 5, *hl.*); b) Adriano concede el mismo favor a un mayor, en el caso en que se hubiesen descubierto después de la adición deudas considerables (Gayo, II, § 163); c) Y el emperador Gordiano extendió este privilegio a todos los militares (I, § 6, *hl.*). Pero el Derecho común no se modificó hasta la reforma siguiente del emperador Justiniano.

598.—*Del beneficio de inventario.*—Por una Constitución del año 531, creó Justiniano, en beneficio del heredero voluntario, la institución que los comentaristas han llamado el *beneficio de inventario* (1). Permite al heredero no pagar las deudas de la sucesión nada más que en el límite del activo hereditario, a condición de cumplir ciertas formalidades.

I. *Formalidades.*—Para disfrutar del beneficio de inventario, el heredero no está sometido, ni a petición de un término para deliberar ni a una declaración especial. Lo primero que hace es adición, y después redactar un inventario, en presencia de un *tabularius*, de todos los bienes de la sucesión. Pero es necesario que este inventario se empiece en los treinta días a contar del momento en que el heredero ha conocido la delación de la sucesión y se termine en un plazo de sesenta días. El heredero agrega su *subscriptio*, y declara que no ha apartado nada de la sucesión; probándose lo contrario, se le condena a restituir el doble (L. 22, §§ 2 y 10, C., *de jur. delib.*, VI, 30). Durante estos términos, no puede ser perseguido por los acreedores hereditarios, pero sus acciones están a cubierto de la prescripción (L. 22, § 11, C. *eod.*).

599.—*Efectos.*—El heredero que ha hecho inventario no está obligado a pagar a los acreedores hereditarios más que hasta la terminación de los bienes de la sucesión (1). Puede también hacer valer los derechos que tuviera contra el difunto, lo mismo que los demás acreedores (L. 22, § 9, C., *eod.*).

El heredero es el encargado de la liquidación, y descuenta del activo

---

598. (1) L. 22, C., *de jur. delib.*, VI, 30. Esta institución ha pasado en nuestras leyes con algunas modificaciones.—V. art. 802 y sig., C. C.

599. (1) L. 22, § 4, C., *de jur. delib.*, VI, 30: ... *In tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant...*

los gastos hechos para la conservación de los bienes hereditarios, para los gastos funerarios y para el inventario. Después va pagando a los acreedores y legatarios a medida que se presentan, bien sea dándoles cosas de la misma sucesión, o bien en dinero procedente de la venta que puede hacer amigablemente (L. 22, § 4, C., *eod.*). ¿Tienen algún recurso los acreedores que lleguen demasiado tarde? Tratándose de acreedores quirografarios, pueden recurrir contra los legatarios que hayan sido pagados, porque los legados deben pagarse siempre después de las deudas. Si son acreedores hipotecarios, pueden recurrir contra los quirografarios y contra los que tienen una hipoteca de un rango inferior. Los terceros adquirentes de los bienes de la sucesión y el heredero están libres de toda persecución (51, 22, §§ 5 a 8, C., *eod.*). Todo lo que resta después del pago de deudas y legados es para el heredero.

600.—Justiniano, al establecer el beneficio de inventario, no suprimió las reglas antiguas de la adición. Desde esta época quedan abiertos dos caminos para el heredero: a) Pedir un término de nueve meses o de un año para eximirse; pero si acepta, tiene que soportar todas las consecuencias de la adición; b) Aceptar la sucesión sin plazo y hacer inventario; de esta manera podrá disfrutar las ventajas que acabamos de indicar.

601.—III. *Acreedores hereditarios.*—La confusión de los patrimonios, resultante de la adición, podía perjudicar a los acreedores hereditarios si el heredero era insolvente. Por ejemplo, una sucesión cuyo activo de ciento iguala al pasivo, es aceptada por un heredero que no tiene fortuna y que debe ciento. Después de la adición hay un pasivo de doscientos con un activo de ciento. Los acreedores del difunto que hubieran sido pagados íntegramente, de haberse repartido solos el activo de la sucesión, no tendrían más que un dividendo de cincuenta por ciento. El pretor vino en su ayuda concediéndoles la *bonorum separatio*.

602.—*De la «bonorum separatio»*. (D., *de separationibus*, XLII, 6).—Gracias a este beneficio, podían los acreedores hacerse pagar sobre la sucesión con preferencia a los acreedores personales del heredero; pero, por una justa reciprocidad, éstos no sufren sobre los bienes propios del heredero el concurso de los acreedores hereditarios (1).

La *bonorum separatio* no era más que un incidente de la *bonorum venditio* (V. n.º 705). En el momento en que los acreedores del heredero que es insolvente van a proceder a la venta de su patrimonio, intervienen los acreedores del difunto y pueden *pedir* que los bienes de la sucesión sean vendidos separadamente, para que el precio les sea atribuído con preferencia a los acreedores personales del heredero (Ulpiano, L. 1, § 1, D., *ht.*). La *bonorum separatio* debe pedirse, a más tardar, en los cinco años que sigan a la adquisición de la herencia, y a condición de que no haya habido confusión material entre los dos patrimonios (L. 1, §§ 12 y 13, D., *ht.*). Dicho beneficio no aprovecha más que a los que le piden (L. 1, § 16, D., *ht.*).

Cuando los acreedores hereditarios, equivocándose, han pedido injustamente la *bonorum separatio*, creyendo insolvente al heredero, no pueden volverse atrás en su decisión. Este favor sólo se concede excepcionalmente, si han tenido una causa excusable (L. 1, § 17, D., *ht.*).

---

602. (1) La *bonorum separatio* ha pasado en nuestro Derecho con el nombre de *separación de los patrimonios*, pero con profundas diferencias (Véanse artículos 878 a 882 y 2, 111, C. C.).

N. del T.—Fr., 1, § 28, *de separat.*, XLII, 6. En algunos casos no puede pedirse la separación de los bienes, como, por ejemplo, si los acreedores hubiesen novado su crédito con el heredero, o hubiesen aceptado de él nuevas garantías, o si hubiesen dejado transcurrir el quinquenio desde la adición de la herencia, etc.

603.—A propósito de la *bonorum separatio*, se formulan las dos cuestiones siguientes:

1.ª La sucesión es solvente, y después del pago a los acreedores que han obtendio la *bonorum separatio*, queda un excedente disponible. ¿Pueden los acreedores personales del heredero aprovecharse si les es debida aún alguna cosa? Sin duda de ninguna clase, puesto que el excedente recae en el patrimonio del heredero (Paulo, L. 5, D., *ht.*).

2.ª El heredero que era insolvente cuando los acreedores hereditarios obtuvieron la *bonorum separatio* ha hecho después ganancias inesperadas, y, una vez pagados sus acreedores personales, le queda aún alguna cosa. Si los acreedores del difunto no han sido todavía completamente desinteresados sobre los bienes de la sucesión, ¿tienen derecho a este alcance de los bienes propios del heredero? Esta cuestión dividía a los jurisconsultos romanos, trayéndonos los textos dos opiniones bien distintas, una de Paulo y de Ulpiano, y la otra de Papiniano.

a) Paulo y Ulpiano no permiten a los acreedores cobrarse sobre el excedente de los bienes propios del heredero. La única razón que dan es que los acreedores del difunto han pretendido impedir por la *bonorum separatio* el resultado ordinario de la adición, y no han querido aceptar al heredero por su deudor, conservando tan sólo como garantía los bienes de la sucesión, que ya no son susceptibles de acrecentamiento (1).

b) Papiniano propone la solución contraria (L. 3, § 2, D., *ht.*), y aunque su opinión no haya prevalecido, es bastante más lógica. El heredero, por la adición, se ha hecho deudor de los acreedores del difunto. Este es un efecto civil que no hace desaparecer la *bonorum separatio*, y va dirigida contra los acreedores personales del heredero, separados de los bienes de la sucesión. Pero el heredero no queda menos deudor de los acreedores hereditarios, y no habiendo sido pagados completamente sobre la sucesión, pueden atacar a la porción de los bienes del heredero que no hayan absorbido sus deudas personales.

Papiniano, por lo demás, no ha deducido todas las consecuencias de este sistema, que conduce a admitir que los acreedores hereditarios, aunque guardando para ellos solos los bienes de la sucesión, deban concurrir sobre los bienes propios del heredero con sus acreedores personales. Pero ningún jurisconsulto romano ha llegado hasta ahí.

604.—El derecho de pedir la *bonorum separatio* pertenece también a los *legatarios*, aunque sólo son pagados sobre la sucesión, después que los acreedores del difunto (Juliano, L. 6, pr., D., *ht.*). Al contrario, este beneficio no se concede nunca a los acreedores personales del heredero. Es verdad que también ellos pueden sufrir un perjuicio, cuando el deudor acepta una mala sucesión; pero al tratar con él, es que han aceptado de antemano las consecuencias de sus actos (Ulpiano, L. 1, § 2, D., *ht.*).

IV.—Del acrecentamiento entre coherederos.

605. Después de haber estudiado la adquisición de la herencia testamentaria, veamos lo que resulta de la sucesión, cuando entre los herederos instituídos hay alguno que falta. La regla es que la parte de los que faltan beneficia a los otros en virtud del derecho de acrecentamiento. Así, ha instituído el testador a Ticio, Mevio y Sempronio, cada uno por un tercio. Si Ticio rehusa, su falta beneficia a Mevio y a Sempronio,

---

603. (1) Paulo, I, 5, D., *de separ.*, XLII, 6: ... *Cum enim separationem petierunt; recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere.*—Ad. L. 1, § 17, D., *eod.*, donde Ulpiano da esta solución como admitida generalmente: *Sciendum est vulgo placere...*

que se reparten la sucesión. Y si Ticio y Mevio rehusan, Sempronio recoge todo.

Para que haya acrecentamiento es necesario que uno o varios herederos falten en realidad; esto es, que no acudan a la sucesión. Si uno hace adición y muere en seguida, no hay acrecentamiento para los otros, porque transmite su parte a sus herederos. Tampoco hay acrecentamiento si el que rehusa tiene un sustituto vulgar que acepta, pues su derecho pasa a este sustituto.

1. *Fundamento del derecho de acrecentamiento.*—El derecho de acrecentamiento entre coherederos proviene del principio según el cual el heredero continuador de la persona del difunto tiene, en virtud de su misma cualidad de heredero, derecho a la totalidad de la sucesión. Si hay dos herederos instituídos, cada uno limita el derecho del otro: *concursu partes fiunt.* Pero si uno desaparece, el derecho del otro no queda limitado, y produce todo su efecto. El acrecentamiento no es más que el desarrollo natural de la institución, que tiene en ella el poder de hacer recoger al heredero la totalidad de la sucesión, si no encuentra ningún derecho rival del suyo. Se expresa a veces esta idea diciendo que hay *no decrecimiento* o *disminución;* pero la expresión es extraña a los textos clásicos.

2. *Reglas del acrecentamiento.*—Del mismo fundamento del acrecentamiento se derivan las reglas siguientes (1):

a) El acrecentamiento se opera de *pleno derecho:* es *forzoso.* En consecuencia, Ticio y Mevio, estando instituídos, Ticio hace adición y Mevio rehusa. De pleno derecho, la totalidad de la sucesión está adquirida por Ticio, y, haciendo adición, acepta la cualidad de heredero, que le da derecho a todo si Mevio no viene a limitarlo (2).

b) Beneficia a los herederos del heredero que ha hecho adición. Estando instituídos Ticio y Mevio, el primero acepta, y muere transmitiendo su derecho a sus herederos. Si Mevio rehusa, los sucesores de Ticio se aprovechan por acrecentamiento, puesto que aquí no hay más que el desarrollo natural de la institución cuyo beneficio han adquirido (Marciano, L. 9, D., *de suis et legit.,* XXXVIII, 16). Esta solución se expresa a veces de la siguiente manera: *portio portioni non personae adcrescit.*

c) En el Derecho antiguo tiene lugar *sine onere;* es decir, que el heredero que se beneficia no tiene que pagar las cargas impuestas especialmente al que falta. Hereda, en efecto, en virtud del derecho que le es propio, y no debe ejecutar más que los legados y fideicomisos con los que haya sido gravado personalmente. Pero desde Septimio Severo se modificó esta solución, bajo la influencia de las reglas de la sustitución (Ulpiano, L. 61. § 1, D., *de legat.,* 2.º XXXX—I. V. n.º 562).

d) Si hay varios herederos instituídos por fracciones desiguales, la parte del que falta acrece a los otros en la proporción de sus partes hereditarias. De esta manera, Ticio está instituído por mitad; Mevio y Sempronio cada uno por un cuarto. Si Sempronio rehusa, Ticio toma dos tercios de la sucesión y Mevio un tercio (3).

---

605. (1) El derecho de acrecentamiento entre coherederos ha sido profundamente modificado por las disposiciones de las leyes caducarias (Véanse números 636, nota 1, y 637 a 643.

(2) Gayo, L. 53, 1, D., *de adq. vel omit. her.,* XXIX, 2: *Qui semel aliqua ex parte heres extitit deficientium partes etiam invito adcrescunt.*

(3) Estas reglas de la adquisición por acrecentamiento son completamente diferentes de la adquisición en virtud de una sustitución mutua. En efecto, en este caso: a) La adquisición es *voluntaria;* b) Sólo beneficia al sustituto viviente, y no a sus herederos, si ha muerto antes de abrirse la sustitución (L. 81, D., *de adq. vel omit. her.,* XXIX, 2); c) Tiene lugar *cum onere;* d) Por último, el testador puede hacer en la sustitución una reparti-

§ 3.—De las cargas impuestas al heredero.

606. La institución de heredero es la parte esencial del testamento, pero se pueden encontrar otras disposiciones. Ya hemos visto figurar la *desheredación* y la *dación de un tutor*. Se encuentran casi siempre cargas impuestas al heredero.

Pueden estar escritas en forma de una orden, *imperative;* es un *legado (legatum*, de *lex);* en forma de ruego, *precativo modo;* es un fideicomiso *(fidei commitere)* (1). Estas dos clases de cargas estaban separadas por diferencias bastante numerosas, aunque los fideicomisos obedecían, en general, a principios menos rigurosos.

Justiniano fundó simultáneamente los fideicomisos y los legados, por una Constitución del año 531 (L. 2, *com. de legat.*, VI, 43). Para dar mayor efecto a la voluntad del testador, decidió que las reglas más amplias de cada institución fuesen comunes a los dos, y que toda diferencia sería suprimida de esta manera. Sin embargo, es preferible estudiar los legados y los fideicomisos separadamente, por su mucha importancia en el derecho clásico (2).

A. — De los legados.

(I, *de legatis*, II, 20.)

I.—Definición y forma de los legados.

607. Las *Instituciones* de Justiniano definen de esta manera los legados: *una especie de donación dejada por un difunto* (1). Una liberalidad hacia el legatario; tal es, en efecto, la idea dominante. Pero esta definición, exacta bajo Justiniano, era incompleta en la época clásica; ella descuidó varios caracteres esenciales de los legados, que habían desaparecido ya antes, o que él mismo había suprimido. He aquí los principales:

a) El legado sólo podía ser dejado por testamento (2). Bajo Justiniano, pudo hasta escribirse en un codicilo (V. n.º 656).

b) El legado debe estar formulado en términos imperativos, por ser una ley para el heredero (V. n.º 606, nota 1). Bajo Justiniano, importaban muy poco los términos empleados.

c) *Los legados sólo podían ser impuestos* al heredero testamentario. Es una parte de la sucesión que le era quitada, *delibatio hereditá-*

---

ción diferente de su herencia. De esto resulta la utilidad de esta clase de sustitución (Véase número 562).

N. del T.—La aplicación del principio del derecho de acrecer no da lugar a dificultad alguna en la sucesión intestada, pero en la testamentaria ocurre la acreción de distinto modo, según la forma en que el testador unió los nombres de los herederos al instituirlos. Los coherederos pueden estar unidos *re conjuncti*, llamados a idéntica porción, pero en proporciones diversas; *re et verbis conjuncti*, llamados a idéntica porción y en la misma proporción; o *verbis tantum conjuncti, re disjuncti*, nombrados en la misma proporción sin ser llamados a la misma porción.

606. (1) Ulpiano, XXIV, § 1: *Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur; nam ea quae ea precativo modo relinquuntur fideicommissa vocantur.*

(2) La adquisición que resulta del legado sólo puede ser a título particular, siendo, por consiguiente, una materia extraña a los modos de adquirir a título universal. Pero, en realidad, se impone aquí su estudio a causa de su relación íntima con la sucesión testamentaria. Cf. Gayo, II, § 191, I, pr., *hl.*

607. (1) I, § 1, *ht.*: ... *Legatum... est donatio quaedam a defuncto relicta.*

(2) Por eso Modestino, en la L. 36, D., *de leg.*, 2.º, XXXI, de donde Justiniano ha sacado su definición, decía: *legatum est donatio testamento relicta.*

tis (3). Se terminó por decidir que el legado no podía figurar antes que la institución. Bajo Justiniano, se podía también legar a cargo de otro legatario, y el lugar del legado no perjudicaba a su validez (I. n.º 34, *ht.*).

Pero la más importante de las reformas de Justiniano tiene por objeto la forma de los legados y los efectos que se derivan de los mismos. Se resume de la siguiente manera: en la época clásica había cuatro clases de legados, y bajo Justiniano no hubo más que una sola. Vamos a ver cómo se realizó esta modificación.

608.—I. *Derecho antiguo.*—Según la forma empleada por el testador, hay cuatro clases de legados. Esta teoría es una de las en que se manifiesta de la manera más sorprendente el espíritu de análisis y la lógica rigurosa de los jurisconsultos romanos. Considerando las diversas fórmulas que un testador podía emplear para hacer un legado, dedujeron de los términos de cada una de ellas la voluntad presunta del difunto, es decir, el efecto del legado. El uso había sancionado de esta manera, y según la fórmula empleada, cuatro clases de legados, teniendo cada una su naturaleza y sus propios efectos. Eran los legados *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem* (Gayo, II, § 192).

1. *Legados «per vindicationem».*—Hay legado *per vindicationem* cuando el testador dice: *do*, *lego*, o *capito*, *sumito*, *sibi habeto* (Gayo, II, n.º 193). Da una cosa al legatario, o le dice que puede tomarla como suya. De manera que el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada y posee la *rei vindicatio:* de aquí viene el nombre de legado *per vindicationem* (Gayo, II, § 194).

Este efecto del legado demuestra que el testador sólo podía legar de esta manera las cosas de las cuales era propietario *ex jure quiritium*, puesto que no podía transferir la propiedad civil de la cosa legada, no teniéndola. Por eso era necesario también que fuese propietario, no solamente en el momento de su fallecimiento; era preciso, además, que lo fuese en el momento que testaba, porque podía morir inmediatamente. Se era menos exigente cuando el legado recaía sobre cosas que se apreciaban por el peso, número o medida, como dinero, mercancías, etc.,; para esto era suficiente con que el testador fuese propietario en el momento de la muerte (Gayo, II, § 196).

El testador podía también legar *per vindicationem* un derecho real sobre una cosa de la cual era propietario: el usufructo o una servidumbre predial, porque el derecho real estaba entonces constituído por el mismo efecto del legado, y el legatario tenía la acción confesoria (Paulo, S., III, 6, 17).

¿En qué momento se hacía el legatario propietario de la cosa legada? En caso de legado *puro* y *simple*, es verdaderamente desde el día de la adición, cuando es cierto que hay un heredero, pues la adquisición se produce por la única fuerza del legado, sin que el legatario tenga necesidad de aceptar; sólo puede rehusar el legado en caso de no quererlo. Este era el parecer de los Sabinianos; pero, según los Proculeyanos, el

---

(3) Este carácter está puesto de relieve en la definición del legado dada por Florentino, L. 116, pr., D., *de leg.*, 1.º, XXX: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

N. del T.—De las definiciones del legado dadas por Justiniano, Modestino y Florentino, esta última es la que mejor indica la naturaleza del legado; pero está definido sólo por el efecto.

Reputan los autores que ninguna de dichas definiciones son exactas, y la formulan, en cambio, diciendo que el legado es disposición de última voluntad, mediante la cual una persona confiere a otra un beneficio económico a expensas de la herencia, para el caso y previsión de su propia muerte, o también llamamiento por la voluntad del hombre a la obtención de un derecho gratuitamente, sin sucesión universal, con palabras de mando, con acto unilateral y revocable.

legatario sólo adquiere el legado si lo acepta; hasta dicho momento, la cosa legada es *res nullius* (Gayo, I, § 195). Prevaleció la opinión sabiniana, por estar más conforme con la naturaleza del legado (1).

Si el legado es *condicional*, la cosa legada *per vindicationem* no la adquiere el legatario hasta después de la adición de la herencia y la realización de la condición, haciéndose entonces propietario *ipso jure*, a menos que repudie. Pero hasta entonces ¿a quién pertenece la cosa legada? Según los Sabinianos, al heredero; para los Proculeyanos era *nullius*. Sobre este punto parece haber también prevalecido la escuela sabiniana (Cf., Ulpiano, L. 12, § 5, D., *de usufr.*, VII, 1).

2. *Legados «per damnationem».*—El testador se ha expresado de esta manera: *heres meus damnas esto dare*, o *dato facito*, o *heredem meum dare jubeo* (Gayo, II, § 201. Ulpiano, XXIV, § 4). Se limita a imponer al heredero la obligación de realizar un hecho. De manera que el legatario sólo adquiere un derecho de crédito, y para obligar al heredero a ejecutar la prestación que le es debida, en virtud del legado, tiene la acción personal *ex testamento*.

El dominio de este legado era muy grande (2), y el testador podía legar: a) Toda cosa corporal susceptible de propiedad privada, hasta una cosa futura (Gayo, II, § 203). Poco importaba que fuese o no fuese propietario; el legado no era por eso menos válido. Si había legado su propia cosa o la del heredero, el legatario podía forzar al heredero a transferirle la propiedad según los modos ordinarios (Gayo, II, § 201). Si el testador había legado la cosa de otro, el heredero la adquiría para transferir la propiedad al legatario, o pagarle la estimación cuando el propietario no quería consentir en cederla (Gayo, II, § 202); b) Las cosas incorporales, como las servidumbres reales y personales. El derecho real no está entonces constituído por el mismo efecto del legado; el heredero sólo está obligado a *constituirle en beneficio* del legatario (Paulo, S., III, 6, § 17); c) Por último, cualquier hecho, con tal de que sea lícito (V. n.º 620).

3. *Legados «sinendi modo».*—El testador ha dicho: *heres meus damnas esto sinere sumere sibique habere* (Gayo, II, § 209). Con esto parece haber querido simplemente obligar al heredero a dejar tomar la cosa legada. Este legado puede tener por objeto las cosas de las cuales es propietario el testador, o las que tiene *in bonis* en el momento de su muerte, o también las cosas pertenecientes al heredero; pero no la cosa de otro (Gayo, II, § 210).

Parece cierto que el efecto de los legados *«sinendi modo»* fué modificado a pesar del parecer contrario de algunos jurisconsultos. Se obligó al heredero a transferir al legatario la propiedad de la cosa legada, como en los legados *per damnationem*, y el legatario podía forzarle por la acción *ex testamento* (Gayo, II, §§ 213 y 214).

---

608. (1) Según Gayo (II, § 195), una Constitución de Antonino el Piadoso había sancionado el juicio de los Proculeyanos; pero el texto que cita no tiene la importancia que le da. El *Digesto* sólo contiene soluciones conformes a la doctrina *sabiniana*. *Cf. Ulpiano*, L. 44, § 1, D., *de leg.*, 1.º, XXX.

(2) Gayo, II, § 197: *Optimum jus est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest...*—Ulpiano, XXXIV, § 11.

N. del T.—Es cierto que *per vindicationem* sólo se podían legar las cosas de que se tenía la propiedad en las dos épocas de la confección del testamento y de la muerte. Tal es el resultado de la regla catoniana.

N. del T.—La acción personal contra el heredero para obligarle a transferir la propiedad de la cosa legada *per damnationem*, o hacer lo que había mandado el testador, se realizaba por la mancipación o cesión *in jure* si era cosa *mancipi*, o por la simple tradición si era una cosa *nec mancipi* (Gayo, II, 200).

N. del T.—El legado *sinendi modo* tenía, pues, menos extensión que el *per damnationem*, pero tenía más que el *per vindicationem*, porque por éste no se podía legar más que su propia cosa y no la del heredero, puesto que no puede enajenarse la cosa del heredero, así como la de ninguna otra persona (Gayo, II, 210).

4. *Legados «per praeceptionem».*—La fórmula de este legado era: *praecipito* (Gayo, II, § 216). Los legados precedentes son posibles aun con un solo heredero. Para esto es necesario que haya varios. El testador ha querido que uno de los coherederos tome una cosa especial además de su parte hereditaria. Este legado no se comprende, por tanto, si está hecho en beneficio de una persona que no es instituída (Gayo, II, § 217).

El heredero legatario, para obtener su legado, sólo tenía la acción *familiae erciscundae*, y el juez que hacía la partición debía adjudicar al legatario la cosa legada, aparte de su lote. Por consecuencia de esto, las cosas susceptibles de ser legadas de esta manera son las que pueden estar comprendidas en la acción *familiae erciscundae*, que son: aquellas de que el testador es propietario o que tiene *in bonis;* pero no las cosas del heredero ni las de otro, porque la competencia del juez en la acción *familiae erciscundae* se limita a los bienes de la sucesión (Gayo, II, §§ 219, 220, 222). Cuando el testador había hecho un legado *per praeceptionem* a una persona no instituída, o cuando el coheredero legatario repudiaba la sucesión, ¿cuál era la suerte del legado? Los Sabinianos le declaraban nulo (Gayo, II, § 218). Los Proculeyanos, menos severos, pero también menos lógicos, la validaban, tratándole como legado *per vindicationem;* lo mismo que si había *capito* en lugar de *praecipito*. Su opinión fué confirmada por una constitución de Adriano (Gayo, II, § 221). Además, para que el legado fuese así válido, era preciso que la cosa fuese susceptible de ser legada *per vindicationem* y que no fuese violada la intención del testador.

609.—Estas cuatro clases de legados satisfacían todas las necesidades; pero el testador debía elegir con cuidado una fórmula en relación con la liberalidad que quería hacer, porque, de lo contrario, el legado era nulo.

Esto ocurría, por ejemplo, si legaba *per vindicationem* la cosa de otro. Sin embargo, algunas reformas vinieron a disminuir estos riesgos de nulidad.

610.—II. *Senadoconsulto neroniano.*—Este senadoconsulto, habido bajo Nerón, en el año 64 de nuestra era, decide que un legado, siendo nulo por estar la fórmula mal apropiada a la naturaleza de la cosa legada, sería válido como legado *per damnationem*, que es el legado más amplio (V. n.º 608, nota 2). El senadoconsulto no anula las fórmulas de los legados: remedia solamente la nulidad que resultaba del empleo de una fórmula impropia. Son así válidos como legados *per damnationem:* el legado *per vindicationem* de la cosa de otro (Gayo, II, § 197); el legado *sinendi modo* de una cosa que no pertenece ni al testador ni al heredero; el legado *per praeceptionem* de la cosa de otro (Gayo, II, §§ 212, y 220).

El senadoconsulto neroniano corrigió, por tanto, lo que la teoría de los cuatro legados tenía en la práctica de rigurosa, y contribuyó además a disminuir las diferencias que existían entre ellos. Veamos cómo. Un legatario *per vindicationem*, cuyo legado es nulo por impropiedad de fórmula, es tratado como legatario *per damnationem*, teniendo como tal la acción personal *ex testamento*. Desde entonces pareció muy lógico dar también esta acción al legatario *per vindicationem*, cuyo legado era válido, y este legatario podía escoger entre la acción real y la acción personal (Juliano, L. 84, § 13, D., *de leg.*, 1.º XXX).

611.—III. *Supresión de las fórmulas.*—En el año 339 de nuestra era se llevó una importante modificación a la teoría clásica de los legados, y una constitución de los hijos de Constantino dispensó de emplear en los testamentos fórmulas solemnes (L. 15, C, *de testam.*, VI, 23). El mismo año esta dispensa se aplicó especialmente a los legados (L. 21,

C., *de legat.*, VI, 37). Desde entonces subsistían las cuatro clases de legados, y para distinguirlos ya no se hacía caso de la fórmula empleada; se busca únicamente cuál ha sido la intención del testador. La antigua teoría, tan sabiamente edificada sobre la misma fórmula del legado, ya no tenía razón de ser, por lo que tampoco tardaría en desaparecer, y esto ocurrió en tiempo de Justiniano, que la suprimió radicalmente.

612.—IV. *Reforma de Justiniano.*—Justiniano decide que los legados no tuviesen en lo sucesivo más que una sola naturaleza cualquiera que fuera la fórmula empleada por el testador, y que el legatario tuviese tres acciones a su disposición: la acción real, la acción personal y la acción hipotecaria (1).

1. *Acción real.*—Se trata, según los casos, de la *rei vindicatio* o de la acción *confesoria*. Justiniano se expresa de una manera absoluta dando siempre al legatario *la acción real; y por la fuerza misma de* las cosas, no puede nacer, si el testador ha legado la cosa de otro; o también si la naturaleza de la liberalidad es incompatible con el ejercicio de una acción real: por ejemplo, si el legado tiene por objeto un hecho del heredero, el legatario sólo adquiere un derecho de crédito, y no puede obrar *in rem*.

2. *Acción personal.*—Es la acción *ex testamento*, que era dada en caso de legado *per damnationem*, y el legatario tiene siempre esta acción. Teniendo ya la acción real, la utilidad de la acción personal se manifiesta si el heredero ha destruído por su hecho la cosa legada; es, en efecto, responsable, y el legatario, al no poder reivindicar una cosa que ha perecido, ejercita la acción personal. Si hay varios instituídos gravados del mismo legado, la obligación de pagarle se divide entre ellos de pleno derecho, y la acción personal sólo se puede ejercitar contra cada uno de ellos, según la proporción de su parte hereditaria (2).

3. *Acción hipotecaria.*—Esto es una innovación de Justiniano, pues antes de él el legatario podía obtener una garantía personal, la *cautio legatorum*, cuando el legado no debía pagarse inmediatamente (Véase número 624 bis). A veces también el testador le dejaba una hipoteca (V. n.º 249 b). Justiniano le concede en todos los casos una hipoteca tácita sobre la parte de la sucesión del heredero gravado del legado (3). Esta hipoteca le da el derecho de persecución y la ventaja de ser pagado sobre esta parte con preferencia a los acreedores personales del heredero, pero no antes de los del difunto, porque los legados sólo se entregan después de pagadas las deudas de la sucesión.

La hipoteca del legatario nace *dividida* en el sentido de que haya tantas hipotecas distintas como herederos deudores del legado, y cada uno de ellos sólo puede ser perseguido hipotecariamente por la parte de que personalmente sea deudor. Los términos de la Constitución de Justiniano son muy claros en este sentido (4).

---

612. (1) I, § 2, *de legat...* II, 20: *Nostra autem constitutio... disposuit ut omnibus legatis una sit natura, et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in remet per hypothecariam.*—Cf. L. 1, C., *com. de legat.*, VI, 43, año 529.

(2) Modestino, L. 33, pr., D., *de leg.*, 2.º, XXXI: *Respondit: legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his qui solvendo non sunt onerarii coheredes oportet.*

(3) L. 1, C., *com. de legat.*, VI, 43, año 529. La hipoteca del legatario ha pasado a nuestro Derecho: art. 1.017, C. C.

(4) L. 1, C., *com. de legat.*, VI, 43: *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque convenire volumus in quantum personalis actio adversus eum competit.* Varios autores pretenden que sea de otra manera después de la partición. Resulta, dicen ellos, de su efecto traslativo que las cosas colocadas en el lote de uno de los herederos deudores del legado entran gravadas de hipoteca por su parte y por la de los coherederos; puede, por tanto, ser perseguido hipotecariamente por el todo. Pero Justiniano no distingue, y, al parecer, ha querido dobiegar las consecuencias ordinarias del reparto en favor de un resultado menos complicado.

II.—Adquisición de legados.—Teoría del "dies cedit".

613.—Cuando el legatario ha adquirido su legado de un modo cierto y definitivo, puede exigir el pago; y para determinar en qué momento tiene lugar esta adquisición, hay que distinguir el legado puro y simple y el que está suspendido por un término o por una condición.

a) Si el legado es *puro* y *simple*, es adquirido y exigido *en el momento* de la *adición de herencia*, pues es, en realidad, cuando el testamento produce su efecto, y cuando hay también una persona a quien el legatario puede reclamar el pago del legado (1). La adición basta, y el legatario, siguiendo la opinión sabiniana, que es la que ha prevalecido, no tiene necesidad de aceptar el legado. Lo adquiere sin su conocimiento, pero no a su pesar, y es libre de repudiarle (V. n.º 608, 1 y nota 1). De esto resulta que el pupilo *infans* y el *furiosus* adquieren un legado sin dificultad, mientras que la adición de una herencia es para ellos imposible (Pomponio, L. 16, § 1, D., *qui test. fac.*, XXVIII, 1).

b) Si el legado es a *término* o *condicional*, no es bastante con que la adición haya tenido lugar para que el legado sea definitivamente adquirido o exigible; es necesario, además, que el término haya vencido, o que la condición esté realizada (2).

614.—*Teoría del «dies cedit».*—Referente a la adquisición de los legados, había que preguntar en qué momento era preciso colocarse para reglar los tres puntos siguientes: 1.º La transmisibilidad del legado a los herederos del legatario. 2.º La *persona* que debe beneficiarse del legado; porque puede ocurrir que el legatario pase de la condición de *sui juris* a la de *alieni juris*, o recíprocamente. 3.º La *extensión* del legado, puesto que el objeto puede ser susceptible de aumento o disminución; por ejemplo, si es un peculio o un rebaño.

Para un legado *puro* y *simple*, los jurisconsultos romanos nos enseñan que estas cuestiones debían resolverse colocándose a la muerte del testador. Dicen en este sentido: *ex die mortis dies (legati) cedit.* Esta misma solución estaba admitida para los legados a *término cierto;* la *diei cesso* se colocaba a la muerte del testador (1). Por tanto, el legatario que muere después de esta época, y aunque no haya habido aún adición, transmite su derecho al legado a sus herederos (2). Si el legatario es esclavo cuando muere el testador, y libre en el momento de la adición, adquiere el legado el señor. En fin, la cosa legada es debida en el mismo estado en que se encuentra a la muerte del testador.

Pero si se trata de un legado *condicional*, la *diei cessio* no tenía lugar hasta la realización de la condición. El legatario que muere antes de esta época no transmite su derecho a sus herederos (3).

---

613. (1) Modestino, L. 32, pr., D., *de leg.*, 2.º, XXXI: *Omnia quae testamentis sine die, vel conditione adscribuntur ex die aditae hereditatis praestentur.*

(2) Pomponio, L. 45, § 1, D., *de leg.*, 2.º, XXXI: *Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus, nam nec pertinet ad nos, antequa dies veniat vel conditio existat.*

614. (1) Ulpiano, L. 5, § 1, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2: ... *Si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit: si vero post diem sint legata relicta simili modo atque in puris dies cedit.* Para el legado puro y simple o a término, la ley *Papia Poppaea* decide, sin embargo, que el *dies cedit* sería retrotraído a la apertura del testamento (Ulpiano, XXIV, § 31). Esta apertura tenía lugar en un término de tres o cinco días después del fallecimiento, y con las formalidades descritas por Paulo (S., IV, 6). Justiniano, al hacer desaparecer los últimos restos de las leyes caducarias (V. n.º 642), volvió a la regla antigua, no habiendo quedado en el *Digesto* ningún rastro de esta particularidad.

(2) Ulpiano, XXIV, § 30: *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, quam si jam die legatorum cedente legatarius decesserit.*—Ad. L. 5, pr., D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2.

(3) Ulpiano, L. 5, § 2, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2: ... *Si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam conditio fuerit impleta...*

N. del T.—*Cedere diem, significat incipere deberi pecuniam* (fr. 213, *de V. S.*) Es decir,

He aquí cuál es el motivo de estas diferentes soluciones. Pensando lógicamente, la época de la *diei cessio* debía ser la misma de la adquisición del legado; pero en caso de legado puro y simple, la adición que fija la adquisición del legado es un hecho que depende de la voluntad del heredero, y hubiese sido peligroso dejar a su arbitrio la transmisión del legado. El heredero hubiera podido, por ejemplo, al ver al legatario enfermo, esperar a su muerte para hacer adición y llevar consigo de esta manera la caída de la liberalidad. De modo que, en interés del legatario y de sus sucesores, se fijó la *diei cessio* en una época independiente de la voluntad del heredero: la muerte del testador. Se trató de la misma manera, y por las mismas razones, el legado a *término cierto*. En el *legado condicional*, al contrario, no se ha cambiado nada de la época indicada por la lógica, y la realización de la condición, según la misma voluntad del testador, era necesaria para la adquisición del legado. Según esto, es un acontecimiento incierto e independiente de la voluntad del heredero: es, pues, la época de la *diei cessio*.

615.—*Excepciones.*—Hay ciertos legados en los cuales el *dies cedit* no está fijado a la muerte del testador, aun siendo puros y simples. He aquí los dos casos más importantes:

1.° *Legados de usufructo* o *de uso.*—La *diei cessio* fué colocada, a pesar del parecer contrario de Labeón, en el momento de la adición del heredero (Fr. Vat., 60). Los autores y los textos dan diversos motivos sobre esta excepción, pero el verdadero fundamento nos parece el indicado por Ulpiano.

En efecto, si la *diei cessio* está fijada en principio a la muerte del testador, en lugar de estarlo a la adición, es en interés del legatario y de sus herederos; de manera que, en este caso, los herederos del legatario están desinteresados, porque el usufructo es un derecho intransmisible (1). El legatario tampoco tenía interés en ver avanzar la época del *dies cedit*, porque una *capitis deminutio* sobrevenida antes de la adición le hacía perder el derecho al legado (Fr. Vat., 62).

2.° *Legado hecho por el testador a su esclavo al manumitirle.*—Cuando este legado es puro y simple, el *dies cedit* se coloca también en la adición. De haberlo fijado a la muerte del testador, se anulaba el legado, porque, en efecto, el esclavo, no haciéndose libre más que a la adición, el legado hubiera beneficiado al heredero y sería nulo, puesto que en lugar de ser una *delibatio hereditatis*, hubiese quedado en la sucesión. Por el contrario, la *diei cessio*, estando colocada en la adición, el legado beneficia al esclavo manumitido (Ulpiano, L. 7, § 6, y L. 8, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2).

III.—Del objeto de los legados.

616.—El testador puede legar válidamente lo mismo cosas corporales e incorporales, o bien asimismo una universalidad (I, §§ 20 y 21, *ht.*).

617.—I. *Legados de cosas corporales.*—El legado, teniendo por resultado directo o indirecto hacer adquirir al legatario la propiedad de

---

que *dies legati cedit* significa que ha llegado el momento en el cual el legatario adquiere el derecho al legado de manera que puede transmitirlo a sus herederos.

Venire diem significat, eum diem venisse, in quo pecunia peti possit (Ulpiano, fr. 213, pr., *de V. S.*), o, lo que es igual, significa que ha llegado el momento en que el legatario adquiere actualmente el derecho legado. Por consiguiente, desde este momento puede exigir la prestación del legado.

615. (1) Ulpiano, L. 2, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2: *Si pure sit ususfructus legatus vel usus, vel habitatio: neque eorum dies ante aditam ereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit: idem et si ex die ususfructus sit relictus.*—L. 3, D., *eod.*: *Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante quis diem ejus cedere dixerit.*

la cosa legada, no puede tener por objeto ni una cosa *cujus commercium non est*, tal como una *res divini juris*, un hombre libre, ni una cosa que ya no exista o que no pueda existir. Semejante legado sería nulo, y el heredero no debe ni siquiera la estimación (1). Sin embargo, se puede legar *per damnationem* una cosa futura (Gayo, II, § 203).

En los límites que acabamos de trazar, puede el testador legar cosas corporales *in genere* o cosas corporales *determinadas*.

1. *Legado de cosas corporales «in genere»*.—Se ha legado, por ejemplo, un esclavo o un caballo. Este legado es válido, con tal que el objeto no sea muy indeterminado; es una cuestión de hecho (Cf., L. 71, pr., D., *de legat.*, 1.º, XXX).

En la época clásica, este legado podía hacerse *per vindicationem*, si el testador tenía en su patrimonio cosas de la especie de las que había legado, siendo entonces el legatario investido de la acción *in rem*, a quien pertenecía la elección. Ocurría lo contrario si el legado era *per damnationem*, pues entonces era el heredero encargado del legado quien tenía el derecho de elegir (Ulpiano, XXVI, § 14), y en todos los casos la elección debía ejercitarse sobre una cosa de calidad media (L. 37, pr., D., *de leg.*, 1.º XXX). A estas soluciones, tan admirablemente deducidas de la naturaleza del legado, Justiniano sustituye una que no tiene sino el mérito de la sencillez; concede siempre la elección al legatario, salvo voluntad contraria del testador (I, § 22, *ht.)*.

2. *Legados de cosas corporales determinadas*.—El testador ha podido legar su propia cosa, la del heredero o la de otro. Este último caso merece una atención especial.

618.—El legado de la *cosa de otro* sólo era válido, en el Derecho antiguo, si estaba hecho *per damnationem*. Después, el senadoconsulto Neroniano le hizo válido como tal, cualquiera que fuese la fórmula empleada, y bajo Justiniano ya no hubo por qué preocuparse de la forma. Pero desde la época clásica se subordinó la validez del legado de la cosa de otro a una distinción que al parecer fué sancionada por Antonino el Piadoso (I, § 4, *in fine, ht.)*. Es necesario averiguar si el testador sabe o ignora que la cosa que lega pertenece a otro. Si lo sabe, el legado es válido, y entonces el heredero está obligado a adquirir la cosa y cedérsela al legatario; de lo contrario, le paga la estimación. Pero si el testador no sabe que lega la cosa de otro, y ha creído legar la suya, el legado es nulo. En efecto, la obligación de adquirir la cosa legada es casi siempre onerosa para el heredero, y no hay necesidad de imponérsela, a menos que el testador lo haya querido. De manera que, en este caso, no se puede afirmar que fuese esa su voluntad, porque probablemente no hubiese legado la cosa sabiendo que era de otro. En la duda, se anula el legado, porque es el legatario quien debe probar que el testador ha sabido legaba la cosa de otro (Marciano, L. 21, D., *de probat.*, XXII, 3).

El legado de una cosa perteneciente al heredero no estaba, en cuanto a su validez, subordinado a la misma distinción (Papiniano, L. 67, 8, D., *de leg.*, 2.º, XXXI). Pero era aplicada en el caso en que el testador había legado una cosa hipotecada, pues entonces el heredero estaba obligado a desgravarla, si el testador no ignoraba la hipoteca, y no, si

---

617. (1) I, § 4, *ht.*: ... *Si talis res sit cujus non est commercium nec aestimatio ejus debetur... nam nullius momenti legatum est.*

N. del T.—El *legatum generis* no atribuye al legatario el derecho de elegir la cosa mejor, excepto cuando le hubiere sido conferida facultad para ello, así como tampoco puede el heredero, si le corresponde la elección, obligar al legatario a recibir la peor (§ 22, Inst., *de legat.*, II, 20; Ulpiano, fr. 71, pr., *de legatis* I.).

N. del T.—Véase para los legados de cosas corporales determinadas, Pomponio, fr. 24, § 2; fr. 45, § 2; Gayo, fr. 69, § 3, *de legatis.*, I; Celso, fr. 29, *de legatis.*, II; Papiniano, fr. 91, §§ 3 y 6 *de legatis* III.

lo sabía. Por de pronto, debía observarse la voluntad del testador expresada sobre este asunto (I, § 5, *ht.*).

619.—Cuando se lega una cosa corporal determinada, le es debida al legatario en el estado en que se encuentra en el día de la *diei cessio*, según el principio ya señalado (n.º 614). Por ejemplo, si el testador ha legado una casa, y antes de morir ha hecho añadir columnas de mármol, estas columnas están comprendidas en el legado. Ocurre lo mismo si ha añadido ovejas antes del *dies cedit* a un rebaño legado. En sentido inverso, el legatario tiene que soportar las disminuciones de la cosa legada si las ha tenido antes de esta época (I, §§ 18 y 19, *ht.*).

620.—II. *Legados de cosas incorporales.*—El testador puede legar un derecho real, lo mismo que una servidumbre predial, un derecho de usufructo, de uso o de habitación. Es más, era para estos diferentes derechos un modo de constitución muy usado (Véanse núms. 222, 1 c), 232 b) y 236).

Fuera del legado de un derecho real, los textos estudian cierto número de casos, que expondremos sumariamente.

1. *Legado de crédito.*—Este legado debía de hacerse *per damnationem*. Bajo Justiniano, no daba la acción real, y el legatario lo único que podía hacer era forzar al heredero por la acción *ex testamento* a cederle el crédito. Si el heredero rehusaba, se daba acción al legatario contra el deudor (I, § 21, *ht.*—Diocleciano, L. 18, C., *de leg.*, VI, 37, año 294).

2. *Legado de liberación.*—El testador puede legar a su deudor su liberación, empleando la forma del legado *per damnationem*. Por el efecto de este legado, el deudor no está liberado, porque el legado no es un modo de extinción de las obligaciones, y el heredero sólo está obligado a liberar al legatario, que tiene contra él la acción *ex testamento* para forzarle. Si el heredero se atreve a perseguirle en pago antes de haberle liberado, comete un dolo, por no obedecer la voluntad del difunto, y su acción es rechazada por la excepción *doli* (1).

3. *Legado de deudas.*—El legado, siendo esencialmente una liberalidad, la disposición por la cual el difunto ha legado a su acreedor lo que le debe, *Titio quod ei debeo do lego*, era nula en principio, no dando al legatario nada más que lo que le era debido; y este legado sólo era válido si le procuraba alguna ventaja; por ejemplo, si el testador ha legado *pura* y *simplemente* lo que debía a *término* o *bajo* condición (I, § 14, *ht.*). Es también válido si da al legatario una acción más ventajosa; tal es el caso en que un marido lega a su mujer la dote que debe serla restituída: la acción *ex testamento* permite escapar a las retenciones y a los términos de restitución que lleva la acción *rei uxoriae* (I, § 15, *ht.*).

Bajo Justiniano, y después de dar una hipoteca tácita al legatario, el legado de deuda es válido en general, puesto que confiere al legatario una seguridad que no tenía. Este legado sólo es nulo si está hecho a un acreedor teniendo ya hipoteca sobre todos los bienes del difunto, y si además no le procura ninguna otra ventaja.

4. *Legados de opción.*—El difunto ha podido legar el derecho de escoger un objeto de una naturaleza determinada entre los que se encuentran en la sucesión. Lo que lega es una cosa incorporal, la elección, *optio, electio*. El legatario tiene la acción *ad exhibendum* para hacerse presentar las cosas entre las cuales debe elegir, y puede quedarse con la mejor.

---

620. (1) Ulpiano, L. 3, § 3, D., *de liber. leg.*, XXXIV, 3: *Si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sine a me petatur exceptione uti possum; sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem.*—Véase para el caso donde hay varios deudores, y para otros detalles sobre el legado de liberación, el n.º 519.

Este legado era considerado como sometido a una condición: si el legatario ha ejercitado su elección. El *dies cedit* tenía lugar en aquel momento, de manera que si el legatario moría antes de haber elegido, el legado era nulo. Esto ocurría también si estaba hecho a varias personas que no se ponían de acuerdo sobre la elección. Justiniano modificó estas dos soluciones, y desde entonces este legado es tratado como los demás legados puros y sencillos, y en caso de desacuerdo entre los legatarios era la suerte la que decidía (I, § 23, *ht.)*.

En estas hipótesis y otras análogas es fácil de ver que el verdadero objeto del legado es un hecho del heredero, y se puede generalizar diciendo que el testador puede legar un *hecho del heredero*, pero a condición de que sea *lícito* (2).

621.—III. *Legados de una universalidad.*—1.° *Legado de una parte de la herencia.*—Aunque el legado no recae en principio más que sobre cosas consideradas a título particular, los textos citan dos casos de legados que tienen por objeto una universalidad: el *legado* de una parte *de la herencia* y el legado de un *peculio*. Ulpiano llama *partitio* este legado que se hacía *per damnationem: heres meus cum Titio hereditatem meam partito*, o *dividito*. El legado era entonces de la mitad de la herencia, y se podía también legar alguna fracción de la sucesión (1).

El legatario parciario no es heredero, pues no tiene más que un derecho de crédito contra el heredero para forzarle a tener en cuenta la parte que él debe recibir. He aquí cómo se hacía entre ellos este arreglo: a) Para las cosas corporales, los Proculeyanos creían que el legatario tenía derecho a su parte de bienes hereditarios, y los Sabinianos opinaban que sólo se le debía la estimación. Pomponio, que habla de esta controversia, daba la elección al heredero, a menos que se tratase de bienes que no podían repartirse sin perjuicio, o que eran en absoluto indivisibles, caso en que sólo se pagaba la estimación (L. 26, § 2, D., *de leg.*, 1.°, XXX); b) Para los créditos y las deudas, el heredero tenía sólo cualidad para obrar contra los deudores y ser perseguido por los acreedores de la sucesión. Sin embargo, el legatario debía cobrar su parte de los créditos y soportar su parte de deudas, y esta dificultad estaba resuelta por medio de compromisos recíprocos. El heredero prometía al legatario darle su parte de las sumas que le fueran pagadas, y el legatario prometía al heredero reembolsarle su parte de las deudas que tuviera que pagar. Es lo que se llamaban estipulaciones *partis* y *pro parte* (Ulpiano, XXV, § 15, *in fine)*. Entonces, cada uno de ellos tenía contra el otro la acción *ex stipulatu*, aunque corrían el riesgo de su insolvencia mutua (2).

Bajo Justiniano, este legado perdió su fisonomía particular, y la

---

(2) Marciano, I, 112, § 3, D., 1.°, XXX: *Si quid scripserit testamento fieri quod contra jus est vel bonos mores, non valet.*

N. del T.—El legado de crédito es nulo cuando nada se debe y se extingue si la deuda ha sido pagada antes de la muerte del testador, excepto cuando resulte de las circunstancias que el testador recibió el pago sin intención de revocar el legado, por ejemplo, si el testador ha puesto aparte la cosa o cantidad que espontáneamente le pagó el deudor.

N. del T.—El legado de liberación confiere al legatario el derecho de reclamar del heredero su liberación mediante *aceptilación* o *pactum de non petendo*, si no prefiere rechazar, mediante una excepción de dolo al heredero que exigiese el pago.

621. (1) Es difícil dar de este uso una explicación histórica suficiente. Acaso se haya introducido, según conjeturas de ciertos autores, para eludir la disposición de la ley Voconia, que prohibía a los ciudadanos de la primera clase instituir una mujer heredera (V. número 551, 1).

(2) En el Derecho antiguo, el legatario parciario, que recogía él solo, al menos tanto como los demás herederos instituidos, estaba encargado de continuar las *sacra* del difunto. Desde la época de Cicerón, el testador podía dispensar al legatario parciario esta carga, haciendo la *partitio* bajo deducción de una pequeña suma, *centum nummi* (Cicerón, *De legil.*, II, 19, 20 y 21).

fusión de legados y de fideicomisos tuvo por resultado hacer tratar al legatario parciario como un fideicomisario a título universal.

2. *Legado de un peculio.*—Se trata de los bienes en los que el jefe de familia deja a su esclavo la administración y el goce: es también una *universitas*, esto es, un pequeño patrimonio.

El amo propietario del peculio podía legar, bien a un tercero o al esclavo mismo, teniendo cuidado de manumitirle por su testamento, sin lo cual era nulo, volviendo al heredero. Este legado hecho al esclavo *cum libertate* era muy frecuente, porque el amo, al dar libertad a su esclavo, no quería que estuviese sin recursos (I, § 20. *ht.)*.

Para la ejecución del legado de peculio se empleaban los mismos procedimientos que para el legado de una parte de herencia. Pero la aplicación de los principios del *dies cedit* hacía variar la extensión, según que estuviese hecha a un tercero o al mismo esclavo.

a) Si está hecho a un tercero, el *dies cedit* tiene lugar a la muerte del testador. El peculio es debido en el mismo estado que estaba en este momento, y, por consecuencia, los aumentos sobrevenidos entre la muerte y la adición, y que no sean producto de las cosas mismas del peculio, no benefician al legatario.

b) Si está hecho al mismo esclavo, el *dies cedit* se retrotrae a la adición. De manera que el legatario se aprovecha de todos los aumentos sobrevenidos al peculio hasta esta época, aun después de la muerte del testador (I, § 20, *ht.)*.

IV.—Modalidades de los legados.

622.—Ciertas cláusulas pueden modificar el legado en su existencia, en su ejecución o en su extensión. Las principales son: la *condición*, el *término* y las cargas impuestas al legatario o *modus*.

623.—I. *De la condición.*—I. El legado está hecho válidamente bajo una condición *suspensiva* o *ex qua: Stichum do lego Tilio, si navis ex Asia venerit.* El efecto de esta modalidad es capital. El *dies cedit* se retarda hasta la llegada de la condición, y si el legatario muere *pendente conditione*, no transmite nada a sus herederos (V. n.º 614). Pero cuando la condición se realiza, la *diei cessio* tiene lugar con todos sus efectos ordinarios. Por consiguiente, si el legatario hijo de familia, al fallecimiento del testador, está emancipado en el momento de la realización de la condición, es a él a quien beneficia el legado (1).

La condición suspensiva sólo produce este efecto si está expresamente formulada, y no si resulta de la misma naturaleza del legado (2). Por ejemplo, se ha legado una cosa futura, el hijo que naciera del esclavo Aretuso.

Aquí hay una condición tácita: si nace un hijo. Sin embargo, el legado es tratado como puro y simple, y el *dies cedit* se coloca a la muerte

---

623. (1) Ulpiano, L. 14, § 3, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2. Cuando un legado estaba hecho bajo una condición negativa, cuyo cumplimiento depende del legatario *(si in capitolium non ascenderit)*, el *dies cedit* y la adquisición del legado debían colocarse a la muerte del legatario, puesto que sólo es en este momento cuando la condición está fijamente realizada. Para dar más efecto a la voluntad del testador, se autoriza al legatario a tomar la cosa legada, como si el legado fuese puro y simple, con tal de una garantía para devolvérsela al heredero si contravenía la condición. Esta es la caución *muciana*, llamada así por estar tomada del nombre del jurisconsulto Q. Mucio Scaevola, que la hizo admitir para los legados en el siglo VII. La extendió también a las instituciones de herederos sometidos a la misma modalidad: Ulpiano, L. 7, pr., D., *de condit.*, XXXV, 1.

(2) Papiniano, L. 99, D., *de condit.*, XXXV, 1: *Conditiones extrinsecas non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.*

del testador. El motivo de esta decisión es que, en realidad, hay legado puro y simple de un derecho condicional, y resulta que una condición añadida a la institución de heredero no hace los legados condicionales (Gayo, L., 107, D., *de condit.* XXXV, 1).

A la condición suspensiva se une la interpretación que los jurisconsultos daban del legado de prestaciones periódicas: *decem annuos aureos Titio do lego*. El primero es puro y simple; los otros son condicionales, porque se sobreentiende la condición: *si legatarius vivat*. El *dies cedit* tiene lugar al principio de cada año, si la condición se realiza, es decir, si el legatario vive todavía, pues, si él muere, sólo transmite a sus herederos el legado del año corriente; los otros se extinguen (Paulo, L., 4, D., *de an. legat.*, XXXIII, 1). Cuando se ha legado *in singulos menses* o *in singulos dies*, las mismas soluciones son aplicables cada mes o cada día. Se usaba a menudo de este procedimiento para poner un derecho de usufructo legado al abrigo de la extinción para la *capitis deminutio minima* o por el no uso. Así, un usufructo, estando legado *in singulos dies*, cada día que corresponde a un legado especial ve nacer un nuevo derecho; la *capitis deminutio* que alcanza al legatario sólo extingue el usufructo de un día (Ulpiano, L., 1, § 3, D., *quib. mod. usufr.*, VII, 4). Bajo Justiniano, que decide que la *capitis deminutio minima* no extinga el usufructo, esta práctica sólo conservó su utilidad para atenuar las consecuencias del no uso (Paulo, L., 28, D., *quib. mod. usufr.*, VII, 4.—Véase n.° 233, 2).

2. La condición *resolutoria* o *ad quam* no era admitida en los legados, puesto que en el Derecho clásico la propiedad no puede ser transferida *ad tempus*. Al parecer, debían de haberse limitado a suprimir la modalidad; pero Justiniano, en la L., 26, C., *de legat.*, VI, 37, dice claramente que el legado era nulo (V. n.° 161, nota 3). En su tiempo ya nada se opuso a la eficacia de semejante legado, y el legatario debe ofrecer garantía y devolver la cosa legada cuando la condición esté realizada.

3. La condición *imposible* o *ilícita*, a la cual está subordinado un legado, está reputada como no escrita, y el legado es válido como puro y simple (I, § 10, *de hered. inst.*, II, 14). Esta misma solución la hemos visto para la institución de heredero, justificándose entonces por el deseo de salvar el testamento. Pero no se daría esta razón para los legados, puesto que un legado nulo no impide que el testamento sea válido. Más lógico sería anular este legado, como en igual caso se anularía la estipulación, porque si la condición es imposible, el testador no ha hecho nada en serio, y, siendo ilícita, hay aquí una manifestación de voluntad necesaria de reprimir. Ésta era la opinión de los Proculeyanos, pero los Sabinianos se contentaban con borrar la condición, prevaleciendo su opinión, aunque Gayo añade que no se pueden suministrar buenas razones (Gayo, III, § 98) (3).

624.—II. *Del término.*—El término resolutorio, o *dies ad quem*, es tratado como la condición *ad quam*. En cuanto al término suspensivo *dies ex quo*, hay que distinguir según se trate de un *dies certus* o *incertus*.

1. «*Dies certus*».—En el legado a término cierto, el *dies cedit* se coloca a la muerte del testador como en un legado puro y simple, y el legatario que muere antes del vencimiento del término, pero después del

(3) Es de sentir que nuestro Código civil haya sancionado la doctrina sabiniana para los legados, y lo haya extendido a las donaciones entre vivos (art. 900, C. C.). Mejor inspirado, el Código italiano los anula (art. 1.065); aunque para el legado ha conservado la solución sabiniana (art. 849).

testador, transmite su derecho a sus herederos. En cuanto a la adquisición definitiva, sólo está consumada si ha habido adición y ha vencido el término: es entonces cuando el legatario puede exigir la ejecución del legado o repudiarle (V. n.º 612).

2. «*Dies incertus*».—Ya hemos visto lo que se entiende por un término incierto (V. n.º 557). ¿Es necesario aplicar a los legados la regla ya citada referente a las instituciones de herederos: *dies incertus conditionem in testamento facit?* Los textos están muy lejos de ofrecer soluciones satisfactorias sobre este punto, a pesar de los grandes esfuerzos de los comentaristas para justificarlo; así que creemos inútil exponerlos (1).

624 bis.—*De la «cautio legatorum».*—En caso de legado a término o condicional, era de temer que el heredero no dispusiese de la cosa legada y se encontrase al vencimiento en la imposibilidad de pagarlo. Por esto el pretor concedió al legatario el derecho de exigir caución al heredero. Es una *satisdatio:* el heredero promete ejecutar el legado a la llegada de un término o a la realización de la condición, y suministra también fiadores solventes que contraen el mismo compromiso. Si el heredero rehusa en dar caución, el legatario podía conservar en posesión el objeto del legado a título conservatorio (Ulpiano, L. 1, pr., y § 2, D., *ut legat.*, XXXVI, 3 y L. 5, pr., D., *ut in posses.* XXXVI, 4).

625.—III. «*Del modus*».—Un legado puede ser hecho *sub modo*, es decir, con una carga que el testador impone al legatario. Entonces es tratado como puro y simple; pero el heredero, al satisfacer el legado, puede exigir caución del legatario, para garantizar la ejecución de la carga (L., 40, § 5, D., *de condit.*, XXXV, 1).

Legado «paenae nomine».—A los legados sometidos a una modalidad se les puede reunir el legado *paenae nomine*, del cual damos un ejemplo: *heres meus, si servum Stichum alienaverit, Titio decem aureos dato.* Este legado, impuesto al heredero a título de pena para los casos en que realizara cierto hecho, era nulo en la época clásica. Teófilo da por motivo que el legado debe de estar inspirado por una idea benévola hacia el legatario, y no por un sentimiento hostil al heredero. Justiniano da validez al legado *paenae nomine* como legado condicional; pero si la condición impuesta al heredero es imposible o ilícita, decide que el legado sea nulo (I, § 36, *ht.*). Al suprimir el legado quita al heredero todo interés en cumplir un acto contrario a las leyes.

V.—De la nulidad y de la revocación de los legados.

626.—Las causas de nulidad de los legados son de tres clases: 1.ª Un legado puede ser nulo *ab initio;* 2.ª Puede ser nulo por aplicación de la regla *catoniana*, y 3.ª Puede estar válidamente escrito y faltarle su efecto por causas posteriores.

627.—I. *Legados nulos «ab initio».*—Un legado es nulo *ab initio* cuando le falta alguna condición esencial para su validez. Entonces está afectado de una nulidad originaria e irremediable. Ocurra lo que ocurra, será nulo (V. n.º 569, nota 1), y esto tiene lugar en los casos *siguientes:*

1.º Si en el momento de la confección del testamento el legatario no tiene la *testamenti factio* con el testador. La misma capacidad se exige entre el legatario y el heredero (1).

624. (1) Se puede consultar sobre esta materia: Ulpiano, L. 4, D., *quando dies leg.*, XXXVI, 2. Pomponio, L. 1, § 2, D., *de condit.*, XXXV, 1. Papiniano, L. 79, pr., y § 1, D., *eod.* Gayo, II, § 232.

2.° Si el legado tiene por objeto una cosa no susceptible de ser legada, como una *res divini juris* (V. n.° 617, nota 1).

3.° Si el legado es irregular, *injustum*. Entonces es nulo *ab initio*, y todas las disposiciones que contiene corren la misma suerte.

Estas causas de nulidad son las únicas (2). El legado no sufre por ciertas incorrecciones que pueda cometer el testador designando al legatario, por ejemplo, si se ha equivocado de nombre o de apellido, pues lo esencial es que la personalidad del legatario esté designada con toda claridad (I, § 29, *ht.)*. Poco importa también que el testador haya indicado una causa falsa a su liberalidad, pues no tiene que dar explicaciones del motivo que le ha inspirado (3).

628.—II. *De la regla catoniana.*—En virtud de la regla catoniana, son nulos ciertos legados. He aquí en qué casos.

Puede ocurrir que un legado reúna todas las condiciones esenciales para su validez, pero que en el momento de ser escrito hay un obstáculo accidental para su ejecución, susceptible de desaparecer, por nacer de relaciones particulares y temporales. Los textos nos dan cuatro ejemplos: 1.° Legado de una cosa perteneciente al legatario. 2.° Legado hecho al esclavo del heredero. 3.° Legado que el testador hace a su propio esclavo sin manumitirle, y 4.° Legados de materiales incorporados a una construcción.

Por una parte, parece lógico esperar la muerte del testador para pronunciarse sobre la suerte de estos legados, puesto que no están destinados a producir efecto viviendo él. Y, por otra parte, puede sorprenderle la muerte en el momento de testar, y pueden considerarse como serias y válidas las liberalidades, que no encontrarían, llegado este caso, ningún obstáculo para su ejecución. Esta solución, más rigurosa, fué la que prevaleció y se hizo una regla, la regla catoniana, formulada por Catón el Antiguo, o por su hijo, concebida en estos términos: *El legado, que sería nulo si el testador moría en el momento de testar, queda siempre nulo en cualquier época que sobreviniera el fallecimiento* (1).

Esta regla sólo se aplica a los legados por los cuales el *dies cedit* está colocado a la muerte del testador, como los legados puros y simples. No se aplica a los legados condicionales, y en general a todos por los cuales el *dies cedit* esté retrasado a una época ulterior (Papiniano, L. 3, D., *de reg. cat.*, XXXIV, 7). En efecto, en este caso, si el testador muere en el momento de la confección del testamento, no se puede decir que el legado sea nulo, porque el obstáculo puede desaparecer antes de la llegada de la *diei cessio*. De manera que hay que esperar para pronunciarse, puesto que el legado será válido si el obstáculo ha desaparecido en el momento del *dies cedit*, y nulo en el caso contrario.

629.—Apliquemos estos principios a los dos casos más importantes.

1. *Legado de la cosa del legatario.*—Este legado, aunque puro y simple, es nulo, quedando nulo también si a la muerte del testador la cosa legada ya no pertenece al legatario (I, § 10, *ht.)*. Pero la regla catoniana no se aplica si el legado es condicional y se espera la realización de la condición para saber si es válido o nulo.

2. *Legado al esclavo del heredero.*—El testador ha instituído un

---

627. (1) I, § 24, *ht.*: *Legari autem illis solis potest cum quibus testamenti factio est.*—Cf. §§ 25, 26, 27 y 28, *ht.*

(2) En el Derecho antiguo un legado podía también ser nulo *ab initio* por empleo de una fórmula impropia; pero el senadoconsulto Neroniano hizo desaparecer esta causa de nulidad.—V. n.° 610.

(3) Las *Instituciones* de Justiniano citan sobre este punto las dos reglas siguientes: *Falsa demostratio legatum non perimit* (§ 30, *ht.)*. *Falsa causa non nocet* (§ 31, *ht.*).

628. (1) Celso, L. 1, pr., D., *de cat. reg.*, XXXIV, 7: *Catoniana regula sic definit; quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum quamdocumque decesserit valere.*

solo heredero y ha hecho un legado puro y simple al esclavo del instituído. En virtud de la regla catoniana, este legado es nulo, porque si el testador muere en el momento de testar, tiene lugar el *dies cedit*, y es al heredero a quien beneficia el legado. Si, al contrario, el legado es condicional, la regla catoniana ya no es aplicable, pues el testador, viniendo a morir después de haber testado, el *dies cedit* sólo tiene lugar a la llegada de la condición, y es entonces cuando se determina la persona a quien beneficia el legado, pudiendo ocurrir que no sea al heredero, si el esclavo ha cambiado de amo o ha sido manumitido. Por eso hay que esperar el acontecimiento para fijar la suerte del legado (1).

La regla catoniana no produce la nulidad del legado en el caso inverso; es decir, cuando se ha legado al amo, instituyendo al esclavo. En efecto, suponiendo el legado puro y simple y al testador muerto después de testar, el *dies cedit* tiene lugar, y el legado beneficia al amo legatario. Pero este amo, ¿será heredero? Todavía no se sabe nada. El esclavo puede cambiar de amo, o ser manumitido al abrirse la sucesión, y por eso hay que esperar, para saber si el legado es válido (I, § 33, *ht.*) (2).

630.—Para acabar de circunscribir el dominio de la regla catoniana hay que fijarse en que no se aplicaba: 1.° A los obstáculos que proceden de una incapacidad establecida por las leyes caducarias; por ejemplo, cuando un legado está hecho a un célibe, porque el legatario, después de la muerte del testador, tiene cien días para ponerse en regla con la ley y adquirir el *jus capiendi* (L., 5, D., *de cat. reg.*, XXXIV, 7); 2.° A las instituciones de heredero (L. 3 y L. 4, D., *eod.*). Pero se aplica a los fideicomisos lo mismo que a los legados (L., 13, C., *de leg.*, VI, 37 (1).

631.—III. *Legados válidos, pero hechos ineficaces.*—Un legado puede estar hecho válidamente y hacerse ineficaz por causas posteriores a la confección del testamento. Unas pueden ser extrañas a la voluntad del testador, y las otras depender de esta voluntad.

1. *Causas extrañas a la voluntad del testador.*—Las siguientes no tienen necesidad de desarrollo: la *caída del testamento*, la *muerte* o la *incapacidad del legatario*, antes del *dies cedit;* la *repudiación* del legado, la *extinción de la condición*, cuando el legado es condicional.

También hay que añadir los dos casos siguientes:

a) El *concurso de causas lucrativas* para el legatario. En un principio, una persona no puede obtener dos veces una misma cosa en virtud de dos causas lucrativas (I, § 6, *ht.*). De manera que si el legatario ha adquirido viviendo el testador, a título gratuito, la cosa que le ha sido legada, el legado será nulo, y si la ha adquirido a título oneroso, el legado le da derecho a la estimación. Por aplicación de la misma regla, si el legatario de un fundo ha adquirido, viviendo el testador, la nuda

---

629. (1) Es la opinión sabiniana sancionada en las *Instituciones* de Justiniano (32, *ht.*, 11, 20). Pero hubo algunas disidencias (Gayo, II, § 244). Cuando hay varios herederos, la regla catoniana no arrastra la nulidad del legado hecho al esclavo de uno de ellos; porque suponiendo al testador muerto en el momento de testar, no se puede decir que el legado sea nulo. En efecto, si el amo del esclavo legatario rehusa la sucesión y si su coheredero acepta, el legado será válido (Cf. Juliano, L. 91, § 2, D., *de legat.*, 1.°, XXX).

(2) Vé-se para las otras aplicaciones de la regla catoniana: Paulo, L. 89, D., *de hered. instit.*, XXVIII, 5 y Ulpiano, 41, § 2, D., *de leg.*, 1.°, XXX.

630. (1) La regla catoniana podía ser contraria en sus resultados a la voluntad del testador. Ha desaparecido de nuestro Derecho actual, donde se sujetan a una interpretación más amplia sobre esta voluntad.

631. N. del T.—Según el antiguo Derecho, la renovación de un legado debía hacerse con las mismas fórmulas solemnes empleadas al ordenarlo (*Ulpiano, XXIV, 29*). Con la facción de un nuevo testamento, no sólo queda tácita y enteramente revocado el anterior, sino también los codicilos anteriores, así como los testamentos provistos de la cláusula codicilar, siempre y cuando no resulte voluntad contraria del testador. Un nuevo codicilo no extingue el precedente, sino en cuanto el contenido del uno sea inconciliable con el del otro.

propiedad a título oneroso, y el usufructo a título gratuito, sólo obtiene, en virtud del legado, el valor de la propiedad (I, § *ht.*).

b) *La pérdida de la cosa legada.*—Hay que distinguir según que la cosa haya perecido fortuitamente o por el hecho del heredero.

Cuando la cosa legada ha perecido por caso fortuito, el legado es nulo y falto de objeto, siendo el legatario quien sufre la pérdida (I, § 16, *ht.*). Si la pérdida no es completa, y quedan restos o accesorios de la cosa, le son debidos al legatario, con tal de que el caso fortuito haya sobrevenido después del *dies cedit;* de lo contrario, no le serán debidos; por ejemplo, un esclavo que está legado con su peculio muere antes del *dies cedit;* entonces el peculio no es debido al legatario. Ocurre lo contrario cuando se trata de cosas distintas, de las cuales una no puede ser tratada como accesoria de la otra: por ejemplo, si se ha legado una mujer esclava con su hijo, y la madre muere antes del *dies cedit,* el legado queda válido por el hijo (I, § 17, *ht.*).

Cuando ha sido el heredero quien ha hecho perecer la cosa legada, queda obligado a pagar su valor. Importa poco que haya dolo o sólo culpa por su parte, o aunque haya obrado en ignorancia del legado no es menos responsable si la pérdida procede de su hecho. Por ejemplo, el testador ha legado el esclavo del heredero; éste le manumite, ignorando el legado puesto a su cargo: queda obligado a pagar la estimación (I, § 16, *in fine*).

2. *Causas dependientes de la voluntad del testador.*—(I, *de adempt. et transl. legat.*, II, 21).—Son la *revocación* y la *translatio* del legado.

a) *Revocación.*—Es el acto por el cual el testador anula él mismo el legado que ha hecho. La revocación puede ser *expresa* o *tácita.*

Para revocar un legado expresamente, era necesario en la época clásica que esta renovación fuese escrita en un testamento, o en un codicilo confirmado, y en términos contrarios a la fórmula del legado (Ulpiano, XXIV, § 29). De manera que si se ha legado diciendo: *Do lego,* se revoca así: *Non do non lego.*

Bajo Justiniano, la revocación podía hacerse en cualesquiera términos y aun en un codicilo no confirmado (I, pr., *ht.*).

La revocación tácita resulta de ciertos actos incompatibles con la de anular la liberalidad. Por ejemplo, si se hace pagar el crédito que había legado (I, § 21, *de leg.*, II, 20). ¿Cuál es, referente a esto, el efecto de la enajenación de la cosa legada? En el Derecho clásico, esta enajenación hecha por el testador revocaba de pleno derecho el legado *per vindicationem* aun bajo el imperio del senadoconsulto Neroniano. En caso de legado *per damnationem,* el legatario conservaba su acción, pero el heredero podía oponerle una excepción de dolo, fundada sobre el cambio de voluntad del testador. Éste era el juicio de la mayoría de los jurisconsultos (Gayo, II, § 198). Más tarde, una opinión enseñada por Celso fué confirmada por Severo y Antonino, y aprobada por Justiniano, que la cita en sus *Instituciones* (§ 12, *eod.*). Se ajusta a la intención del testador, presumida según la naturaleza de la enajenación: una venta hecha para procurarse alimentos no implica la voluntad de revocar; una donación la implica siempre.

b) «*Translatio legati*».—Es un acto algo más complicado que la revocación. Contiene al mismo tiempo la revocación de un legado y la creación de un nuevo legado; pero unidos de tal manera, que es la creación del nuevo legado lo que revoca al antiguo. La *translatio* presenta analogía con la novación de una obligación (V. n.º 502).

Puede tener lugar de cuatro maneras: 1.ª Cambiando la persona del legatario: *Hominem Stichum quem Titio legavi Seio do lego* (I, § 1, *ht.*). 2.ª Cambiando la cosa legada. 3.ª Poniendo el legado a cargo de otro heredero. 4.ª Subordinando a una condición un legado que era puro y simple (Paulo, L. 6, pr., D., *de adim. vel tr.*, XXXIV, 4).

VI.—Del acrecentamiento en los legados. De las leyes caducarias.

632.—Cuando un legatario no recoge la liberalidad que le está hecha, bien por rehusarla, por morir o por estar incapacitado, ¿a quién beneficia la extinción del legado? Hay que separar el caso en que el testador ha regulado la atribución de la cosa legada; su voluntad, expresada en el testamento sobre este punto, debe respetarse. Pero en caso de no haber dicho nada, ¿cómo debe resolverse esta cuestión? Sobre este punto hay que distinguir tres períodos: 1. El Derecho antiguo. 2. Las leyes caducarias. 3. El Derecho de Justiniano.

633.—I. *Derecho antiguo.*—En un principio, la extinción de un legado beneficia al heredero que estaba gravado y que se encuentra de esta manera desembarazado de la carga que le fué impuesta.

Pero esta regla tiene excepción cuando una misma cosa ha sido legada a varias personas, a dos por ejemplo, sin atribución de parte. Cada uno de los legatarios tiene derecho a todo, y si llegan a recoger juntos el legado, se lo reparten. Si falta uno, y el otro no está limitado, recoge todo, porque tiene derecho personal a la totalidad, y entonces se dice que hay acrecentamiento.

Entre colegatarios, como entre coherederos, la base del acrecentamiento es el derecho de varias personas a la totalidad de una cosa; pero si el principio es el mismo, la aplicación es diferente. Entre coherederos, el acrecentamiento es la *regla*, porque cada heredero tiene derecho a la sucesión entera, aunque le haya sido asignada una sola parte. Entre colegatarios, el acrecentamiento es la *excepción*, y resulta de la voluntad del testador, puesto que dos o más legatarios no tienen derecho a una misma cosa nada más que si el testador lo ha querido así. Si les ha asignado partes, no tienen derecho al todo, y no hay acrecentamiento.

634.—Para saber cuándo hay acrecentamiento entre colegatarios, hay que determinar en qué casos varios legatarios de una misma cosa tienen cada uno derecho al todo. En el Derecho antiguo se diferencian sobre este punto las diversas clases de legados.

I. *Legados «per vindicationem».*—Una misma cosa puede ser legada a varios de dos maneras: a) Por una misma frase: *Do lego fundum Cornelianum Titio et Seio.* El legado está hecho *conjuctim;* b) Por frases diferentes: *Do lego fundum Cornelianum Titio; do lego eundem fundum Seio.* El legado está hecho *disjunctim.* En estos dos casos tiene lugar al acrecentamiento (1). Si falta uno de los legatarios, el otro recoge todo. El acrecentamiento es *forzoso*, y se opera *sine onere*, porque el legatario no hace más que conservar lo que su derecho personal le daba: el derecho de recoger.

Las mismas soluciones eran aplicables al legado *per praeceptionem* (Gayo, II, § 223).

2. *Legados «per damnationem».*—En este legado no hay nunca acrecentamiento, porque dos o varios legatarios *per damnationem* no pueden

---

632-633. N. del T.—Según el Derecho clásico, en virtud de las leyes Julia y Papia, el *caducum* sustituyó, por regla general, en los legados, al derecho de acrecer; pero las disposiciones de estas leyes fueron abolidas por Justiniano (Gayo, II, 205-208. Ulpiano, XXIV, 12, 13).

Este emperador extendió tal derecho a los legados de obligación y a los fideicomisos. De aquí que los pasajes de los jurisconsultos fuesen acomodados, mediante numerosas interpolaciones, al Derecho justinianeo.

634. (1) Gayo, II, § 199: *Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim... dificientis portio non collegatario adrescere.* — Ulpiano, XXIV, § 12.

tener derecho a la totalidad de una misma cosa. En efecto: a) O el legado está hecho *conjunctim: Heres meus damnas esto dare fundum Cornelianum Titio et Seio.* En este caso, el derecho de los legatarios, que es un derecho de crédito, se divide *ipso jure.* Cada uno sólo tiene derecho a su parte (2), de manera que no hay acrecentamiento, y si falta uno de los colegatarios, su parte beneficia al heredero; b) O el legado está hecho *disjunctim: Heres meus damnas esto dare fundum Cornelianum Titio; heres meus damnas esto dare eundem fundum Seio.* El fundo es debido entonces tantas veces como haya sido legado, y el primer legatario que le reclame le obtiene todo entero; el segundo, la estimación. De esto resulta que el fallecimiento de un legatario no modifica la extensión del derecho del otro, pues es el heredero quien se beneficia, sin ser cuestión de acrecentamiento (3).

El legado *sinendi modo* estaba sometido a las mismas reglas, y aunque estuviera hecho *conjunctim* o *disjunctim*, era inaplicable el acrecentamiento (4).

En fin, no hay tampoco acrecentamiento en los *fideicomisos*, que sólo daban un derecho de crédito, como el legado *per damnationem* (Fr. Vat., § 85, *in fine*).

635.—El legado de usufructo presentaba en el punto de vista del acrecentamiento una particularidad muy notable. Cuando el usufructo de un fundo estaba legado por el todo a dos personas *per vindicationem*, el acrecentamiento tiene lugar, lo mismo que en el legado de propiedad, si falta uno de los legatarios. Pero aunque hayan recogido los dos su parte del usufructo, si uno de ellos llega a morir, el acrecentamiento se realiza también en beneficio del otro. No ocurre así para los legatarios de propiedad, pues el que muere después del *dies cedit* transmite su derecho a sus herederos (Ulpiano, Fr. Vat., § 77). Esta diferencia mira a la naturaleza del usufructo, que en lugar de ser perpetua, como la propiedad, es un derecho esencialmente temporal. La restricción que sufre cada legatario, por consecuencia del concurso de su colegatario, no es temporal: si uno muere, el derecho del otro recobra su plenitud.

636.—II. *Leyes caducarias* (1).—La teoría del acrecentamiento fué suprimida en gran parte, en las instituciones de herederos y en los legados, por las disposiciones de las leyes caducarias (Gayo, II, § 205).

Se da este nombre a dos leyes votadas bajo Augusto: la ley *Julia de maritandis ordinibus*, del año 736 de Roma, y la ley *Papia Poppaea*, del año 762, que completa y modifica sobre ciertos puntos la ley Julia.

En esta época, las guerras civiles habían llevado consigo una disminución considerable de la población ingenua y agotado por completo el Tesoro público. En una sociedad donde las costumbres estaban singularmente relajadas, los ciudadanos se alejaban del matrimonio y evi-

(2) Ulpiano, Fr. Vat., § 85: ... *Quoniam damnatio partes facit.*—Gayo, II, § 205: *In conjunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.*

(3) En el caso donde un legado *per vindicationem* sea válido como legado *per damnationem*, en virtud del senadoconsulto Neroniano, la voluntad del testador la llevaba, y se admitía el acrecentamiento.—Fr. Vat., § 85: ... *In neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur...*

(4) Gayo nos dice, es verdad, que en caso de legado *sinendi modo* hecho *disjunctim*, había controversia sobre los derechos respectivos de los legatarios (I, § 215). Pero las dos soluciones propuestas llegaban a la negación del acrecentamiento.

N. del T.—Si es cierto que, por regla general, no cabe el derecho de acrecer entre los colegatarios unidos solamente *verbis*, esta regla vale sólo en los casos dudosos, porque cesa, ante la intención contraria del testador, toda vez que en las disposiciones de última voluntad todo depende de la recta interpretación de la presunta voluntad de los testadores. Por este principio se explica la decisión de Javoleno en el fr. 41, pr., *de legatis*, II.

636. (1) Estas leyes, llamadas también *leges novae*, se aplicaban a las instituciones de herederos lo mismo que a los legados. Pero hemos preferido no excindir la explicación para dar aquí la teoría en su conjunto.

taban voluntariamente las obligaciones que impone la paternidad. El legislador entonces se propuso: por una parte, regenerar las costumbres y evitar el decrecimiento de la población, y por otra parte, enriquecer el Tesoro (2).

Para llegar a este doble fin hizo uso a la vez de castigos y de recompensas. Las leyes caducarias alentaban al matrimonio y a la procreación de hijos legítimos, gravando con ciertos recargos a los célibes y a las gentes casadas que no tuviesen *familia*. Acordaron también privilegios a los que habían satisfecho sus prescripciones, y atribuían a veces al Tesoro las liberalidades que quitaban a los incapaces (3). La teoría de las leyes caducarias comprende el estudio de las penas que decretan y las recompensas que conceden de su destino y de su abrogación.

637.—1. *Caducidades: incapacidades.*—Las leyes caducarias imponen ciertas incapacidades a las personas siguientes:

a) *Los caelibes.* Son los celibatarios, hombres o mujeres no casados, y que no tienen hijos de matrimonio anterior. La ley Julia los priva por el todo de las liberalidades que les son dejadas en un testamento, bien sea por institución o bien por legado (Gayo, II, § 111).

b) Los *orbi*, o personas actualmente casadas, pero sin hijo legítimo vivo o aun sencillamente concebido. La ley *Papia Poppaea* los imponía, en cuanto a las mismas liberalidades, una caducidad de la mitad solamente (Gayo, II, § 286) (1).

Estas personas conservaban la *testamenti factio;* pero en la medida en que la ley les perjudicaba, no tenían el *jus capiendi*, a menos que no hubiesen obedecido a sus prescripciones en los cien días siguientes al fallecimiento del testador (V. n.º 554). De lo contrario, las instituciones y los legados con los cuales eran agraciados quedaban sin efecto; eran *caducos, caduca* (2).

638.—Las caducidades estaban moderadas por restricciones. Eran éstas *los manumitidos; los hombres menores* de veinticinco años y las mujeres menores de veinte; los hombres que se han quedado viudos después de los sesenta años,y las viudas después de los cincuenta (Ulpiano, XVI, § 1); la viuda durante dos años después de la muerte del marido, y la mujer divorciada, durante los dieciocho meses siguientes al divorcio (Ulpiano, XIV); los cognados del testador hasta el séptimo o sexto grado, el *sobrino natus*, y algunos aliados (Fr. Vat., §§ 216 a 219). Estas personas *exceptuadas* tienen el *jus capiendi solidum* o la *solidi capacitas*. Aunque célibes, recogen la totalidad de las liberalidades que les son hechas. Pero no se benefician del antiguo derecho de acrecentamiento ni pueden pretender las partes caducadas.

Había también personas más *favorecidas:* éstas eran los ascendientes y los descendientes del testador hasta el tercer grado. Tienen el *jus antiquum*, es decir, que quedan bajo la aplicación del Derecho antiguo, y aunque sean célibes, recogen íntegramente lo que les haya sido dejado,

(2) L. 1, pr., C., *de cad. tol.*, VI, 51: *Materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus.* Tácito, An., III, 25: *Relatum deinde de moderanda Papia Poppaea, quam senior Augustus, post Julias rogationes, incitandis caelibum paenis, et augendo aerario sanxerat.*

(3) La ley *Papia Poppaea* retrasaba también la *diei cessio* de los legados puros y simples o a término, y la posibilidad de hacer adición hasta la apertura del testamento. V. número 614, nota 1.

637. (1) La rúbrica del título XXX de las Reglas de Ulpiano estaba así concebida: *De caelibe, orbo et solitario patre.* Este *pater solitarius* estaba también afectado de alguna incapacidad. Se ignora en qué medida y de qué personaje se trata. Acaso fuera el hombre viudo o divorciado, teniendo hijos de precedente matrimonio.

(2) Las leyes caducarias no se aplicaban a los *fideicomisos*, vistos en la época de Augusto con bastante favor. Pero el S. C. Pegasiano, del tiempo de Vespasiano, les hizo entrar bajo la aplicación de estas leyes (Gayo, II, § 286). En cuanto a las *sucesiones ab intestato*, han quedado siempre extrañas; sin duda, porque los parientes más próximos, exceptuados por las leyes caducarias, son los que suceden *ab intestato*.

beneficiándose además de liberalidades caducas o nulas por alguna otra causa, según las reglas del acrecentamiento (3).

639.—2. *Recompensas; proemia patrum.*—Las disposiciones testamentarias caducas benefician a los *patres* agraciados en el mismo testamento. Tienen el *jus caduca vindicandi*, o el derecho de reclamar los *caduca*.

a) Los *patres* son los hombres casados, teniendo por lo menos un hijo vivo; nacido *ex justis nuptiis*, que esté o no en su poder. Los nietos cuentan solamente para el abuelo paterno (Fr. Vat., § 195). Los privilegios unidos a esta cualidad de *patres* no se concedían a las mujeres, según atestiguan las expresiones *proemia patrum*.

b) Las liberalidades sobre las cuales se ejerce el derecho de los *patres* son llamadas *caducas*, y son las instituciones y legados que, válidamente escritas, les falta su efecto a causa de leyes caducarias (1). Las que válidas *ab initio* quedan ineficaces según el Derecho antiguo, por causas posteriores a la confección del testamento, son tratadas como las *caduca* y llamadas *in causa caduci*. Pero las liberalidades nulas *ab initio* escapan al derecho de los *patres* y quedan sometidas a las reglas del acrecentamiento.

El privilegio de los *patres* puede ser definido de esta manera: si en un testamento se dirigen ciertas liberalidades a los *patres*, y otras a personas marcadas de caducidad, los *patres* recogen todo lo que les ha sido dejado y se benefician además de las partes caducas *(caduca* e *in causa caduci)*.

639 bis. — La adquisición de las *caduca* se opera *de pleno derecho* en virtud de la ley (Ulpiano, XIX, 17). Cien días después de la muerte del testador, *el pater* puede reivindicar las partes caducas que le están atribuídas (Fr. de *jure fisci*, 3); pero es libre de rehusarlo, aparte de que esta adquisición tiene siempre lugar *cum onere*. La ley concede un privilegio a los *patres*, pero a condición de ejecutar las cargas impuestas al incapaz (Ulpiano, XVII, § 3).

640.—En la atribución a los *patres* de las partes caducas había que seguir cierto orden. Algunos *patres* eran preferidos a otros, y hay que distinguir sobre esto según que el *caducum* sea una parte de herencia o un legado.

a) *Atribución de las partes de herencia caducas.*—Si entre los herederos instituídos los hay que estén afectados por las leyes caducarias, son atribuídas sus partes: 1.° A los herederos *patres* instituídos con ellos *conjunctim;* 2.° A los herederos *patres* no *conjuncti* con los que faltan; 3.° Si no hay herederos *patres*, a los legatarios *patres;* 4.° En fin, y en defecto de legatarios *patres*, al *aerarium*. Si todos los herederos están afectados de caducidad, ya no hay nada que sostenga el testamento, y aun habiendo legatarios *patres* se abre la sucesión *ab intestato* (Gayo, II, § 144).

b) *Atribución de legados caducos.*—Éstos son atribuídos: 1.° A los legatarios *patres conjuncti* con los que faltan. 2.° A los legatarios *patres;* 3.° A los otros legatarios *patres*, y 4.° En fin, y en defecto de legatarios *patres*, al *aerarium* (Gayo, II, § 207).

De manera que entre los *patres* la ley prefiere a los que son *conjuncti*. Los jurisconsultos se preguntaban lo que se debía de comprender por esto, y han interpretado la palabra en el sentido literal. Un texto de Paulo (L. 89, D., *de leg.*, 3.° XXXII) distingue las *conjuncti re et verbis*, *verbis tantum* y *re tantum:* a) Hay *conjunctio re et verbis* cuando dos o

(3) Ulpiano, XVIII: *Qui habeant jus antiquum in caducis.*

639. (1) Hay que añadir las que se refieren a un *manumitido latino juniano* privado del *jus capiendi* por la ley Junia: Ulpiano, XVII, § 1.

varios legatarios están llamados a una misma cosa por una misma frase. Es la *conjunctio* en el más alto grado; b) Hay *conjunctio verbis tantum* cuando una cosa está legada a varios por una sola frase, pero con asignación de partes. Es una *conjunctio* aparente más bien que real, y que, sin embargo, beneficia a los legatarios *patres;* c) Por último, hay *conjunctio re tantum* si la misma cosa está legada a varios por frases diferentes. Es una verdadera *conjunctio* derivándose de la fuerza de las cosas y de la identidad de derecho de los legatarios. Pero como no eran llamados por la misma frase, y según la apariencia, semejante legado estaba hecho *disjunctim*, los jurisconsultos estaban conformes en opinar que esta *conjunctio* no debía beneficiar a los legatarios *patres.* Los legatarios *patres* llamados en primer lugar a recoger los legados caducos, son: primero, los *conjuncti re et verbis*, y después, los *conjuncti verbis tantum.* Los que son *conjuncti re tantum* se les considera en tercera línea, en defecto de herederos *patres*, y con los otros legatarios no *conjuncti.*

641.—La atribución de las partes caducas a los *patres* había *limitado* especialmente el dominio del acrecentamiento. Sin embargo, y aun bajo las leyes caducarias, se aplicaba todavía en los casos siguientes:

a) Cuando se trata de disposiciones nulas *ab initio* y reputadas como no escritas, *pro non scriptis;*

b) Cuando las personas llamadas en el testamento son incapaces o son parientes que gozan del *jus antiquum in caducis;*

c) Cuando la disposición caduca es un *legado de usufructo.* Aplicando a este legado el *jus caduca vindicandi*, se hubiese modificado el carácter del usufructo legado, pues si se cambia de usufructuario y se quita el usufructo a un incapaz para dárselo a un *pater*, ya no es el mismo derecho.

642.—3. *Abrogación de las leyes caducarias.*—Estas leyes no tuvieron ninguna influencia sobre las costumbres, y desde su promulgación se hicieron impopulares. Se buscó en la práctica la manera de eludir sus reglas, y las cláusulas por las cuales el testador separaba la aplicación eran admitidas generalmente por la jurisprudencia (L. 1, pr., C., *de cad. tol.*, VI, 51). Sin embargo, su abrogación sólo se completó bajo Justiniano. Según testimonio de Tácito (An., III, 28), ciertas disposiciones en extremo odiosas, pero que quedaron desconocidas, se suprimieron bajo Tiberio. Ulpiano, por otra parte, señala una reforma de Antonino Caracalla, de donde parece resultar que este principio quita el *jus caduca vindicandi* a los *patres* para dárselo al *fisco* (1). Es cierto que este derecho subsistía aún bajo Justiniano (*L. 1, 14, C., eod.),* y probablemente fué restablecido por Macrino, que abolió varias de las medidas fiscales de su predecesor Caracalla (Capitolino *Macrino*, 13).

Constantino llevó a las leyes caducarias un alcance más grave. Bajo la influencia del cristianismo, habiéndose operado una reacción en favor del celibato, este emperador suprimió las caducidades que atacaban a los célibes y a los *orbi* (C., Th., *de inf. coel. poen.*, VIII, año 320). En fin, Justiniano, en el año 534, abolió el *jus patrum*, haciendo desaparecer los últimos trazos de esta legislación (L. 1, C., *de cad. tol.*, VI, 51).

643.—III. *Del acrecentamiento bajo Justiniano.*—Habiendo suprimido Justiniano el *jus caduca vindicandi*, redujo todos los legados a una misma especie y asimiló los legados y los fideicomisos, y debía también regular de nuevo la materia del acrecentamiento. Esto fué lo

---

642. (1) Ulpiano, XVII, 2: *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur: sed servato jure antiquo liberis et parentibus.* Algunos opinan que Caracalla sustituyó solamente el fisco al *aerarium.* El final del texto *(servato jure antiquo...)* es contrario a esta interpretación.

que hizo en la L. 1, C., *de cad. tol.*, VI, 51, y en las *Instituciones*, § 8, *de legatis*. He aquí el resumen:

1. En los legados y en los fideicomisos, el acrecentamiento tiene lugar cuando una misma cosa ha sido legada a varios, *conjunctim* o *disjunctim*. No es necesario distinguir si el legado transfiere la propiedad o si no da más que un derecho de crédito. En todos los casos se aplican las antiguas reglas del acrecentamiento para el legado *per vindicationem*.

2. Por una distinción poco lógica, decide: que si el legado está hecho *disjunctim*, el acrecentamiento es *forzoso* y tiene lugar *sine onere;* si el legado está hecho *conjunctim*, el acrecentamiento tiene lugar *cum onere*, siendo además voluntario, porque es preciso que el legatario decida si debe aceptar las cargas.

Todas estas soluciones están subordinadas a la voluntad del difunto, pues aun habiendo asignación de partes, el acrecentamiento no siempre está descartado y hay que buscar cuál ha sido la intención del testador. Pero en esta nueva reglamentación no es cuestión de la de las tres conjunciones *re et verbis*, *verbis tantum* y *re tantum*, nacidas de la interpretación de las leyes caducarias y que desaparecieron después de su abrogación (1).

A).—De la ley Falcidia.

(I, *de lege Falcidia*, II, 22.)

644.—La libertad ilimitada de legar, de la cual disfrutaba el testador en el Derecho antiguo, podía tener sus inconvenientes. Cuando el heredero encontraba poco ventajoso aceptar una sucesión agotada por liberalidades de este género, la repudiaba; y esto llevaba consigo la caída del testamento y la apertura de la herencia *ab intestato*. Diferentes leyes buscaron sucesivamente la manera de remediarlo (Gayo, II, § 224).

a) La ley *Furia testamentaria* (1) decide que no se podía recoger un legado superior a mil ases sin sufrir una pena del cuádruplo (Ulpiano, § 2). Había personas exceptuadas: los cognados del testador hasta el sexto grado, y en el séptimo el *sobrinos natus* (Fr. Vat., 301). Esta ley era insuficiente, puesto que dejaba al testador la facultad de consumir su patrimonio haciendo legados de mil ases (Gayo, II, § 225).

b) La ley *Voconia*, del año 585, prohibía legar más de lo que se dejara al heredero, por lo que éste no podía ser enteramente despojado. Pero el testador, al multiplicar los legados, tenía la facultad de poder reducir su parte a proporciones insignificantes (Gayo, II, § 226).

c) La ley *Falcidia*, plebiscito votado en el año 714 de Roma, concede un remedio más eficaz, y decide que no se pueda legar más de tres cuartos de la herencia, y que el heredero conserve al menos el cuarto de la sucesión: esto es, la *cuarta Falcidia* (Gayo, II, § 227).

645.—Esta ley es de orden público, y el testador no puede separar ni modificar la aplicación por una disposición expresa (Scaevola, L. 27, D., *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2). Están comprometidos desde luego varios

643. (1) Se ha sostenido, sin razón, la opinión contraria, apoyándose sobre las L. 89, D., *de leg.* 3.°, XXXII y 142, D., *de verb. sign.*, L. 16. Pero estos textos están sacados de un comentario de Paulo sobre las leyes caducarias, y se refieren al *jus caduca vindicandi*. Es de sentir que se hayan insertado en el Digesto. Resulta que ciertos autores han mezclado torpemente la materia del acrecentamiento con la *conjunctio* de las leyes caducarias; y la influencia de esta tradición se hace sentir todavía en el artículo 1.044 del Código civil.

644. (1) Se coloca generalmente esta ley en el año 571 de Roma. Pero el solo punto cierto es que es anterior a la ley *Voconia*.

intereses: el del testador, que debe procurar no morir intestado; el del heredero, a quien es justo conceder un emolumento, para que no sea reducido al papel de simple ejecutor testamentario; y, en fin, el de los legatarios, que perderían sus derechos si el testamento fuese *destitutum*.

1. *Quién tiene derecho a la cuarta Falcidia.*—Todo heredero testamentario tiene derecho a la cuarta Falcidia. Habiendo varios herederos, se admitía que cada uno tenía derecho de retener el cuarto de su parte hereditaria. Por ejemplo: Ticio y Seyo son instituídos cada uno por mitad; Seyo no está gravado de legado, pero Ticio lo está por toda su parte: tiene derecho al cuarto de su mitad, es decir, al octavo (1). Sin duda no está en juego el interés del testador; pero esta solución se justifica por el interés del heredero, y también por el de los legatarios, por lo menos en la época en que el acrecentamiento entre coherederos tenía lugar *sine onere*.

Cuando uno de los instituídos recogía la parte del otro, por acrecentamiento, los Sabinianos sólo le concedían una cuarta, calculada sobre el conjunto de la sucesión, y Antonino el Piadoso dió también una decisión en este sentido. Pero Próculo, cuyo juicio prevaleció, no admitía esta solución si la parte de la persona que faltaba estaba sobrecargada de legado; entonces permitían al heredero retener una cuarta distinta sobre esta parte (L. 1, § 14, y L. 78, D., *ad leg. Falcd.*, XXXV, 2).

2. *Cálculo de la cuarta.*—La cuarta Falcidia es igual, para cada heredero, al cuarto del activo neto de su porción hereditaria. Supongamos, para mayor sencillez, que no hay más que un heredero. Para obtener el activo neto de la sucesión hay que evaluar el activo y rebajar el pasivo.

a) El activo contiene todos los bienes corporales e incorporales que deja el difunto, incluso sus créditos contra el heredero (2).

Se aprecia el valor de estos bienes colocándose en el *fallecimiento del testador*. Aunque parece más lógico colocarse en la adición de herencia, porque es precisamente en este momento cuando son exigibles los legados puros y simples, no se ha querido que el retraso del heredero pueda perjudicar o beneficiar a los legatarios, según que la sucesión hubiese disminuído o aumentado de valor entre la muerte y la adición. Todo debe regularse al fallecimiento, en la época donde los bienes se hacen bienes de la sucesión (I, § 2, *ht.)*.

De esto resultan las consecuencias siguientes: 1. Si entre la muerte y la adición aumenta el valor de la sucesión, no se benefician los legatarios, y hubieran hecho mal en quejarse, puesto que el heredero hubiera podido hacer adición desde el momento de la apertura de la sucesión. 2. Si en el mismo plazo disminuye este valor, los legatarios no se perjudican; pero amenazándoles de repudiación, podía el heredero llevarles a una transacción y hacerles soportar una parte de la pérdida (I, § 2, *in fine, ht.)*.

b) Del activo se rebaja el pasivo, es decir, las deudas del difunto, aun con el heredero, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos en el testamento, por favor hacia la libertad (I, § 3, *ht.)*. De esta manera se obtiene el activo neto, cuyo cuarto representa la cuarta Falcidia.

3. *Reducción de legados.*—Los legados están sujetos a reducción cuando su valor excede de las tres cuartas del activo neto de la sucesión. Es necesario, por tanto, estimar el importe de los legados, colocándose

---

645. (1) I, § 1, *ht.*: ... *Etenim in singulis heredibus ratio Falcidiae ponenda est.*

(2) Se presentaban algunas dificultades para la evaluación de los créditos condicionales y correales que pertenecían al difunto. Los procedimientos empleados están indicados en las L. 73, § 1 y 62, pr., D., *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. Se aplican también cuando se trata de rebajar del activo deudas de la misma naturaleza.

en la época del fallecimiento (3). Una vez hecha esta evaluación, es fácil comprobar si el instituído guarda, a título de heredero *jure hereditario*, el cuarto, al menos, del activo neto, y no se tiene en cuenta lo que haya recibido por legado o fideicomiso, por donación entre vivos o por causa de muerte (L. 74, D., *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2). Si el heredero conserva *jure hereditario*, el cuarto al menos del activo neto, se mantienen los legados; de lo contrario, deben reducirse.

Esta reducción está sometida a las reglas siguientes: a) Tiene lugar de pleno derecho, de suerte que si se trata de un legado traslativo de propiedad, la cosa legada se encuentra indivisa, por el efecto de la reducción, entre el heredero y el legatario (4); b) Tiene lugar naturalmente si el objeto del legado es divisible, como el usufructo; pero siendo indivisible como las servidumbres prediales, el heredero ejecuta el legado por entero, con tal de que el legatario le pague el valor de la porción reducida (L. 80, § 1, D., *eod.)*; c) Por último, se hace proporcionalmente al valor de cada legado. Todos son reducidos a su marco verdadero. Sin embargo, los hay que se sustraen a la reducción. Tal es el legado de la dote hecho por el marido a su mujer (L. 81, § 1, D., *eod.)*, y, en general, el legado que hace el testador a su acreedor de lo que le debe. Estos legatarios, en suma, no hacen más que recoger su bien. Por tanto, si el legado da más de lo que les es debido, el excedente cae bajo la aplicación de la ley Falcidia (L. 1, § 10, D., *eod.)*.

Cuando un legado es exigible y el heredero no sabe todavía si hay que reducirle, el pretor le permite exigir, pagando, que el legatario le suministre *satisdatio* para el caso que el legado fuese reducido (L. 1, pr., D., *si cui plus...*, XXXV, 3). Pero al heredero ya no le queda ningún recurso si por error ha pagado un legado, ignorando la ley Falcidia; y no tiene el derecho de reclamar, como pagado indebidamente, lo que excede de la cuarta (L. 9, § 5, D., *de jur., et fact.*, XXII, 6).

4. *Casos en que no se aplica la ley Falcidia.*—La ley Falcidia no se aplicaba al testamento de un militar (L. 12, C., *de test. mil.*, VI, 21). Además, el heredero era libre, después de haber hecho adición, de observar la voluntad del difunto y de comprometerse con los legatarios a ejecutar todos los legados (L. 46, D., *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2).

Bajo Justiniano, hay que añadir dos casos más donde el heredero ya no goza de la ventaja que le aseguraba la ley: a) Cuando ha sido negli-

(3) Los legados de usufructo y de renta vitalicia presentan dificultades de evaluación. Ulpiano, sobre este asunto, da en la L. 68, D., *ht.*, elementos de cálculo poco diferentes de los que la ciencia moderna ha establecido.

(4) Ulpiano, L. 1, § 5, D., *quod legat.*, XLIII, 3: ... *Portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet...*

N. del T.—No debe deducirse que todo lo que perece después de la muerte del testador perece para el heredero solamente, porque un cuerpo cierto y determinado perece siempre para todos los que tuvieran en él un derecho cualquiera. Así el legatario pierde su derecho de propiedad o de crédito sobre el objeto cierto que perece por caso fortuito, y el heredero no está obligado a pagarle su estimación.

N. del T.—Cuando siendo los instituídos también herederos legítimos repudiaban la institución, a fin de recoger la sucesión *ab intestato* y de dispensarse de ejecutar la voluntad del difunto, el Derecho pretorio conservaba la acción contra ellos a los legatarios y fideicomisarios. Según una Novela (1, cap. I) de Justiniano, los legatarios, los fideicomisarios o los esclavos manumitidos en el testamento pueden, según el orden establecido, y dando caución de ejecutar todas las disposiciones del testador, recoger con preferencia a los herederos legítimos la herencia abandonada por los instituídos.

N. del T.—Debe deducirse de la masa las deudas del difunto, porque no se considera bienes, sino lo que resta después de pagadas las deudas: *bona intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt* (L. 39, § 1, fr. *de verb. signif.)*.

N. del T.—Al principio de que la reducción de legados se hace entre todos los legatarios indistintamente, hay algunas excepciones, especialmente para el caso en que el testador hubiera ordenado agregar a tales legados aquello que a él se le hubiera deducido; la reducción se efectúa entonces enteramente sobre los demás legados (L. 64, 88, § 2, D., *ad leg. Falcid.)*.

gente en hacer inventario, la adición lleva para él la obligación de pagar todos los legados; b) Cuando el testador ha separado, por una disposición expresa, la aplicación de la ley Falcidia (Nov. 1, c., 2, 2, año 539). Esta era una grave reforma que cambiaba absolutamente el carácter de esta ley, pues en lugar de ser una regla de orden público, desde entonces no fué más que una presunción de la voluntad del testador, que cede a una intención contraria formalmente expresada.

B.—De los fideicomisos.

I.—Generalidades.

646.—Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llama un *fideicomiso*, a causa de los términos empleados: *rogo, fideicommitto* (Ulpiano, XXV, § 2). Al heredero gravado se le llama *fiduciario*; y aquel a quien restituye, *fideicomisario*.

Semejante disposición, en su origen, no tenía nada de obligatoria civilmente; era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario.

Bajo Augusto, la inejecución de ciertos fideicomisos habiendo ofendido muy manifiestamente la opinión pública, el emperador los hizo ejecutar por la intervención de los cónsules. Esta medida pasó en el Derecho, y se creó hasta un pretor especial, *praetor fideicommissarius*, para ocuparse de los fideicomisos (I, § 1, *de fideic. hered.*, II, 23).

647.—Por razón misma de su origen, el fideicomiso obedece siempre a principios más amplios que el legado. Podemos, en la época clásica, señalar entre las dos instituciones las diferencias siguientes:

1. El fideicomiso puede dejarse, no solamente en un testamento, como el legado, sino también en un codicilo, y por alguien que haya muerto intestado (Gayo, II, § 270).

2. Puede ser puesto a cargo del heredero, de un legatario o de un fideicomisario; mientras que sólo se puede legar a cargo del heredero (Gayo, II, § 271).

3. Puede estar escrito en griego, y hasta dejarse por un sencillo signo, *nutu* (Ulpiano, XXV, §§ 9 y 3). Esta gran libertad engendra dificultades a toda prueba. Teodosio exigía, cuando no había escrito, el testimonio de cinco personas. Justiniano permitió a quien reclamaba el fideicomiso deferir el juramento al gravado, después de haber jurado él mismo que no obraba por espíritu de embrollo (I, § 12, *de fid. hered.*, II, 23).

4. El fideicomiso, en su origen, podía recogerse hasta por una persona privada de la *testamenti factio* o del *jus capiendi*. Pero algunos senadoconsultos habidos bajo Adriano prohibieron dejar los fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas (Gayo, II, §§ 285 y 287). El senadoconsulto Pegasiano establece la misma prohibición contra los célibes y los *orbi* (Gayo, § 286); pero no alcanzaba a los latinos junianos. Fué después de estas reformas cuando Ulpiano pudo decir de una manera algo exagerada, sin embargo, que se podía dejar un legado y un fideicomiso a las mismas personas (Ulpiano, XXV, § 6).

5. El fideicomisario sólo adquiere un derecho de crédito. Su acción es llevada a Roma delante del pretor, y del presidente en las provincias. Estos magistrados no entregan ninguna fórmula y juzgan ellos mismos el asunto: es una *cognitio extraordinaria* (Ulpiano, XXV, § 12).

6. Un testador, después de haber instituído un heredero, no tenía derecho a disponer de nuevo de su patrimonio, en todo o en parte, por institución o por legado, en beneficio de otra persona, para el momento en que su heredero muriese. Pero podía rogar a este heredero restituir a su muerte, a una persona designada, la totalidad o una parte de la sucesión (Gayo, II, § 277). Este fideicomiso se dejaba casi siempre, primero, a cargo del heredero; después, a cargo del primer fideicomisario, y así sucesivamente, de manera a obtener una serie de restituciones, teniendo cada una por fecha la muerte de la persona gravada. Estos fideicomisos fueron muy numerosos en la época imperial, sin que haya resultado ningún inconveniente (1).

Bajo Justiniano desaparecieron estas diferencias, por consecuencia de la asimilación de legados y fideicomisos. Haremos, sin embargo, el estudio de estas liberalidades, como ya lo hicimos con las de los legados. Había dos clases: los *fideicomisos de herencia* y los *fideicomisos particulares.*

II.—De los fideicomisos de herencia.

(I., *de fideicommissariis hereditatibus*, II, 23.)

648.—El fideicomiso de herencia tiene por objeto la totalidad o una cuota-parte de la sucesión. Veamos un ejemplo de fideicomiso universal: *Lucius Titius heres esto. Rogo te, Luci Titi, ut cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas, restituas* (I, § 2, *ht.).*

Los efectos de estos fideicomisos en el Derecho antiguo fueron modificados primeramente por dos senadoconsultos, y después por Justiniano.

649.—I. *Derecho antiguo.*—El heredero sólo es el instituído, y continúa la persona del difunto, y, por tanto, el fideicomisario, el único derecho que tiene es exigir la restitución de la herencia, si la liberalidad alcanza sobre el todo.

Esta restitución se opera de la manera siguiente: a) Para las cosas corporales de la sucesión, el heredero puede hacer tradición al fideicomisario, o dejarle tomar posesión, y éste se ha hecho propietario de esta manera, o se pone en disposición de usucapir, según la naturaleza de los bienes; b) En cuanto a los acreedores y a las deudas, se recurrió a un expediente. El heredero vende la sucesión al fideicomisario en un precio ficticio, *nummo unno*, habiendo después entre ellos estipulaciones que se hacen ordinariamente entre el vendedor y el comprador de una herencia: estipulaciones *emptae et venditae haereditatis.* El fideicomisario promete al heredero indemnizarle para el pago de deudas hereditarias; y, por su parte, el heredero promete reembolsar al fideicomisario los créditos de la sucesión que le sean pagados. De esta suerte tienen

---

647. (1) En nuestro antiguo Derecho, estos fideicomisos se hicieron célebres, con el nombre de *sustituciones fideicomisarias.* En la Edad Media y más tarde sirvieron para acumular los bienes de una familia a nombre del mayor de los hijos. Este abuso llegó a una reacción empezada en el siglo XVI y terminada en nuestro Derecho por la supresión casi total. Cf. art. 896, C. C.

N. del T.—Ulpiano (XXIV, § 1) definía el fideicomiso: *quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.*

Los autores suelen definirlo como llamamiento por la voluntad del hombre a la obtención gratuita de un patrimonio o parte de él, o de una cosa determinada, con palabras de ruego en acto unilateral y revocable.

N. del T.—El Derecho anterior a Justiniano distinguía el legado cuotativo, *partitio legata*, del fideicomiso de la herencia, *fideicommisum hereditatis.* El primero, en el significado del Derecho antiguo, desapareció en el justinianeo, y se le aplicaron, por regla general, los principios del fideicomiso hereditario.

el uno contra el otro, para forzarle a ejecutar su promesa, la acción *ex stipulatu* (Gayo, II, § 252.—V. n.º 697, nota 1).

Si en lugar de una restitución total, el fideicomiso sólo tiene por objeto una cuota-parte de la herencia, los compromisos recíprocos sólo tienen lugar por parte, como entre el heredero y un legatario parciario; éstas se llaman estipulaciones *partis et pro parte* (Gayo, II, § 254, *in fine*.—V. n.º 621, 1). Este procedimiento ofrecía el inconveniente de hacer correr al heredero y al fideicomisario el riesgo de la insolvencia mutua. De manera que el heredero tenía probabilidades de pérdida, y en caso de fideicomiso universal no ganaba nada, lo cual podía impedirle de hacer adición. Esta situación se mejoró por dos senadoconsultos.

650. II. *Senadoconsulto Trebeliano.*—Fué dado bajo Nerón hacia el año 56 de nuestra era, y decide que el fideicomisario se asimile a un heredero: *loco heredis*. Las acciones hereditarias le son transmitidas de pleno derecho, a título de acciones útiles; de manera que puede obrar contra los deudores, y ser perseguido por los acreedores de la sucesión (Gayo, II, § 253). El título de heredero le queda al fiduciario con las acciones que van unidas. Pero estas acciones no tienen ya utilidad práctica, porque si persiguen a los deudores, les oponen la excepción *restitutae hereditatis*, y si los acreedores de la sucesión obran en contra de ellos, les rebaten por la misma excepción (Juliano, L. 127, § 7, *ad S. Trebel.*, XXXVI). En caso de fideicomiso parcial, las acciones se dividen de pleno derecho entre el fideicomisario y el heredero (I, § 8, *ht.*).

Para la restitución de las cosas corporales, un sencillo acuerdo de las voluntades era suficiente para lo sucesivo, pues desde que el heredero ha manifestado oralmente o por carta su intención de restituir, el fideicomisario que acepta tiene las cosas de la sucesión *in bonis* antes de haber tomado posesión (Gayo, L. 63, pr., D., *ad S. C. Trebel.*, XXXVI, 1). Existe también contra los terceros una acción análoga a la petición de herencia y sometida a las mismas reglas: la *fideicommissaria hereditatis petitio* (Cf. D., *de fid. her. pet.*, V, 6).

De esta manera el heredero y el fideicomisario ya no tenían por qué temer su mutua insolvencia. Pero el heredero podía todavía no ganar nada, cuando el fideicomiso alcanzaba la totalidad de la sucesión. Otro senadoconsulto remedió este inconveniente.

651. III. *Senadoconsulto Pegasiano.*—Este senadoconsulto, que data del reinado de Vespasiano, concede al heredero instituído gravado de fideicomisos universales o particulares, absorbiendo la totalidad o la mayor parte de la sucesión, el derecho de retener el cuarto, como se lo permitía la ley Falcidia en presencia de legatarios (Gayo, II, § 254). De esto resultaba una consecuencia enojosa: el fideicomisario universal, reducido a los tres cuartos, queda asimilado a un legatario parciario, y ya no es *loco heredis*, como decidía el Trebeliano, pero sí *loco legatarii*. Desde entonces era sólo el heredero quien estaba en relación con los acreedores y deudores de la sucesión, y era necesario hacer intervenir entre él y el fideicomisario las estipulaciones *partis et pro parte* (Gayo, II, § 254, *in fine*). Esto representaba volver a los inconvenientes que había hecho desaparecer el Trebeliano. Sin embargo, eran menores, y el único que corría el riesgo de la insolvencia era el fideicomisario, pues la cuarta Pegasiana se calculaba como la cuarta Falcidia, sobre el activo neto, y se dejaba al heredero lo suficiente para pagar las deudas del difunto.

El senadoconsulto Pegasiano prevé el caso en que el heredero instituído rehuse hacer adición, y autoriza al fideicomisario para comparecer delante del pretor con el heredero, que recibe del magistrado orden de hacer adición. Pero acepta por cuenta del fideicomisario, y debe darle

todo, aunque el fideicomiso sólo sea parcial, y entonces las acciones pasan de pleno derecho al fideicomisario, como bajo el imperio del Trebeliano (Gayo, II, § 258). Sólo ocurre así en caso de fideicomiso a título universal, y no en los fideicomisos particulares, lo cual prueba que esta disposición tiene su causa en interés de los acreedores hereditarios, y no en el de los fideicomisarios.

652.—En suma, desde el senadoconsulto Pegasiano y hasta Justiniano, el fideicomisario de hvrencia es tan pronto *loco heredis* como *loco legatarii* (1).

En efecto: a) Cuando el fiduciario no tiene que restituir más de tres cuartas de la sucesión, el fideicomisario es *loco heredis*, en virtud del Trebeliano (Gayo, II, § 255), y será también *loco heredis* si el heredero, según la disposición del Pegasiano, ha sido forzado de hacer adición y restituirlo todo por orden del pretor; b) Cuando el fiduciario, por el contrario, está gravado de un fideicomiso absorbiendo más de tres cuartos de la sucesión, retiene la cuarta, y el fideicomisario es *loco legatarii*, en virtud del Pegasiano (Gayo, II, § 256). Pero ¿cómo había de decidir si el heredero no retenía la cuarta y ejecutaba por entero el fideicomiso? La opinión que sobre esto aplicaba entonces el Trebeliano, y al fideicomisario le consideraba como estando *loco heredis*, es la que parece haber prevalecido (Paulo, S., IV, 3, § 2).

653.—IV. *Reformas de Justiniano.*—Este emperador califica su reforma de una manera muy especial. Anuncia que suprime el Pegasiano y conserva el Trebeliano; y de esto viene que nuestros antiguos autores llamen *Trebeliana* la cuarta *Pegasiana*. En realidad, funde juntas las disposiciones de los dos senadoconsultos; de esto resultan las reglas siguientes:

1. El fideicomisario de herencia es siempre *loco heredis*, haya sufrido o no la reducción de la cuarta. Las estipulaciones *partis et pro parte*, que Papiniano calificaba de capciosas, se suprimen también (I, § 7, *ht.*).
2. La disposición del pegasiano para el caso en que el fiduciario rehuse hacer adición, se conserva, y puede ser obligado por orden del pretor para que restituya todo (I, § 7, *in fine, ht.*).
3. El fiduciario tiene siempre el derecho de retener la cuarta, salvo cuando hace adición por orden del pretor. Fuera de este caso, si por error ha restituído todo, puede reclamar lo que haya pagado de más; lo cual no tenía derecho de hacer antes de Justiniano (Cf. Paulo, S., IV, §§ 3 y 4 y I, § 7, *ht.*).
4. En fin, el fideicomisario adquiere en lo sucesivo como legatario un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, y no tiene por qué temer la enajenación o la hipoteca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la sucesión. El tiene la *rei vindicatio* contra los terceros adquirentes, aun de buena fe, del día en que la restitución deba tener lugar a su beneficio. Los terceros no pueden prevalerse contra él, ni de la usucapión ni de la *praescriptio longi temporis* (L. 3, §§ 2 y 3, C., *com. de legat.*, VI, 43, año 531).

III.—De los fideicomisos particulares.

(I, *de singulis rebus per fid., relictis*, II, 24.)

654.—Los fideicomisos particulares sólo tienen por objeto cosas consideradas a título particular, por ejemplo, los legados. La forma es

652. (1) I, § 3, *ht.*: *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet; is vero recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.*

la misma que la de los fideicomisos a título universal (I, pr., y 3, *ht.)*.

El testador podía dejar por fideicomiso particular todo lo que hubiese podido legar *per damnationem;* no solamente lo que le pertenecía, sino también la cosa del heredero, y la de otro. En este caso, el fiduciario, o debía adquirirla para devolvérsela al fideicomisario, o pagarle la estimación (I, § 1, *ht.)*. La teoría del *dies cedit* se aplicaba a los fideicomisos particulares (Cf., D., XXXVI, 2). Ocurre lo mismo con el senadoconsulto Pegasiano: el heredero gravado de liberalidades de este género, fuera de los límites de los tres cuartos de la sucesión, podía retener la cuarta (Gayo, II, § 254). Pero siendo un legatario que esté gravado de un fideicomiso particular, no tiene derecho a la cuarta, que sólo pertenece al heredero. Además, no puede estar obligado a devolver más de lo que ha recibido (I, § 1, *ht.)*.

El senadoconsulto Trebeliano no podía tener aquí ninguna aplicación, porque el fideicomiso particular no hace pasar al fideicomisario, adquirente a título particular, ninguna parte de los créditos ni de las deudas.

655.—Justiniano, al fundir juntos los fideicomisos y los legados, decide que las reglas más amplias, aplicables a cada clase de liberalidad, fuesen en lo sucesivo comunes a los dos. Por eso fué, especialmente, por lo que el fideicomisario, que sólo tenía un derecho de crédito, como el legatario *per damnationem*, tuviese siempre las tres acciones: real, personal e hipotecaria (I, § 3, *de legat.*, II, 20).

Sin embargo, existen ciertas diferencias, que no han podido borrarse, entre la manumisión directa por testamento y el fideicomiso de libertad: a) El testador no puede manumitir directamente más que el esclavo del cual sea propietario, cuando testa al morir, y, por el contrario, puede dejar la libertad por fideicomiso al esclavo del heredero, o al esclavo de otro (Gayo, II, §§ 267 y 272); b) El esclavo manumitido directamente se hace, a la adición de herencia, libre de pleno derecho, por el efecto del testamento, mientras que el esclavo manumitido por fideicomiso recibe la libertad del heredero, que se hace su patrono (Ulpiano, II, § 8.—V. n.º 74, 1, 3).

Apéndice.—De los codicilos.

(I, *de codicillis*, II, 25.)

656.—El origen de los codicilos se une estrechamente con el de los fideicomisos. En efecto, los ciudadanos que fueron los primeros en sujetarse a la buena fe de un heredero testamentario o *ab intestato* para ejecutar un fideicomiso, consignaban sus voluntades sobre tablillas, sin emplear las formalidades de los testamentos. Lucio Lentulo, en el tiempo de Augusto, fué el primero en hacer este uso, y habiéndose extendido esta práctica, convoca Augusto a los jurisconsultos para consultarles sobre la cuestión y decidir si este uso no sería contrario a los principios del Derecho. Trebatio uno de los más autorizados, opinó que debía aprobarse, porque los ciudadanos obligados a emprender grandes viajes, y que no pudiesen realizar las formas del testamento, podían,

---

656. N. del T.—No estaban en un principio sometidos los codicilos a ninguna solemnidad; pero bajo los emperadores de Constantinopla se sujetaron a ciertas formalidades. Según una Constitución atribuída en el Código a Teodosio (L. *ult.*, § *ult. de codicil.)*, pero un fragmento de la cual inserto en la Ecloga, a continuación del párrafo 3.º, pertenece a Justiniano, que la añadió a la constitución de Teodosio, deben hacerse los codicilos de un solo contexto, sea verbalmente, sea por escrito, en presencia de cinco testigos convocados para este efecto o reunidos por el acaso. Si son escritos los codicilos, deben poner en ellos los testigos su marca o signo *(subnotationem suam)*.

al menos, hacer codicilos. La opinión pública no estaba aún resuelta a esta decisión cuando Labeón dejó codicilos, y entonces ya nadie dudó de su validez (I, pr., *ht.)*.

El *codicilo* es, pues, un acto de última voluntad que no está sometido a ninguna de las formalidades del testamento, y se podían dejar varios; era un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no se hubiera podido realizar por un nuevo testamento sin revocar el primero (I, § 3, *ht.*—V. n.º 571, 2).

Un codicilo no puede contener ni institución de heredero, ni sustitución, ni revocación de institución, ni desheredación (I, § 2, *ht.)*. Para precisar las disposiciones que pueden figurar, hay que hacer una distinción: a) El codicilo sin testamento, o *ab intestato*, sólo puede contener fideicomisos; pero es independiente y se sustrae a las causas de rupturas de los testamentos (I, § 1, *ht.)*; b) El codicilo testamentario acompaña al testamento, y puede o no ser confirmado. Si está *confirmado* por el testamento, puede contener fideicomisos, legados, revocaciones de legados, manumisiones directas y daciones de tutores. Pero sus disposiciones son como un apéndice del testamento, y comparten su suerte. El *codicilo no confirmado* depende también del testamento y cae con él, pero no puede contener más que fideicomisos.

Estas distinciones, bajo Justiniano perdieron su importancia, puesto que los legados se asimilaron a los fideicomisos y podían desde entonces figurar en un codicilo *ab intestato*. Pero siempre con esta diferencia: los codicilos testamentarios solos, siguen la suerte del testamento.

Un testamento nulo por vicios de forma valía como codicilo si el testador había manifestado su voluntad expresamente. Esto es lo que se llama la *cláusula codicilar* (Cf. Paulo, L. 29, § 1, D., *qui test., fac.*, XXVIII, 1).

Sección II.—De la sucesión "ab intestato".

Generalidades.

657.—A falta de heredero testamentario, se abre la sucesión *ab intestato*, llamada también *legítima*, porque es la ley de las XII tablas, la que designa heredero. Los decenviros, inspirándose acaso en costumbres ya en vigor, sancionaron un sistema completamente opuesto a las ideas modernas y al Derecho natural, en el que para nada se tenía en cuenta el lazo de la sangre y las afecciones presuntas del difunto, sino que descansaba únicamente sobre la constitución de la familia civil.

Según la *ley*, son llamados: 1.º Los *herederos suyos*, o personas libres colocadas bajo la potestad directa del difunto; 2.º El *agnado más próximo*, fuera de esta categoría privilegiada; 3.º Los *gentiles* (1).

Tres clases de parientes se encontraban así excluídos de la sucesión a la cual hubiesen podido aspirar con justicia; éstos eran: 1.º Los hijos emancipados o salidos por alguna otra causa de la familia civil del difunto, no le suceden; 2.º Los nietos nacidos de una hija no heredan al abuelo materno, porque están en la familia civil del padre, y no en la de la madre; 3.º Los hijos no suceden a la madre, ni la madre a los hijos, por no existir nunca entre ellos la potestad, base de la familia civil.

---

657. (1) Ulpiano refiere así el texto de las XII tablas: *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (XXVI, § 1, y *Lex Dei*, XVI, c. 4, §§ 1 y 2).

Sólo la *manus* podía modificar esta situación, porque la madre entonces entraba en la familia civil, haciéndose la agnada de sus hijos, pero en el segundo grado y a título de hermana.

Este primitivo sistema se modificó poco a poco, bajo la influencia del Derecho pretoriano, de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales.

En la época de Justiniano se oscureció un poco todo esto por causa de sucesivas reformas, y las excepciones salidas de este largo trabajo de reorganización disiparon casi la regla. No quedaron más que los marcos: los personajes ya no son los mismos; por eso se hacía sentir la necesidad de una reforma radical. Justiniano la cumplió creando un nuevo sistema en las Novelas 118 y 127.

658.—Dividiremos en seis párrafos el estudio de esta materia. Después de haber dicho cómo se abre y adquiere la herencia *ab intestato* (§ 1), trataremos del caso más ordinario: la sucesión de un ingenuo hecho *sui juris* sin emancipación, lo que es el derecho *común;* y sobre la designación de heredero expondremos: el sistema de las XII tablas (§ 2), el sistema del Derecho pretoriano, con la teoría de las *bonorum possessiones* (§ 3), las reformas de los senadoconsultos y las constituciones imperiales (§ 4). Después vendrán las reglas especiales a la sucesión del manumitido, del ingenuo emancipado y del hijo de familia (§ 5), y, en fin, la exposición del nuevo sistema creado por las Novelas 118 y 127 (§ 6).

§ I.—Apertura y adquisición de la sucesión "ab intestato".

659.—*Apertura de la sucesión «ab intestato».*—Está regida por los principios siguientes:

1. *Sólo hay sucesión legítima si no hay sucesión testamentaria* (1).—Teniendo los romanos una preferencia marcada por la sucesión testamentaria, mientras haya esperanza de un heredero que viene en virtud del testamento, no se abre la sucesión *ab intestato.* De lo que resulta que no hay heredero testamentario en los casos siguientes: a) Cuando el difunto no ha hecho testamento; b) Cuando el testamento es *injustum, ruptum, irritum* o declarado *inofficiosum;* c) Cuando el instituído ha muerto antes, es incapaz, rehusa o está instituído bajo una condición que no se realiza (I, pr., *de hered. quae ab int.*, III, 1).

2. *La sucesión legítima se abre en el momento en que es cierto que no hay heredero testamentario.*—Es una consecuencia de la regla precedente, pues la sucesión legítima se abre, lo mismo en el fallecimiento que más tarde, y en caso de testamento inoficioso se abre cuando ha triunfado la *querella.*

Si el instituído llega a ser incapaz después de la muerte del testador, o rehusar la herencia, en el día en que se cumplen estos diversos acontecimientos es cuando se abre la sucesión *ab intestato* (I, § 7, *eod.*).

3. *Es en el momento de la apertura de la sucesión legítima cuando es necesario colocarse para apreciar la capacidad, la cualidad y el grado de los herederos «ab intestato».*—(Gayo, III, § 13). Así, es necesario ser ciudadano romano para recoger una sucesión legítima, puesto que es un modo de adquirir del Derecho civil; y el que siendo ciudadano al fallecimiento ha perdido el derecho de ciudadanía en la apertura de la sucesión, no puede recogerla (Paulo, S., IV, 10, § 3). Es necesario que

---

659. (1) Ulpiano, L. 39, D., *de adq. vel omit her.*, XXIX, 2: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato, non defertur.*

el heredero *ab intestato* esté concebido por lo menos en el momento de la muerte de aquel a quien sucede; se admite en su favor la suposición de la gestación más larga, la de diez meses (2).

660.—II. *Adquisición de la sucesión «ab intestato».*—Ya hemos visto, al estudiar la sucesión testamentaria, las reglas que gobiernan la adquisición de la herencia, de manera que nos limitaremos a indicar cuáles son las que se aplican a la sucesión *ab intestato*.

1. Los principios son los mismos para la adquisición de herencia testamentaria y para la sucesión legítima. Por esta razón suele encontrarse entre los herederos *ab intestato*, herederos *necesarios* y herederos *voluntarios*. Los herederos *suyos* son herederos *necesarios* (I, § 30, *de hered. quae ab int.*, III, 1), y se les concede el beneficio de abstención. Los *agnados* y los *gentiles* son herederos *voluntarios*, y, bajo Justiniano, el agnado puede aceptar bajo beneficio de inventario. Por su parte, los acreedores hereditarios tienen derecho a la *bonorum separatio* en caso de sucesión *ab intestato*, lo mismo que en caso de sucesión testamentaria.

2. Es necesario aplicar también a la sucesión legítima: los efectos de la adquisición; las reglas del acrecentamiento (I, § 4, *de S. C. Orphit.*, III, 4); las de fideicomisos, porque aun muriendo intestado se puede dejar por codicilo; en fin, bajo Justiniano, solamente las de los legados, porque las asimiló a los fideicomisos.

3. Quedan, por el contrario, extraños a la sucesión *ab intestato* todos los principios que conciernen a la designación del heredero testamentario y la teoría de las leyes caducarias.

De manera que nuestro estudio de sucesiones legítimas está, por tanto, reducido a la determinación de las personas a quienes están deferidas.

§ 2.—Sistema de las XII tablas.

(I, *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur*, III, 1.)

661.—1. *Primer orden: «sui heredes».*—La ley de las XII tablas llamaba en primer lugar a los *sui heredes* (1), que son los descendientes legítimos o adoptivos colocados bajo la potestad directa del difunto, las mujeres *in manu* y los póstumos suyos (I, § 2, *ht.* V. n.º 588).

Suceden todos sin distinción de grado, y cuando el difunto deja un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo ya fallecido, estos nietos no son excluídos por el hijo, pues suceden en lugar de su padre (Gayo, III, § 7). La partición se hace por cabezas, *in capita*, siendo todos los herederos suyos del primer grado: tres hijos recogen cada uno un tercio. En todos los demás casos se hace por troncos, *in stirpes;* por ejemplo, si hay un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo premuerto, la sucesión se divide en dos partes, puesto que hay dos troncos; el hijo recoge una mitad, y la otra se reparte para los nietos (Gayo, III, § 8).

662.—2. *Segundo orden: agnados* (I, *de legitima adgnatorum successione*, III, 2).—A falta de heredero suyo, las XII tablas llamaban a la sucesión *ab intestato* al *agnado más próximo*. Los *herederos suyos* llamados en primera línea no son más que agnados privilegiados: los *descen-*

(2) Paulo, L. 7, D., *de stat. hom.*, I, 5: *Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.* Ulpiano, L. 3, § 11, D., *de suis et leg.*, XXVIII, 15: *Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem.*

661. (1) I, § 1, *ht.*: *Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.*—Ad. I, § 2, *eod.*

dientes del difunto. Los agnados llamados en segundo orden son *colaterales* (1).

El que sucede siempre es el agnado más próximo. Si hay un hermano y dos sobrinos nacidos de otro hermano premuerto, el hermano solo recoge la sucesión, pues los dos sobrinos no pueden ocupar el lugar de su padre (I, § 5, *ht.*). Si hay varios agnados en el mismo grado, concurren, y se hace el reparto por cabezas (Ulpiano, XXXVI, § 4). Los agnados, además, suceden *in infinitum*, cualquiera que sea el grado que les separe del *difunto* (I, § 3, *ht.*).

La ley de las XII tablas no admitía en este orden la *devolución*. Este derecho es el que tiene un heredero privado por otro para aceptar la sucesión, cuando la ha repudiado el que le precede. Esta cuestión no podía presentarse para los herederos suyos, que eran llamados todos juntos, y eran también herederos necesarios. Se presentaba para los agnados, pero no se les concedía, la devolución, y si el agnado más próximo rehusa, la sucesión pasa al orden siguiente, a los *gentiles* (2).

Bastante tiempo después de las XII tablas, la jurisprudencia vino a restringir el círculo de los agnados llamados a la sucesión *ab intestato*, excluyendo a las mujeres *agnadas* que no fuesen hermanas consanguíneas. Esta medida fué tomada después de la ley *Voconia*, del año 585, y debió ser inspirada por el mismo espíritu, para impedir la riqueza en las mujeres (3).

663.—3. *Tercer orden: Gentiles.*—Cuando no había ni herederos suyos ni agnados colaterales, la ley de las XII tablas llamaba en tercera línea a los *gentiles*, que indudablemente venían todos a la sucesión con iguales derechos. Ya hemos indicado la oscuridad que reina sobre la *gens* y los derechos de gentilidad (V. n.º 81). De todos modos, es bien cierto que la gentilidad cayó en desuso en la época de Gayo (III, § 17). Desde el siglo VII concedió el pretor a los parientes naturales del difunto, a los *cognados*, el lugar de *gentiles* (V. n.º 678) (1).

§ 3.—Sistema del Derecho pretoriano.

Teoría de las "bonorum possessiones".

664.—Al lado de las sucesiones reguladas por el Derecho civil, el pretor concibió, y puso por obra, todo un sistema paralelo, más equi-

---

662. (1) Paulo, L. 10, § 3, D., *de grad. et adf.*, XXXVIII, 10: *Proximiores ex agnatis sui dicuntur.* Gayo, III, § 9. I, §§ 1 y 2, *ht.*—V. n.º 80, 2.

(2) Gayo, III, § 12: *Nec in eo jure successio est...* Es con la palabra *successio* con la que los jurisconsultos expresan la idea de devolución. Cf. I, § 7, *ht.*, III, 2.

(3) Es así como Paulo explica esta *media jurisprudentia* (S., IV, 8, 20): *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque jure civili Voconiana ratione videntur effectum.*

N. del T.—Los *heredes sui* se consideraban en vida del *paterfamilias* casi como copropietarios de los bienes paternos; muerto el *paterfamilias*, adquiría la propiedad absoluta sobre aquellos bienes, y para que no los adquirieran era necesario que el *paterfamilias* les hubiese privado expresamente de ellos (Gayo, III, 2: *Collatio*, XVI, 2, §§ 2, 3 y 15, 156 y 157).

N. del T.—Los *agnati* y los *gentiles* originariamente no tuvieron más que un derecho exclusivo a ocupar los *corpora hereditaria*, los cuales, en defecto de *heredes sui*, hubieran quedado sin dueño (Gayo, III, 11 y 14 y sigt.).

663. (1) Cuando una sucesión no había sido aceptada por ningún heredero civil ni pretoriano, los bienes quedaban sin dueño, *bona vacantia*, hasta que la *usucapio pro herede* se la hacía adquirir al primero que se apoderaba de ella. Hacia el final del siglo VI, el pretor permitió a los acreedores quedarse en posesión de la sucesión y venderla (Gayo, III, § 78, *in fine*). Fué únicamente bajo Augusto cuando la ley *Julia caducaria* atribuyó los *bona vacantia* al pueblo (Ulpiano, XXVIII, § 7), es decir, al *aerarium*, reemplazado más tarde por el *fisco*. Debe pagar las deudas hereditarias *intra vires successionis*, y cuando la herencia es insolvente, los acreedores tienen derecho a venderla, para obtener el mayor precio posible (L. 1, § 1 y L. 11, D., *de jure fisci.*, XLIX, 14).

N. del T.—Ya se ha indicado en otro lugar que por *gens* se entiende, según la opinión

tativo y menos estrecho que el de las XII tablas. La cualidad de agnado ya no era la única base del derecho hereditario; los parientes unidos simplemente por el lazo de sangre encontraban también la sanción de sus derechos. Estas sucesiones, deferidas por el pretor, llevan el nombre de *bonorum possessiones*, y están lo mismo organizadas para caso de *sucesión testamentaria* como para el de sucesión *ab intestato*, formando un sistema completo desde principio del siglo I de nuestra era.

A).—Nociones generales.

665.—1. *Noción, origen y desarrollo de las «bonorum possessiones».*— La *bonorum possessio* se puede definir de esta manera: *una sucesión pretoriana del conjunto del patrimonio del difunto* (Cf. Ulpiano, L., 3, § 2, D., *de bon. pos.*, XXXVII, 1). Es de derecho más bien que de hecho; es decir, que no implica el hecho mismo de la posesión; se puede ser *bonorum possessor*, lo mismo que heredero, antes de poseer la sucesión, y aun sin que ella contenga ninguna cosa corporal (1).

El origen de las *bonorum possessiones* es algo oscuro. La conjetura más plausible las hace derivar del derecho que tenía el pretor, bajo las acciones de la ley, de regular la posesión interina en las instancias de petición de herencia. En efecto, en toda acción real juzgada *per sacramentum*, el magistrado debía atribuir a uno de los litigantes la posesión de la cosa en litigio durante el proceso (Gayo, IV, § 16). Este arreglo se hacía siempre según su voluntad, y publicaba de antemano en su edicto los principios por los cuales daría la posesión interina de la sucesión, pero sin borrar la cuestión de derecho, que sería juzgada ulteriormente al final del proceso. De esto procede el origen de las *bonorum possessiones*. El pretor tenía costumbre de conceder el título de poseedor de la sucesión, aun fuera de todo litigio, a quien se lo pidiera apoyándose sobre un testamento regular, o probando que era el heredero más próximo *ab intestato*. La *bonorum possessio*, en sus primeras aplicaciones, confirmaba el Derecho civil, favoreciendo el éxito del heredero, y le permitía, cuando le era concedida, ponerse en posesión de los bienes hereditarios por medio de un interdicto especial, llamado *quorum bonorum*, asegurándose de esta manera el papel, más fácil, de demandado (2). Más tarde, y en ausencia de herederos, el pretor concede a los cognados la *bonorum possessio*, *completando* de esta manera el Derecho civil e impidiendo que la sucesión quedase vacante. En fin, al principio del Imperio, llegó hasta *corregir* el Derecho civil, dando la *bonorum possessio*, en presencia de herederos, a personas a las cuales la ley no reconocía ningún derecho. De esta manera el pretor cumplió su habitual

---

más aceptada, el conjunto de distintas familias procedentes de un mismo tronco. La gentilidad supone un parentesco agnaticio lejano, cuyo recuerdo se mantiene todavía, bien que se haya borrado la noción exacta del grado que lo constituye. Hay otras opiniones acerca de lo que era la *gens* patrocinadas por los autores. Así, Nierburh sostiene que la *gens* no tiene nada que ver con el parentesco ni con la comunidad de origen, sino que es una agrupación política formada por familias agregadas, entre sí extrañas, y solamente reunidas por relaciones municipales y religiosas. Ortolán, por otra parte, dice que la palabra *gens* designa la familia del patrono con relación a la descendencia del cliente o liberto.

665. (1) Ulpiano, L. 3, § 1, D., *de bon pos.*, XXXVII, 1: *Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamem recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.* Hay que fijarse en que *bonorum possessio* es una inversión sancionada para designar la sucesión pretoriana.

(2) Gayo declara, en efecto, que el interdicto era, en caso igual, la única ventaja que la bonorum possessio daba al heredero (III, § 34): *Quibus casibus beneficium ejus in es solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est «quorum bonorum» uti possit.*

misión: confirmar, completar y corregir el Derecho civil (Cf. L. 7, § 1, D., *de justit.*, I, 1) (3).

666.—II. *Cómo se obtiene la «bonorum possessio».*—Todo aquel que, en virtud del edicto, tiene derecho a una *bonorum possessio*, puede pedirla él mismo *(petere agnoscere)*, o por medio de un mandatario; y puede también rehusarla o abstenerse, lo cual produce el mismo efecto. Para obtenerla, había que dirigirse al pretor en Roma, o al gobernador en provincias, con una demanda verbal o escrita (1). Si ésta era conforme al edicto, el magistrado, haciendo acto de jurisdicción graciosa, fallaba sin información, y aun hasta fuera de su tribunal. En ciertos casos excepcionales se reservaba también el derecho de conceder una *bonorum possessio*, después de información, haciéndolo entonces por decreto, lo cual se llamaba *decretalis* (V. n.º 680).

La demanda debía hacerse en el término útil de un año, para los descendientes y ascendientes, y de cien días para cualquier otra persona, y este término sólo se contaba desde el día en que la persona interesada tenía conocimiento de su derecho. Quien dejara expirar el término sin hacer su demanda, perdía la *bonorum possessio* que hubiese podido obtener, lo mismo que si la hubiese rehusado. He aquí las consecuencias de esta exclusión:

a) Cuando en el mismo orden existían parientes en el mismo grado llamados por el pretor, había acrecentamiento en su beneficio (L. 3, § 9, L. 4 y L. 5, D., *de bon. pos.*, XXXVII, 1). Había alguna vez devolución si estaban en un grado ulterior; por ejemplo, los cognados.

b) Cuando en el mismo orden no se presentaba nadie, había devolución por el orden siguiente. Así, de los descendientes, el derecho pasaba a los agnados, y de los agnados a los cognados. La misma persona, acumulando diversas cualidades, podía sucederse a ella misma: *sibi ipsi succedere*. Por ejemplo, un agnado que tenía derecho a la *bonorum possessio unde legitimi* dejaba expirar el plazo. Entonces el derecho pasaba al orden siguiente, a los cognados. Pero si el agnado era pariente natural del difunto, podía también prevalerse de este título y pedir la *bonorum possessio unde cognati* (Ulpiano, L. 1, § 11, D., *de suc. edict.*, XXXVIII, 9).

667.—III. *Efectos de la «bonorum possessio».*—El *bonorum possessor* no es un heredero, cualidad que sólo puede dar el Derecho civil. Es *loco heredis*, en una situación análoga a la de un heredero (1).

---

(3) Se han propuesto otros varios sistemas para explicar el origen de las *bonorum possessiones*. Son éstos los principales: 1. El pretor las habría establecido para corregir el antiguo Derecho civil. Se invocan en este sentido las *Instituciones* de Justiniano, pr., *ht.*, III, 9: *Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris civilis gratia.* Ad. Gayo, III, 25. Sin embargo, es cierto que las primeras aplicaciones de la *bonorum possessio* no hicieron más que confirmar el Derecho civil (Cf. Cicerón, Act. 2.ª *in Ver.*, 1, 44.—*Pro Cluent.*, 60). 2. Esta creación pretoriana hubiera tenido por objeto adelantar la aceptación del heredero e impedir que la sucesión no quedase demasiado tiempo vacante, por la amenaza de dar a otros la *bonorum possessio*. Esto se apoya sobre un texto de Ulpiano, la L. 1, pr., D., *de suc. edict.*, XXXVIII, 9: *Successorium edictum idcirco propositum est ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior, mora fieret...* Pero esta amenaza hubiese sido de una eficacia dudosa, porque el heredero tenía siempre contra el *bonorum possessor* el recurso de la petición de herencia. Aunque, desde luego, había otros medios, como la *cretio*, la *usucapio pro herede*, y otros, que llegaban con más seguridad a este fin. 3. Las *bonorum possessiones* hubiesen sido en su origen el único modo de transmisión, por causa de muerte, de los bienes poseídos por los ciudadanos a los gastos del *ager publicus*. El pretor hubiese transportado este sistema en el orden de las propiedades privadas. Esta conjetura es seductora, pero no hay nada que llegue a apoyarla.

666. (1) Según la paráfrasis de Teófilo (10, *ht.*), aquel que pedía la *bonorum possessio* debía decir: *Da mihi hanc bonorum possessionem.* Esta solemnidad fué suspendida por los hijos de Constantino (L. 9, C., *qui adm. ad bon. pos.*, VI, 9, año 339).

667. (1) I, § 2, *ht.*: *Quos... praetor solus vocat ad hereditatem heredes quidem ipso jure non fiunt, nam praetor heredem facere non potest... Sed cum eis praetor dat bonorum possessio-*

Si alguna vez los terceros pretenden ser herederos, o no teniendo ningún título se han puesto en posesión de las cosas corporales de la sucesión, el *bonorum possessor* tiene contra ellos, no la *petitio hereditatis*, que sólo pertenece al heredero, pero sí el interdicto *quorum bonorum*, para quitarle la posesión (2).

Por el efecto de este interdicto no obtiene las cosas hereditarias a título de propietario; las tiene *in bonis*, y puede adquirirlas por usucapión empezada desde el día de su entrada en posesión (3). Obtiene también una verdadera acción, que es la *petitio hereditatis*, extendida fuera de su dominio civil, y llamada *possessoria hereditatis petitio* (D., V. 5). Esta acción se le concede en el Derecho clásico, porque las dos leyes que forman este título en el *Digesto* son atribuídas a Gayo y a Ulpiano.

En cuanto a las acciones contra los deudores de la sucesión, no pasan directamente al *bonorum possessor*, por no ser heredero. El pretor le permite, sin embargo, ejercitarlas, modificando la fórmula, y dando al demandante ficticiamente la cualidad que le falta. El *bonorum possessor* obra *ficto se herede:* éstas son acciones *ficticias* o *útiles* (Gayo, IV, § 34). Ocurre lo mismo en el sentido inverso, con acciones de acreedores de la sucesión contra el *bonorum possessor*.

668.—IV. *Conflicto del heredero y del «bonorum possessor».*—Ya hemos dicho que en su origen, el pretor no hizo más que *confirmar* o *completar* el Derecho civil, y dar la *bonorum possessio* al mismo heredero civil o a personas que llamaba a falta de herederos. Desde entonces, ya no hubo conflicto posible, y el *bonorum possessor* se quedaba con la sucesión, sin que nadie pudiese quitársela. En estos dos casos, la *bonorum possessio* era dada *cum re* o *cum effectu*.

Pero ocurría lo contrario cuando el sistema se desarrollaba. El pretor, *corrigiendo* el Derecho civil, concedía la *bonorum possessio* a otras personas en presencia de herederos. Como es natural, desde entonces podía ocurrir conflicto entre el heredero y el *bonorum possessor*. ¿Quién triunfaba? Desde luego era siempre el heredero, pues el pretor sólo aseguraba a los que llamaba contrariamente al Derecho civil un éxito momentáneo.

En definitiva, tenían que devolver la sucesión al heredero; su *bonorum possessio* era dada *sine re* (1).

Fué muy poco a poco cuando después se llega a dar alguna vez sentencia favorable al *bonorum possessor*, aun en conflicto con un heredero. Hacia el fin del siglo II de nuestra era, fué la época en que el sistema de sucesiones adquirió todo su desarrollo, existiendo entonces la regla siguiente: el triunfo es asegurado a quien ocupase un rango superior en el edicto; si los dos adversarios ocupaban el mismo rango, repartían. Las consecuencias prácticas de esta regla eran las siguientes:

a) Si el *bonorum possessor* tiene en el edicto un rango superior al heredero, la *bonorum possessio* es *cum re*. Por ejemplo, un hijo emancipado ha obtenido la *bonorum possessio unde liberi*, y un agnado ejercita contra él la petición de herencia. El hijo emancipado, asimilado a los herederos suyos, ocupa en el edicto un rango superior al agnado; enton-

---

nem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. — Ad. Ulpiano, L. 2, D., *de bon. pos.*, XXXVII, 1.

(2) Gayo, IV, § 144: *Ejusque (interdicti) vis ac potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituator.*—Ad. Paulo, L. 2, D., *quor. bon.*, XLIII, 2: *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur sed tantum corporum possessores.*

(3) Gayo, III, § 80: *Neque autem bonorum possessorum... res pleno jure fiunt sed in bonis efficiuntur; ex jure quiritium autem ita demum adquiruntur si usucapiuntur.*

668. (1) Ulpiano, XXVIII, 13: *Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re; cum re, cum is qui accepit cum effectu bona retineat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit.*

ces le rechazará por la excepción de dolo y retendrá para sí la sucesión (Argt. Gayo, II, § 120).

b) Si el heredero tiene en el edicto un rango superior, triunfa entonces, y la *bonorum possessio* es *sine re*. Por ejemplo: el difunto ha dejado un heredero suyo que se contenta con su título de heredero civil y un agnado que pide la *bonorum possessio unde legitimi*. Este último obtiene la posesión de la sucesión por el interdicto *quorum bonorum*, sin que el heredero suyo pueda oponer la superioridad de su título. Pero el heredero le despojará por una petición de herencia, a la cual el *bonorum possessor* no podrá responder nada, teniendo en el edicto un rango inferior (Gayo, III, § 37).

c) Si los dos adversarios están en el mismo rango en el edicto, entonces reparten. Supongamos dos hijos, el uno heredero suyo y el otro emancipado. Este último obtiene la *bonorum possessio unde liberi*, y se pone en posesión. El heredero suyo, que ha descuidado esta ventaja, le ataca por la petición de herencia, y el demandado sólo puede rechazar la acción por parte, puesto que están en el mismo rango, y el conflicto tiene por resultado la partición.

669.—Cuando la *bonorum possessio* era *sine re*, ¿qué interés podía tener en pedirla, puesto que en definitiva el *bonorum possessor* no retenía para sí la posesión? Encontraba en esto importantes ventajas: a) El *bonorum possessor* despojaba al poseedor, a toda persona, aun al heredero civil, que no se había ocupado de reclamar el mismo título. De esta manera obtenía el papel más fácil, de demandado, y los adversarios no tenían más recurso que ejercitar contra él la petición de herencia; b) Si la inacción del heredero se prolongaba, el *bonorum possessor* tuvo durante bastante tiempo el derecho de invocar al cabo de un año la *usucapio pro herede;* c) En fin, si es de buena fe, gana los frutos de la sucesión, porque posee *ex justa causa.*

B).—Estudio de las "bonorum possessiones ab intestato".

(I, *de bonorum possessionibus*, III, 9.)

670.—En primer lugar estudiaremos las *bonorum possessiones* previstas por el edicto, o *edictales*, que forman el derecho común de las sucesiones pretorianas. Algunas de ellas eran deferidas, cuando el difunto dejaba un testamento regular, según el Derecho civil o el Derecho pretoriano: éstas son las *bonorum possessiones contra tabulas* y *secundum tabulas*. De éstas ya hemos hablado al tratar de la sucesión testamentaria (1); así que no volveremos a ocuparnos de ellas. Aquí consideraremos solamente la sucesión legítima, exponiendo los principios de las *bonorum possessiones* deferidas en el caso en que el difunto haya muerto intestado.

I.—*"Bonorum possessiones" edictales.*

671.—En el caso ordinario en que nosotros hemos expuesto el sistema de las XII tablas, es decir, para la sucesión *ab intestato* de un ingenuo muerto *sui juris*, sin haber sido emancipado, el pretor había establecido cuatro *bonorum possessiones*, correspondientes a cuatro órdenes de sucesiones: 1. *Unde liberi*. 2. *Unde legitimi*. 3. *Unde cognati*. 4. *Unde vir et uxor* (1).

---

670 (1) Para la *bonorum possessio contra tabulas*, ver números 536, II; 571, 2, y 573.

671. (1) Estas expresiones *unde liberi, unde legitimi*, son una abreviación de esta frase: *ex edicto unde liberi vocantur*, o *unde legitimi vocantur...*

a) *Unde liberi.*

672.—La *bonorum possessio unde liberi* debió de introducirse hacia el fin de la República y en la misma época que la *bonorum possessio contra tabulas* (V. n.º 545), puesto que procede de la misma idea. Por ella el pretor llama en primera línea a la sucesión, a los herederos suyos y demás personas que tuviesen este título, si no habían sufrido una *minima capitis deminutio;* es decir, precisamente las personas a las cuales ofrece la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 1, § 6, D., *si tab. test. nul.*, XXXVIII, 6).

Se da, por tanto, en primer lugar a los hijos emancipados (I, § 9, *de her., quae ab intestat.*, III, 1), y después al hijo adoptivo para la sucesión de su padre natural, pero únicamente después de salir de la familia del adoptante (I, § 10, *eod.).* El adoptado no tiene ningún derecho a la sucesión del adoptante que le ha emancipado, porque no les une ningún lazo.

Esta *bonorum possessio* sólo se concede si no ha habido nunca lugar a deferir una *bonorum possessio* testamentaria, y suele ocurrir cuando el difunto no ha dejado testamento, o cuando ha dejado uno que no tiene efecto ni en Derecho civil, ni en Derecho pretoriano, o, en fin, cuando, habiendo tenido efecto en Derecho, han rehusado o descuidado la *bonorum possessio contra tabulas* (1). La *bonorum possessio unde liberi* confirma o corrige el Derecho civil. Le confirma cuando está dada a los herederos suyos, y le corrige cuando está dada a los hijos salidos de la familia civil del difunto. La partición entonces tiene lugar como en Derecho civil; por ejemplo, entre herederos en el primer grado, y en todo otro caso por tronco.

673.—Las *bonorum possessiones unde liberi* y *contra tabulas*, haciendo concurrir a los emancipados con los herederos suyos, dieron nacimiento a la teoría de la *collatio bonorum*, que los jurisconsultos de la época clásica desarrollaron con su talento habitual.

De la "collatio bonorum".

(D., *de collat.*, XXXVII, 6.—C. - VI, 20.)

674.—Según los principios antiguos, el hijo bajo potestad no tiene nada propio. El emancipado, al contrario, puede adquirir una fortuna personal. De manera que resultaba injusto que el pretor llamara a los emancipados en concurrencia con los herederos suyos; o al hijo que había adquirido un patrimonio o aquel que hubiese aumentado por sus adquisiciones la fortuna paterna, viniendo después a la sucesión con iguales derechos. Después de esto, y sin duda al principio del Imperio, el pretor decidió que el emancipado que concurre con los *sui* a la suce-

---

672. (1) Ulpiano, L. 1, § 2, D., *si tab. test. nul.*, XXXVIII, 6: *Ita autem ab intestato potes competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit.*

N. del T.—Si el difunto deja un hijo emancipado e hijos de éste que estén aún en la patria potestad de sus abuelos, estos nietos *ex filio* son llamados a la *bonorum possessio* juntamente con su padre, pero de manera que sólo cobran la mitad de la porción que les correspondía. Esta disposición fué introducida en el edicto por Salvio Juliano, de donde su nombre de *clausula Juliani*. Sin esta disposición, se hubiera dado la injusticia de que el hijo emancipado tuviera derecho a una porción viril de la sucesión paterna en su calidad de hijo *(liber)* y sus hijos hubiesen tenido derecho a otra porción en su calidad de *sui* (Ulpiano, fr. 1, §§ 1, 7 y 11, de *conjug. cum emanc.*, lib. XXXVII, 8).

sión pretoriana pusiese en común, antes de la partición, lo adquirido después de la emancipación. Este es el principio de la *collatio bonorum* (1).

1. *Por quién y a quién es debido el beneficio.*—El beneficio es debido por los descendientes emancipados con dos condiciones: a) Que sucedan en virtud del edicto, *unde liberi* o *contra tabulas*. No están sometidos si están llamados por testamento (L. 1, C., *ht.*, VI, 20); b) Que concurran con los herederos suyos. Si no hay más que dos emancipados, están en una situación igual y no tiene lugar el beneficio.

El beneficio sólo es debido a los herederos suyos, y sólo cuando la concurrencia del emancipado les causa un perjuicio. Puede ocurrir, en efecto, que esta concurrencia les sea ventajosa. Por ejemplo, un testador ha instituído un *suus* por un tercero, un extraño por dos terceros, y ha omitido un emancipado. Éste pide la *bonorum possessio contra tabulas:* el testamento cae, y él reparte con el *suus* (Ulpiano, L. 1, §§ 4 y 5, D., *ht.*, XXXVII, 6).

2. *Bienes sometidos al beneficio.*—El emancipado debe traer todos los bienes que haya adquirido a título oneroso o a título gratuito desde su emancipación hasta la apertura de la sucesión, tal como estén en este momento, pero con deducción hecha de las deudas.

Ciertos bienes se sustraen al beneficio. Éstos son: a) Los peculios *castrense* y *quasi-castrense*. Esto es justo, puesto que el hijo en potestad los guarda en propiedad (L. 1, § 15, D., *ht.);* b) La dote que el emancipado haya recibido de su mujer. Aquí también hay igualdad, porque si el hijo en potestad se casaba y recibía una dote, adquirida del padre de familia, tenía el derecho de rebajarla de su sucesión (L. 1, § 20 y L. 3, § 4, D., *ht.);* c) Lo que el emancipado haya recibido de su padre para comprar una dignidad o sostener las cargas: subsistiendo estas cargas, debe guardar la liberalidad (L. 1, § 16, D., *ht.);* d) En fin, la acción *injuriarum*, puesto que es más bien una reparación personal que un valor pecuniario (L. 2, § 4, D., *ht.).*

3. *Cómo se hace el beneficio.*—En un principio, se hace por medio de una *satisdatio* (L. 1, § 9, D., *ht.).* Sin embargo, el emancipado puede hacerlo también naturalmente, o combinar los dos procedimientos. Pero aun haciendo el beneficio naturalmente, debe suministrar *satisdatio*, a menos de tener completa seguridad que no hay otros bienes (L. 1, § 11, D., *ht.).*

4. La *collatio bonorum* desapareció casi enteramente bajo Justiniano. El desarrollo de los peculios *castrense, quasi-castrense* y los bienes adventicios hacía que no hubiese diferencia entre las adquisiciones de un hijo en potestad y las de un hijo emancipado, salvo por lo que viniera del padre a título gratuito. El emancipado sólo retiene en propiedad

---

674. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *ht.*, XXXVII, 6: *Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appelant paterna.*

N. del T.— La colación de bienes (de *confeso*, llevar, agregar a un fondo común) es la agregación a la herencia de los bienes de algunos de los herederos. El Derecho Romano parte de dos principios para explicarla: la compensación de un beneficio que antes no se tenía y la voluntad presunta del testador. De estos principios surgieron dos clases de colación: la pretoria, fundada en el primero, y la imperial, en el segundo.

La pretoria es la agregación a la herencia de un ascendiente de los bienes del hijo emancipado que viene a heredar, para que se repartan entre éste y los herederos suyos. Su fin no es otro que la igualdad entre determinados herederos. De ella decía Ulpiano, *magnam habet aequitatem.*

La imperial consistía en la agregación a la herencia de un ascendiente de los bienes de un descendiente donados por aquél a éste, cuando el descendiente viene a heredar con los del mismo grado, para que sean repartidos entre todos ellos. Su fundamento es, como ya queda indicado, la voluntad presunta del finado. La ley entiende que el padre, al hacer tal donación, no hizo otra cosa ni quiso hacer más que anticipar a su hijo lo que había de recibir al sucederle a la hora de la muerte.

los bienes procedentes de esta fuente: es, por tanto, a estos bienes a los que se encuentra reducida la *collatio bonorum* (Cf. L. 21, C., *ht.*, VI, 20, año 532).

675.—*De la «collatio dotis»* (D, *de dotis collatione*, XXXVII, 7).—Mientras que la *collatio bonorum emancipati* iba desapareciendo poco a poco con las causas que la habían hecho establecer, una institución análoga, la *collatio dotis profectitiae*, recibe, por el contrario, hasta el fin del Derecho Romano, extensiones sucesivas: tan bien, que constituye en su último desarrollo el origen de nuestra relación de sucesión.

1. *Principio de la «collatio dotis».*—El pretor decidió en su edicto que toda hija que hubiese recibido una dote de su padre o de su abuelo paterno tenía el beneficio cuando venía como *heres sua* a la sucesión del constituyente, lo mismo si estaba en concurrencia con emancipados que con hijos sometidos bajo potestad (Ulpiano, L. 1, D., *ht.*, XXXVII, 7).

Esta institucón difería por varias causas de la *collatio bonorum*, y todos los hijos se aprovechaban: hasta los emancipados. No tenía otro objeto que los bienes salidos del patrimonio del difunto (1). Pero, en fin, su papel era diferente: era el de mantener la igualdad entre los coherederos. Se suponía que el difunto había querido beneficiar a la mujer dotada, pero no violar en su favor la igualdad entre sus hijos.

676.—2. *Reformas y último estado del Derecho.*—En el año 472, una constitución del emperador León obligaba a todo descendiente, hijo o hija, emancipado o no, a llevar a la sucesión del ascendiente lo que hubiese recibido a título de *dote* o de donación *propter nuptias*, o con *ocasión de su emancipación*. Esta decisión es muy notable, en que la obligación del beneficio a la sucesión del donante se extiende al caso en que la liberalidad emana de la *madre* o de un *ascendiente materno* (L. 17, C., *de collat.*, VI, año 20).

Justiniano fué todavía más lejos, y decide que el beneficio será debido por *toda donación imputable sobre la legítima*, especialmente por la donación *ad militiam emendam;* y lo mismo por una *donación simple*, pero sólo cuando estuviese hecha a uno entre varios hijos, y que los otros hubiesen recibido una dote o alguna otra liberalidad restituíble. En efecto, el ascendiente parece haber querido por esta donación mantener la igualdad entre sus hijos; para que su voluntad sea respetada, es necesario que el beneficio sea hecho por todos (L. 20, C., *eod.*, año 529). Por último, en el año 536, y por la Novela 18, c. 6, extendió la obligación del beneficio a los casos en que los hijos donatarios viniesen como herederos *testamentarios* a la sucesión del donante; a menos que éste no los hubiese dispensado expresamente en su testamento (Cf. Auth, de la L. 1, C., *ht.*).

El Derecho Romano no salió de estos límites. Las donaciones designadas no han sido nunca restituíbles si emanan de otras personas no siendo ascendientes paternos o maternos, y aun en este caso la simple donación no está, en principio por lo menos, sometida al beneficio (1).

---

675. (1) La palabra *beneficio* indica la remisión en el patrimonio del difunto de bienes que han salido ya de él.

Se aplica exactamente a la *collatio dotis*, mientras que sólo traduce de una manera imperfecta la *collatio bonorum emancipati*.

676. (1) Sobre estos dos puntos sanciona nuestro Código civil, en el artículo 843, una extensión del beneficio más amplia. Pero el Código italiano ha llegado, en parte, al sistema del Derecho Romano, admitiendo el beneficio únicamente si los descendientes han sido agraciados por los ascendientes (art. 1.001).

b) *Unde legitimi.*

677.—El pretor llama en segunda línea, por la *bonorum possessio unde legitimi*, a toda persona heredera según el Derecho civil, y que no haya perdido su título por una *capitis deminutio* (L. 2, § 4, y L. 1, *in fine*, D., *unde legitimi*, XXXVIII, 7). Esta *bonorum possessio* es, por tanto, concedida: a) A los agnados, comprendiendo los herederos suyos que hubiesen descuidado la *bonorum possessio unde liberi*, porque ellos son, en suma, agnados privilegiados. Si vienen *unde legitimi*, en concurrencia con agnados ordinarios, pasan antes que ellos (L. 2, pr., D., *eod.)*; b) A la madre y a los hijos después de haberles concedido los senadoconsultos un derecho de sucesión recíproca (Véanse núms. 682 a 685); c) Al ascendiente *manumissor*, por la sucesión del emancipado (Véase número 692).

La *bonorum possessio unde legitimi* confirma, por tanto, el Derecho civil en todas sus aplicaciones, y seguramente que ya era conocida antes del final del siglo VII (Cicerón, act. 2.º in Ver., I, 44, *in fine)*.

c) *Unde cognati.*

678.—Esta *bonorum possessio* es la más importante de todas por el papel que ha jugado en las sucesiones *ab intestato*. Es tal vez una de las más antiguas, y, como la precedente, existía ya antes del final del siglo VII (Cicerón, *pro Cluent.*, 60).

El pretor, por la *bonorum possessio unde cognati*, llenó una laguna del Derecho civil. En lugar de los *gentiles*, caídos en desuso, llamó como tercer orden de herederos a los cognados del difunto (1).

En esta categoría estaban comprendidas las personas siguientes:

1. Los agnados *capite minuti* y sus descendientes, cuando están unidos al difunto por la sangre. 2. El hijo que está en una familia adoptiva respecto de su padre natural. 3. Los parientes por las mujeres, que son los cognados propiamente dichos. 4. Las mujeres agnadas, distintas de las hermanas consanguíneas en la época clásica (Gayo, III, § 29). 5. Los hijos *vulgo quaesiti*, entre ellos, y para la sucesión de todos los parientes maternos. 6. Todos los parientes por la sangre que tenían derecho a una *bonorum possessio* superior, y que la han descuidado (I, *de suc. cognat.*, III, 5).

Las reglas a que obedecía esta sucesión eran las siguientes: a) El pretor la concede a los agnados hasta el *sexto grado*, y en el *séptimo*, al hijo de un primo segundo, de un *sobrinus*, sucede a otro *sobrinus;* b) Entre cognados que no tengan más título que la cognación, es el más próximo el que sucede. Pero si hay alguno que invoca un título superior, es preferido a los otros, aunque esté en un grado más lejano. De manera que un bisnieto, que es heredero suyo, pasa antes que el hermano, aunque esté en el tercer grado, mientras que el hermano está en el segundo (I, §§ 11 y 12, *de grad. cognat.*, III, 6); c) Entre varios cognados que concurren, la partición se hace siempre por cabezas.

---

678. (1) Gayo, L. 2, D., *unde cognati*, XXXVIII, 8: *Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.*

N. del T.—Los hijos nacidos *a sobrino vel sobrina* son admitidos a la *bonorum possessio*, aunque sean parientes en el séptimo grado, pero ninguno de los demás colaterales es admitido más allá del sexto grado. Semejante disposición estaba probablemente modelada sobre la *Lex Furia testamentaria*, seguida también por la *Lex Criscia de donationibus.*—Véase *Vatic. Fragm.*, § 301.

d) *Unde vir et uxor.*

679.—A falta de cognados, y en última línea, el pretor llama a la sucesión al cónyuge sobreviviente no divorciado: le ofrece la *bonorum possessio unde vir et uxor* (D., *unde vir et uxor*, XXXVIII, 11). Se ignora en qué época fué introducida esta *bonorum possessio*. No era apenas útil a la mujer *in manu*, que venía como *heres sua* a la sucesión del marido. Pero cuando la *manus* cayó en desuso, era el único recurso del esposo sobreviviente, al cual la legislación del Bajo Imperio no se mostró más favorable, aunque merecía un rango bastante mejor.

II.—"Bonorum possessiones" decretales.

680.—Las *bonorum possessiones* que acabamos de estudiar se llamaban edictales, por el motivo de que el pretor las concedía por la sola razón de figurar en el edicto, y sin otro examen que el del orden en el cual debían de ser pedidas. Pero fuera de estas hipótesis, daba algunas veces la *bonorum possessio* en casos especiales no previstos antes por el edicto. Fallaba entonces sentado en su Tribunal, pero después del examen del asunto, y concedía la *bonorum possessio*, si lo juzgaba al caso, por un *decreto;* de esto vino el nombre que les es dado de *bonorum possessiones decretales* (Ulpiano, L. 3, 8, D., *de bon. pos.*, XXXVII, 1).

Citaremos como ejemplo: 1. La *bonorum possessio ex edicto Carboniano*. El pretor Cneo Carbo, que vivía bajo Pomponio, concedió la sucesión pretoriana al hijo impúbero cuyo estado era disputado, en espera de que la cuestión de estado fuese juzgada, lo cual sólo podía tener lugar en la pubertad (L. 1, pr., D., *de Carb. ed.*, XXXVII, 10. Valero Máximo, V. 3, 5). 2. La *bonorum possessio ventris nomine*, concedida a la mujer encinta, en nombre del hijo a nacer (D., XXXVII, 9). 3. La *bonorum possessio furiosi nomine*, concedida al curador, en nombre del loco (D., XXXVII, 3.—V. n.º 590, *in fine*).

Estas *bonorum possessiones* acabaron por tomar lugar en el edicto, como lo demuestra el edicto Carboniano. Pero la *bonorum possessio decretalis* no guardó menos estos caracteres propios: primero, de ser concedida por decreto, y solamente si el pretor lo juzga propicio después del examen del asunto, *causa cognita;* y después, de no constituir en general más que un arreglo provisional de la sucesión.

§ 4.—Reforma de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales.

681.—Aunque el sistema del Derecho pretoriano, cuya organización se terminó hacia el siglo I de nuestra era, había llamado a la sucesión *ab intestato* ciertas categorías de parientes excluídos por la ley de las XII tablas, existían, sin embargo, varios que sólo venían en el tercer rango, como cognados del difunto, y que merecían un sitio más favorable. Su situación fué mejorada por dos senadoconsultos del siglo II del Imperio, y por constituciones imperiales, desde 389 hasta Justiniano.

---

680. N. del T.—También puede citarse como *bonorum possessio decretal* la «*bonorum possessio» en caso de institución condicional*. El heredero instituído bajo condición puede, mientras esté pendiente la misma, adquirir la *bonorum possessio* y hacer valer así su propio derecho hereditario por vía provisional con los remedios jurídicos competentes al *bonorum possessor*.

I.—Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

(I, *de S. C. Tertuliano*, III, 3. *De S. C. Orphitiano*, III, 4.)

682.—Según los principios de la ley de las XII tablas, la madre no podía suceder a sus hijos, ni éstos a su madre, puesto que no son más que cognados. La *manus*, sin embargo, corregía este resultado. La madre, bajo la *manus* del marido, se hacía *loco filiae* y agnada de sus hijos, como si fuese su hermana (Gayo, III, § 14, *in fine*). Pero cuando la *manus* cayó en desuso, el único derecho de sucesión recíproca entre la madre y los hijos fué la sucesión pretoriana ofrecida a los cognados, que sólo era eficaz si no había ni herederos suyos ni agnados. El emperador Claudio dió en favor de la madre algunas decisiones especiales, aunque fué únicamente en el siglo II cuando fué realizada una reforma definitiva por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

683.—I. *Senadoconsulto Tertuliano.*—Este senadoconsulto, que las *Instituciones* de Justiniano colocan bajo el reinado de Adriano, llama a la madre a la sucesión de sus hijos, aunque bajo ciertas condiciones. Concebido en el espíritu de la ley *Papia Poppoea*, recompensa la fecundidad de la mujer y exige que tenga el *jus liberorum;* es decir, que tenga tres hijos siendo ingenua y cuatro siendo manumitida. Poco importa que sean legítimos o *vulgo quaesiti*, vivos o muertos. Este favor podía ser concedido por el emperador a una mujer no habiendo tenido nunca el número de hijos exigidos (Paulo, S., IV, 9, § 9).

Veamos cuál era el lugar atribuído a la madre: a) Está excluída por los herederos suyos y los que les son asimilados, por el padre natural, y por los hermanos consanguíneos; b) Concurre con las hermanas consanguíneas; c) Excluye todos los demás parientes, aun agnados (1, § 3, *ht.*). En esta nueva sucesión está admitida la devolución.

En 528 suprimió Justiniano el *jus liberorum;* desde entonces sucedía la madre a su hijo, aunque sólo tuviese uno (I, § 4, *ht.*). Decide, además, que esté sólo excluída por los herederos suyos y por el padre natural, pasando antes que los colaterales, salvo los hermanos y hermanas, agnados o no, con quienes concurre (I, § 5, *ht.*).

684.—II. *Senadoconsulto Orficiano.*—Fué dado bajo Marco Aurelio y Cómodo, en el año 178 de nuestra era, llamando a los hijos a la sucesión de su madre antes que a los demás herederos, y suceden, cualquiera que sea su cualidad, sean *alieni juris*, sean legítimos o *vulgo concepti* (I, pr., y § 3, *ht.*).

Este senadoconsulto no había previsto el conflicto de los hijos viniendo a la sucesión de su madre con la abuela llamada por el senadoconsulto Tertuliano. Después de algunas decisiones en diversos sentidos, una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio prefirió siempre los hijos a la abuela (L. 4, C., *ad S. C. Orphit.*, VI, año 383).

Por otra parte, la Constitución de 389, que llama los nietos de una hija a la sucesión del abuelo (V. n.º 686), les concede el mismo derecho a la de la abuela.

685.—La sucesión establecida por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano difería por varias razones de la sucesión regulada por la ley de las XII tablas: a) La *minima capitis deminutio* hace perder, con

---

683. N. del T.—El hijo que llegando a ser púbero no ha instituído heredero testamentario, se considera haber excusado la negligencia de su madre.

N. del T.—Obsérvese que cuando el senadoconsulto Tertuliano se ocupa de la sucesión de un hijo, le supone *sui juris*. En efecto, en la época en que se dió el senadoconsulto, los hijos de familia no tenían aún la herencia legítima.

la cualidad de agnado, el derecho a la sucesión legítima, pero no a la que viene de los senadoconsultos, porque no está fundada sobre la agnación (1); b) La sucesión de los senadoconsultos puede caer en personas *alieni juris* que sólo hacen adición con la autorización del jefe de familia (I, § 2, *de S. C. Tertul.*, III, 3). La ley de las XII tablas, por el contrario, sólo llama a los *sui juris:* los herederos suyos y el agnado más próximo; c) En fin, los herederos llamados por los senadoconsultos son todos herederos voluntarios, mientras que los herederos legítimos son tan pronto necesarios como los herederos suyos, y tan pronto voluntarios como los agnados.

II.—Reformas de las constituciones imperiales.

686.—Además de las constituciones precitadas a propósito de los senadoconsultos, fueron promulgadas bastantes más en el Bajo Imperio, desde el IV al VI siglos, en favor de los nietos nacidos de una hija, de los hermanos y hermanas cognados y los hijos adoptivos. He aquí el resumen.

687.—1. *Nietos nacidos de una hija.*—La hija en potestad directa de su padre es *sua heres;* pero sus hijos nacían bajo la potestad de su marido o del abuelo paterno, y no podían suceder al abuelo materno nada más que a título de cognados. Una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, del año 389, les admite a concurrir como herederos voluntarios con los herederos suyos y los agnados, pero sólo por una cierta parte (L. 9, C., *de suis et leg.*, VI, 55). La restricción fué suprimida por Justiniano (L. 12, C., *eod.*, año 528, y Nov. 18, c., 4, año 537).

2. *Hermanos y hermanas cognados.*—En el año 498, un edicto de Anastasio *(lex Anastasiana)* llama al hermano y a la hermana emancipados antes que a los agnados de un grado más lejano, y los admite a concurrir con los hermanos y hermanas agnados, pero con una restricción. En el año 534 suprime Justiniano esta restricción y permite a los hijos de los emancipados venir a la sucesión del tío y de la tía paternos (L. 15, § 1, C., *de leg. hered.*, VI, 58).

En 531 y 534 (L. 14 y L. 15, §§ 2 y 3, C., *eod.)*, Justiniano concede a los hermanos y hermanas uterinos los mismos derechos que a los hermanos y hermanas agnados, y llama de esta manera a la sucesión a sus hijos en el primer grado. Pero los sobrinos y sobrinas sólo suceden si no hay hermano o hermana sobrevivientes, teniendo lugar la partición por cabezas.

3. *Hijos adoptivos.*—A pesar de la reforma del Derecho pretoriano (V. n.° 672), el adoptado quedaba expuesto a perder a la vez la sucesión del padre natural y la del padre adoptivo, cuando era emancipado por el adoptante después de la muerte del padre natural, porque el pretor, entonces, no podía llamarle ni a la herencia del adoptante, al cual ya

---

685. (1) I, § 2, *de S. C. Orfitiano*, III, 4: *Novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege XII tabularum deferuntur.* Ulpiano, XXVII, párrafo 5.

N. del T.—Se aplicaba el senadoconsulto Orficiano a los hijos *vulgo concepti*, que se llaman *spurii*, porque con respecto a la madre no se distinguían los hijos en legítimos y naturales, puesto que no existe esta distinción, sino respecto del padre. En efecto, existían hijos legítimos y naturales, no ya como entre nosotros, por razón de su nacimiento, sino porque estaban unidos a sus padres por lazos ya civiles, ya puramente naturales. Así los hijos nacidos de justas nupcias se hacían *naturales* saliendo de la familia paterna por emancipación; los que habían nacido *ex concubinatu* se hacían legítimos por el matrimonio subsiguiente o la oblación a la curia. La madre que no tenía a sus hijos en su familia, que sólo estaba unida a ellos por los lazos de la sangre, no tenía más que una especie de hijos: todos eran naturales y admitidos sin distinción por el pretor a la posesión de los bienes *unde cognati;* desde que los admitió a la herencia el Derecho civil, se consideraron todos, bajo este concepto, como legítimos.

no le une ningún lazo, ni a la del padre natural, ya recogida por otros herederos.

Un senadoconsulto remedió esto en parte, decidiendo que el adoptado, que era uno de tres hijos varones, podía reclamar, aun estando emancipado, un cuarto de la sucesión *ab intestato* del adoptante (1). Esta disposición fué abrogada por Justiniano, que mejoró por completo la situación del adoptado, modificando los efectos de la adopción. Distingue dos casos: a) Si el adoptante es una *persona que no sea un ascendiente* del adoptado, éste, desde entonces, queda bajo la potestad de su padre natural y conserva en su sucesión los derechos de heredero suyo. El solo efecto de la adopción es de hacerle apto para suceder *ab intestato* al adoptante; b) Si el adoptante es un *ascendiente del adoptado*, la adopción conserva su antiguo efecto: el adoptado pasa bajo la potestad del adoptante, no habiendo nada que dudar sobre esta hipótesis, porque si el emancipado después de la muerte del padre natural queda unido por el lazo de sangre al ascendiente, que le ha adoptado, puede, en virtud del Derecho pretoriano, venir a la sucesión (L. 10, C., *de adopt.*, VIII, 48, año 530.—I, § 14, *ht.*).

688.—Para completar la exposición de estas reformas, hay que añadir que en el año 532 Justiniano suprime la jurisprudencia intermedia que excluía a las mujeres agnadas que no fueran las hermanas consanguíneas (I, 3, *de leg. adgn. suc.*, III, 2).

Además, decide que en adelante se admitiese la devolución en el orden de los agnados (I, § 7, *eod.*), y por otra innovación ya señalada para los herederos testamentarios, que el agnado más próximo que muriese en el año de la deliberación transmitía a sus herederos el derecho de deliberar y de hacer adición (V. n.º 591, *in fine*).

§ 5.—Sucesión de manumitidos, del ingenuo emancipado y del hijo de familia.

I.—Sucesión de los manumitidos.

(I, *de successione libertorum*, III, 7.)

689.—I. *Sucesión del manumitido ciudadano.*—1. *Sistema de las XII tablas.*—La ley de las XII tablas llamaba a la sucesión: 1.º Los *sui heredes* del manumitido. 2.º En su defecto, al *patrono* o a la *patrona*, y los *descendientes del patrono*, sin distinción de sexo. Para el manumitido, que empieza una familia, este segundo orden de herederos reemplazaba a los agnados, y por eso se aplicaban las reglas de la sucesión agnaticia (1).

Este sistema era favorable para el patrono, y por justo título, porque el manumitido le debe la libertad y la fortuna que haya podido reunir. Pero los derechos del patrono no estaban suficientemente protegidos en dos casos: 1.º Si el manumitido ha testado e instituído un ex-

687. (1) Este senadoconsulto citado en las *Instituciones* de Justiniano (§ 14, *ht.*) y en el Código (L. 10, 3, *de adopt.*, VIII, 48), es llamado *comúnmente S. C. Sabinianum (Cuarta Sabiniana)*. Krueger, según los mejores manuscritos, ha reemplazado este nombre por el de S. C. *Afinianum (Cuarta Afiniana)*.

689. (1) Ulpiano, XXVII, §§ 1 a 4.—I, pr., *ht.* Los descendientes del patrono no suceden al manumitido nada más que si han reconocido como agnados los derechos de patronato. Estos derechos se repartían entre ellos por partes iguales. Pero bajo Claudio, un senadoconsulto permite al patrono asignar estos derechos en su testamento a uno solo de sus hijos, hijo o hija. Cf. sobre la *assignatio libertorum*; I, *de adsign. lib.*, III, 8, D., *de adsign. lib.*, XXXVIII, 4.

traño. 2.º Cuando el manumitido muere *intestato*, dejando como heredero suyo un hijo adoptivo o una mujer *in manu*. Si era justo que los hijos legítimos del manumitido excluyesen al patrono, parecía poco equitativo verle separado por personas no unidas al manumitido por ningún lazo de sangre (Gayo, III, § 40). De esto proceden las reformas del pretor y de la ley *Papia Poppoea*.

2. *Reformas del pretor.*—El pretor no hizo nada en favor de la patrona: era una tendencia, manifestada más que nada por la ley *Voconia*, de mostrarse hostil al enriquecimiento de las mujeres. Tampoco se ocupó del patrono de una mujer manumitida, y éste no tenía nada que temer, puesto que la manumitida no podía tener herederos suyos ni testar con su *auctoritas*. Sin embargo, decidió lo siguiente entre patrono y manumitido:

a) Si el manumitido ha testado y ha desheredado regularmente a sus hijos para instituir un extraño, el patrono debe también ser instituído por *mitad*, sin carga ninguna; de lo contrario, el pretor le da esta mitad por una *bonorum possessio contra tabulas*.

b) Si el manumitido muere *intestato*, el pretor llama en primera línea, por la *bonorum possessio unde liberi*, a todos los descendientes naturales del difunto, estén o no en potestad, y el patrono sólo llega en segundo lugar, con la *bonorum possessio unde legitimi* (2).

Pero, en presencia de hijos adoptivos o de una mujer *in manu*, concede al patrono o a sus descendientes varones la mitad de la sucesión (Gayo, III, § 41) (3).

3. *Reformas de la ley Papia Poppoea.*—Esta ley aumenta también los derechos del patrono cuando el manumitido era *centenarius*, rico de cien mil sestercios (Gayo, III, § 42). Además, mejoró la situación de la patrona, para quien el pretor no había hecho nada, concediéndola los mismos derechos que al patrono, a condición de que tuviese cierto número de hijos (Ulpiano, XXIX, §§ 6 y 7. Gayo, §§ 43 a 53).

690.—II. *Sucesión del manumitido latino Juniano.*—La ley *Junia* había hecho al latino juniano de una condición tal, que se hacía, por decirlo así, esclavo al morir, y perdía al mismo tiempo la vida y la libertad. Por eso no podía testar, y a su muerte no dejaba sucesión propiamente dicha: sus bienes volvían al patrono por derecho de peculio, como hubiesen vuelto al amo de haber permanecido esclavo (1). El patrono no es un heredero pero sí un amo, volviendo a recoger el peculio de su esclavo. Resulta que no le obligaban las deudas del manumitido más que en los límites del peculio, porque no representaba al difunto.

III. *Sucesión del manumitido dediticio.*—Había que ver lo que hu-

---

(2) A la sucesión *ab intestato* del manumitido ciudadano, el pretor llama a siete órdenes de herederos; de suerte que a las cuatro *bonorum possessiones* deferidas por la sucesión de un ingenuo añadía tres más. Ya nos las indica Ulpiano en sus Reglas (XVIII, § 7). Nos limitamos a esta llamada sobre esto, por ser materia que ofrece poco interés.

(3) Para que el patrono obtuviera íntegra su mitad, el pretor le permitía revocar los actos por los cuales el manumitido había disminuido fraudulentamente su patrimonio durante su vida. Le concedía la acción *faviana* en caso de sucesión testamentaria, y la acción *calvisiana* en caso de sucesión *ab intestato* (Cf. D., *si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5).

N. del T.—Según el antiguo Derecho, el patrono no temía perder la sucesión de una liberta, porque, por una parte, las mujeres no tienen herederos suyos, y por otra, las mujeres *sui juris* estaban en perpetua tutela y no podían hacer testamento sin autorización de su tutor, y el tutor de una liberta era su patrono (Gayo, III, 43).

690. (1) I, 4, *ht.*: *Qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii, ex lege Junia manumissores detinebant.*—Ad. Gayo, III, §§ 57 y 58.

N. del T.—Los bienes del libertino latino no se deferían, pues, a los hijos del patrono premuerto, sino a los herederos de éste. Pues bien, puede acontecer con frecuencia que no sean herederos los hijos, y en este caso el senadoconsulto Largiano quiso, no obstante, que se les prefiriese a los extraños que hubieran adquirido la herencia del patrono, a no ser que hubieran sido formalmente desheredados los hijos.

biese sido el manumitido sin la circunstancia de haberse hecho un dedicticio. Si hubiese sido ciudadano, se aplicaban las reglas de esta sucesión, y siendo latino juniano, se le trataba como tal. Además, la ley *Aelia Sentia* no estaba muy clara sobre este punto (Gayo, III, §§ 74 a 76).

691. —IV.—*Reformas de Justiniano.*—Justiniano abolió toda distinción entre los manumitidos y suprimió también toda diferencia entre el patrono y la patrona o sus hijos y entre las sucesiones del manumitido y de la manumitida. Las cosas de esta manera simplificadas, estableció después por una constitución del año 531 un nuevo sistema de sucesión no muy claro, cuya exposición no presenta ningún interés (Cf. L. 4, C., *de bon. libert.*, VI, 4 y 1, 3., *de suc. libert.*, III, 7).

II.— Sucesiones de un ingenuo emancipado y de un hijo de familia.

692. I. *Sucesión de un ingenuo emancipado.*—El emancipado comienza una familia y no puede tener agnados, como no sean los hijos herederos suyos. Pero el ascendiente que le ha emancipado está sobre él, en una situación análoga a la de un patrono con relación al manumitido. Se da, por tanto, al ascendiente emancipador el rango del patrono, y la sucesión del emancipado fué atribuída en esta forma: 1.° A los herederos suyos y a las personas que les estaban asimiladas; 2.° Al ascendiente, que había tenido cuidado de reservarse, *contracta fiducia*, los derechos resultantes de la emancipación si no era el *manumissor extraneus*, que tenía el lugar del patrono y sucedía en el segundo rango. Pero el pretor hizo pasar antes que al *manumissor extraneus* a los diez parientes más próximos de la familia natural del emancipado muerto sin hijos, y le concedía la *bonorum possessio unde decem personae* (I, § 3, *de bon. pos.*, III, 9).

Bajo Justiniano, la persona del *manumissor extraneus* ya no se encontraba en las formas nuevas de la emancipación. Esta *bonorum possessio* desapareció (I, 5, *eod.*). Pero reguló de nuevo la sucesión del emancipado, concediendo un rango menos ventajoso al ascendiente emancipador, y llama: 1.° Los herederos suyos y las personas que les están asimiladas; 2.° Los hermanos y hermanas del emancipado; 3.° El ascendiente emancipador. En el caso en que la sucesión vaya a los hermanos y hermanas, constituye para ellos bienes adventicios, y el ascendiente tiene derecho al usufructo (L. 13, § 1, C., *de legit. her.*, VI, 58, año 531).

693. II. *Sucesión de un hijo de familia.*—Antes de la introducción de los peculios, no había cuestión acerca de la sucesión para un hijo de

---

691. N. del T.—Justiniano, en su sistema, cuando el liberto hizo un testamento, distingue, según la fortuna del difunto, si es *minor* o *major centenarii*. Es centenario el que tiene cien piezas de oro *(aurei)*: una pieza de oro valía cien sestercios. Así, las mil piezas de oro de la ley Papia se evalúan por Justiniano, en el tiempo en que vivía, en cien piezas de oro.

Cuando es *minor centenarii*, el patrono sólo adquiere lo que se le deja en testamento. Cuando es *major*, Justiniano conserva al patrono la posesión *contra tabulas*, pero reduciéndola de la mitad a la tercera parte. Por lo demás, la constitución de Justiniano, así como el derecho honorario, no permite que el patrono se aproveche de esta posesión de bienes en perjuicio de los hijos naturales del liberto. Sólo a falta de estos últimos, y cuando no les queda ningún medio de suceder, ya obteniendo la posesión *unde liberi* o *contra tabulas*, ya haciendo uso de la queja de inoficiosidad, puede pedir el patrono el tercio que le está reservado. Este tercio no puede ser gravado con carga alguna aun en beneficio de los hijos del difunto; entonces se soportarían los legados y fideicomisos por los demás herederos instituídos.

Ab intestato, cualquiera que sea la fortuna del liberto, el patrono no sucede sino en segundo orden, como hubiera sucedido, según la ley de las XII tablas, sin concurrir jamás con ningún hijo del difunto.

familia. Pero bajo el Imperio, podía preguntarse lo que ocurría a su muerte: el peculio *castrense*, cuando no había dispuesto de él por testamento, y en todos los casos el peculio *cuasi-castrense*, y los bienes adventicios, sobre los cuales no tenía derecho a testar. Volvían al jefe de familia, *jure peculii;* es decir, que no los recogían a título de heredero, sino que los tomaban como bienes de su pertenencia. De esto resultaba que sólo estaba obligado en las deudas del hijo en los límites del peculio, y que tenía para reclamar los bienes que de él formaban parte, no la *petitio hereditatis*, pero sí la *rei vindicatio*.

Por una constitución de 529, decide Justiniano que los bienes adventicios formasen a la muerte del hijo una verdadera sucesión, a la cual llamaba: 1.º Los hijos o descendientes del difunto; 2.º Los hermanos o hermanas; 3.º El padre de familia. El usufructo se reserva al padre en presencia de los hermanos o hermanas (L. 11, C., *com. de suc.*, VI, 59). El padre recoge sus bienes *jure successionis*, y está obligado por todas las deudas, teniendo la *petitio hereditatis*. La misma regla parece ser que extendió Justiniano a los otros peculios, pues las *Instituciones* declaran expresamente que si el hijo muere *intestado*, se atribuyen al padre, a falta de hijos y de hermanos o hermanas del difunto (1).

§ 6.—Sistema de las Novelas 118 y 127.

694.— Las Constituciones de Justiniano y todos los actos legislativos anteriores habían hecho más equitativo el sistema de sucesión de las XII tablas; pero las complicaciones resultado de estos incesantes cambios creaban dificultades muy considerables. Diez años después de la redacción de las *Instituciones*, Justiniano tuvo la firmeza y el mérito de reemplazar las disposiciones de la ley de las XII tablas, del edicto del pretor, de los senadoconsultos y de las *Instituciones*, por un nuevo sistema más conforme a las costumbres e ideas de su época, fundado sobre el parentesco natural y sobre el afecto que era de presumir.

Este sistema, muy notable bajo el aspecto de la concepción, pero defectuoso en algunos detalles, fué creado por la Novela 118, del año 544, y después corregido y completado en ciertas partes por la Novela 127, del año 548.

He aquí los rasgos principales:

1. La cognación da la cualidad de heredero *ab intestato*, lo mismo que el parentesco civil; la agnación no crea ya ninguna preferencia.

2. El parentesco natural, dividiéndose en parentesco descendente, ascendente y colateral, resultan tres órdenes de herederos: *descendientes*, *ascendientes* y *colaterales*. Sin embargo, hay que distinguir cuatro en realidad, pues, en efecto, los colaterales se dividen en tres

---

693. (1) I, pr., *quib non est permis.*, II, 12: ... *Sive vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus relictis, ad parentes eorum jure communi pertinebit (peculium castrense).* ¿Estas palabras *jure communi* significan *jure peculii* o *jure succesionis?* Ya hemos indicado el interés de esta cuestión, y lo más probable es que Justiniano, habiendo establecido una verdadera *sucesión* sobre los bienes adventicios, haya hecho otro tanto para los otros peculios que atribuye a las mismas personas. En todos los casos ya no hay que dudarlo desde el año 544, pues, después de la Novela 118, el padre es ciertamente heredero.

694. N. del T.—Las reglas del nuevo orden sobre las sucesiones han sido reunidas en los seis versos siguientes:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens proprior, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus.
(Hi cuncti in stirpes succedunt: in capita autem
Cuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola).
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

clases: a) Los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; b) Los hermanos y las hermanas de padre o madre y sus hijos; c) Los otros colaterales. Los primeros sólo concurren con los ascendientes, y excluyen a los otros (Nov. 118, c., 2 y 3). De manera que hay cuatro órdenes de herederos: a) Los descendientes; b) Los ascendientes, los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; c) Los hermanos y hermanas de padre o madre y sus hijos; d) Los otros colaterales.

3. La partición se hace por troncos entre descendientes, o sobrinos y sobrinas, y por cabezas entre los demás parientes.

4. La devolución está admitida en todos los casos, a menos que encuentre obstáculo en el acrecentamiento.

Después de expuestas las reglas relativas a cada orden de herederos, hablaremos de algunas sucesiones irregulares.

695.—I. *Descendientes.*—Éstos suceden en primera línea, con exclusión de todos los demás parientes y sin distinción de origen, de sexo o grado, bien sean *sui* o *alieni juris*, *legítimos* o *adoptivos*.

Si el descendiente que sucede es *alieni juris*, los bienes de la sucesión serán para él bienes adventicios, de los cuales no tiene más que la nuda propiedad; el usufructo pertenece al jefe de familia, ocurriendo lo mismo si se trata de la sucesión de un hijo bajo potestad recogido por el nieto; el usufructo lo adquiere el padre de familia, que tiene la potestad sobre este heredero (Nov., 118, c. 1).

Si hubiese varios hijos y uno de ellos hubiese ya muerto dejando descendientes, estos nietos suceden en el lugar de su padre: *in patris locum succedunt* (Nov. 118, c. 1). La partición se hace por troncos, y cuando un heredero de un tronco renuncia, su parte sólo corresponde a los herederos del mismo tronco.

II. *Ascendientes, hermanos y hermanas carnales y sus hijos.*—El segundo orden de herederos, llamado a falta de descendientes, comprende los ascendientes, los hermanos y hermanas carnales, y sus hijos en el primer grado solamente. Este favor, hecho a los hermanos y hermanas que tienen el mismo padre y la misma madre, es llamado el *privilegio de doble vínculo*.

Estas dos categorías de parientes concurren entre ellos y excluyen a los otros. Para saber cómo suceden, hay que distinguir tres casos.

1. *Sólo hay ascendientes.*—El más próximo entonces excluye a todos los demás. Ocurre lo contrario en nuestro Derecho actual, donde se sigue esta regla: *dimidium paternis, dimidium maternis* (art. 746, C. C.). Es porque se ha querido mantener la igualdad en las dos líneas. En nuestro Derecho consuetudinario se seguía otro sistema, fundado sobre el origen de los bienes, y que se formulaba de esta manera: *paterna paternis, materna maternis*. La solución de Justiniano se justifica porque su sistema de sucesión descansa sobre el afecto presunto del difunto, y que supone con mayor firmeza para el ascendiente más próximo.

Si hay varios en el mismo grado, padre y madre, abuelo y abuela, la partición se hace por cabezas. Sin embargo, habiendo ascendientes en el mismo grado en las dos líneas, se da mitad a cada línea, y en cada una la partición se hace por cabezas, lo que se acerca mucho a nuestro sistema actual. Hay entonces presunción de un efecto igual (Novela 118, c. 2).

2. *Sólo hay hermanos y hermanas carnales o sus hijos.*—Todos concurren y la partición se hace por troncos entre los hermanos o hermanas vivientes y los hijos de los que ya no existan (Nov. 181, c. 3).

La Novela 118 no preveía el caso en que sólo hay hijos de hermanos o hermanas carnales ya muertos. ¿Debía entonces hacerse la partición por cabezas o por troncos? La lógica y el espíritu general de la Novela

imponían la partición por troncos, sin que se pudiera oponer ninguna razón seria a esta solución (1).

3. *Hay concurrencia entre las dos clases.*—En este caso, si la concurrencia se establece entre el padre, la madre y hermanos y hermanas carnales, la partición se hace entre todos por cabezas.

Si hay concurrencia de hermanos y hermanas carnales con ascendientes más lejanos, entonces la Novela no está clara; pero sí conforme a su espíritu, de hacer el reparto por cabezas entre todos los herederos. Por excepción, el ascendiente que concurre con hermanos o hermanas que están bajo su potestad a la sucesión de su hijo difunto, no tiene derecho al usufructo de lo que le está atribuído, aunque sean bienes adventicios (Nov. 118, c. 2).

La Novela 118 no había previsto más que la concurrencia de los ascendientes con los hermanos y hermanas, y no se ocupaba del caso donde podía haber también sobrinos y sobrinas nacidos de hermanos o hermanas carnales ya fallecidos. La Novela 127 corrigió en parte este defecto, decidiendo que los hijos de un hermano ya muerto pudiesen venir con los hermanos y hermanas vivientes en concurso con los ascendientes (Nov. 127, pr., y c. 1). Pero Justiniano no dice nada sobre la hipótesis en que todos los hermanos y hermanas carnales, habiendo muerto, no hubiese más que sobrinos y sobrinas en presencia de ascendientes. ¿Había que admitirlos a la sucesión en concurso con los ascendientes? (2). Dejó la cuestión sin resolver.

III. *Hermanos y hermanas de padre o madre y sus hijos.*—A falta de parientes llamados en el segundo grado, la sucesión se concede a hermanos y hermanas uterinos y consanguíneos y a los hijos en el primer grado de los que estén ya fallecidos. Se excluyen los otros colaterales, y entre ellos la partición se hace por troncos (Nov. 118, c. 3, pr.).

Hay que fijarse en que la adopción no creaba más que un lazo de fraternidad consanguínea, y que, en sentido contrario, la generación ilegítima sólo creaba un lazo de fraternidad uterina.

IV. *Colaterales ordinarios.*—En última línea vienen todos los colaterales no comprendidos en las categorías precedentes. Entre ellos, el más próximo excluye al más lejano y se hace la partición por cabezas (Nov. 118, c. 3, § 1). Justiniano, en las Novelas, no indica hasta qué grado suceden, y es probable que haya querido conservar las reglas de la sucesión pretoriana de los cognados más bien que la de las XII tablas, que admitía los agnados sin limitación de grados (3).

696.—*Sucesiones irregulares.*—Justiniano concedió en otras Novelas derecho de sucesión a ciertos sucesores irregulares, a falta de otros herederos.

1. Deja subsistir en favor del cónyuge sobreviviente la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Además, la *viuda pobre* y sin dote obtiene por la Novela 117 un derecho de sucesión sobre los bienes de su marido, aun en presencia de otros herederos. Este derecho es de un *cuarto* si hay

---

695. (1) En nuestro antiguo Derecho, los autores se dividieron sobre este asunto. Accursio, seguido por Dumoulin y el presidente Favre, admitían la partición por troncos; pero Azón era partidario de la partición por cabezas; y esta solución, sancionada por la dieta de Spire, en 1529, fué la que prevaleció en Alemania.

(2) El silencio de la Novela 127 dió lugar a una controversia en nuestro antiguo Derecho. Cujas y el Parlamento de Tolosa concedían todo a los ascendientes. Pero otros jurisconsultos y el Parlamento de París extendían a este caso el texto de la Novela, y admitían el reparto por troncos entre los ascendientes y los sobrinos o las sobrinas, lo cual es más conforme al espíritu de la ley.

(3) Por una excepción inicua, Justiniano mantiene respecto a los herejes las prohibiciones anteriores (Nov. 118, c. 6 y L. C., *de haer et manich.*, I, 5). Un hereje sólo puede tener por herederos a sus hijos ortodoxos, sus agnados ortodoxos, o sus cognados ortodoxos; de lo contrario, el fisco.

tres o más herederos, y habiendo más, le corresponde una parte viril. Si concurre con sus propios hijos, esta cuarta sólo se la atribuye en usufructo. En fin, en ningún caso puede tener más de cien libras oro (Nov. 117, c. 5, año 541).

2. Los hijos *naturales*, nacidos del concubinato, eran cognados de su madre y de los parientes maternos, lo mismo que los hijos *vulgo quaesiti*, de manera que para la sucesión de la línea materna gozaban de todos los derechos que confería la cognación.

Justiniano fué más lejos para los hijos nacidos del concubinato. Del lazo de parentesco natural, que las constituciones terminaron por reconocer entre ellos y su padre, hizo derivar un derecho *ab intestato*, extendiendo este derecho a la concubina y a sus hijos naturales. Si el padre, al morir, deja hijos legítimos, los hijos naturales y la concubina sólo tienen derecho a los alimentos en relación con el importe de la sucesión. En los demás casos la concubina y sus hijos recogen un sexto de la sucesión, que reparten por cabezas (Nov. 89, c. 2, §§ 4 y 6). Se conceden los mismos derechos al padre sobre la sucesión de los hijos (Nov. 89, c. 13).

3. En defecto de parientes y de cónyuge, la sucesión podía atribuirse a ciertas corporaciones de las cuales formase parte el difunto: por ejemplo, a la curia, para los decuriones; a la legión, para los soldados de a pie, y a la Iglesia, para los clérigos, y en último lugar, es siempre el fisco quien recoge la herencia vacante (L. 4, C., *de bon. vacant.*, X, 10).

Capítulo II.—De otros modos de adquirir "per universitatem".

§ 1.—"In jure cessio hereditatis".

697. En la época clásica, el heredero *ab intestato* podía ceder la sucesión a un tercero, lo mismo a título oneroso que a título gratuito, por medio de la *in jure cessio*. Pero los efectos de la cesión no eran completos nada más que si el heredero la había hecho antes de aceptar, pues después de la adición ocurría de otra manera, porque el heredero había creado por ella entre él y los acreedores y deudores hereditarios un lazo del cual no podía desembarazarse por su propia voluntad. De esto resultan reglas muy difíciles de justificar, y en cuyos detalles no queremos entrar. Las exponen Gayo (II, §§ 31 a 37 y III, §§ 86 y 87) y Ulpiano (XIX, §§ 11 a 15). El origen de esta institución es oscuro, y se supone que tuvo en primer lugar la misma utilidad que la *usucapio pro herede*, asegurando, cuando el heredero no quería la sucesión, y nadie estaba llamado a recogerla en defecto suyo, la continuidad de las *sacra privata* y el pago de deudas hereditarias. Más tarde, la *bonorum venditio*, que permite a los acreedores cobrarse sobre los bienes de la sucesión, y el abandono del culto privado, les quitaron su principal interés. Fué suplantada poco a poco por la venta, llegando a ser contrato consensual, por el cual el heredero, habiendo hecho adición, podía ceder a un tercero por un precio real o ficticio la totalidad o una parte de la herencia (1). En fin, debió desaparecer con la *in jure cessio*.

---

697. (1) En caso de venta de una herencia, el vendedor no cesa de ser heredero. Solamente está obligado a hacer pasar al comprador los bienes y las cargas de la sucesión. Para las cosas incorporales, debe hacer tradición. En cuanto a los créditos y deudas, intervienen entre ellos estipulaciones recíprocas, ya dichas, *emptae et venditae hereditatis*, de las que ya hemos señalado los inconvenientes a propósito de los fideicomisos de herencia (V. n.º 649). No fueron remediados más que para los créditos por Antonino el Piadoso, concediendo al comprador las acciones útiles contra los deudores de la sucesión (L. 16, pr., D., *de pact.*, II, 14).

§ 2.—De la "addictio bonorum libertatis causa".

(I, *de eo cui libertatis causa bona addicuntur*, III, 11.)

698.—Este modo de adquisición es un derecho excepcional introducido por un rescripto de Marco Aurelio. Un tal Virginio Valens, habiendo muerto, manumitiendo por testamento a varios de sus esclavos y dejando una sucesión insolvente, resultaba que, no queriendo nadie aceptar la herencia, los acreedores iban a vender los bienes del difunto y las manumisiones serían nulas, cuando uno de los esclavos manumitidos por el testamento, Popilio Rufo, pidió que se le atribuyese la sucesión, con la carga para él de pagar las deudas y ejecutar las manumisiones fideicomisarias. Marco Aurelio accedió a su demanda (I, *pr.* y 1 *ht.)*.

La atribución de la herencia tenía una doble utilidad: mantener las manumisiones y evitar a la memoria del difunto la nota de infamia, resultante de la *bonorum venditio* (I, § 2, *ht.)*. De esto resulta, para quien obtiene la *addictio*, la doble obligación de ejecutar las manumisiones y de comprometerse a pagar las deudas, dando garantías suficientes a los acreedores hereditarios (L. 4, § 8, *de fid. lib.*, XL, 5).

La *addictio* terminó por ser concedida hasta a un hombre libre (L. 6, C., *de test. manum.*, VII, 2). Aquel a quien les son atribuídos los bienes de la sucesión los tiene *in bonis* y puede usucapir (L. 4, § 21, D., *de fid. libert.*, XL, 5). Los acreedores hereditarios tienen contra él las acciones resultantes de las garantías que les ha dado, y hasta acciones útiles si es un esclavo manumitido (L. 2, L. 3, L. 4, § 22, D., *eod.)*.

§ 3.—Adquisiciones por reducción en potestad.

699.—Llegamos ahora a las causas de adquisición, teniendo por objeto el patrimonio de una persona viva. Se realizan en beneficio de un jefe de familia por consecuencia de la *adrogación*, de la *conventio in manum* y de la *reducción en esclavitud.*

700.—I. *Adquisición por adrogación* (I, *de adq. per adrogationem*, III, 10).—Cuando un ciudadano *sui juris* se da en adrogación, sufre una *capitis deminutio minima*, y su personalidad civil se extingue reemplazándole otro; pero en Derecho natural, no hay ningún cambio. De aquí resulta una doble consecuencia. En Derecho civil, el adrogado hecho hijo de familia no puede tener nada en propiedad, pues su patrimonio lo adquiere el adrogante por derecho de potestad paterna. En Derecho natural, su personalidad queda igual, lo cual produce ciertos efectos. Apliquemos estos principios a los elementos que componen su patrimonio: al activo y al pasivo.

1. *Del activo.*—Todos los bienes del adrogado van al adrogante (1). Es una adquisición universal, admitida por la costumbre (I, pr., *ht.*, III, 10), y se extiende también a los derechos reales y a los créditos, puesto que un hijo de familia puede hacer adquirir un crédito al padre (V. n.º 134, nota 3). Sólo hay excepción para ciertos derechos que se extinguen por la *capitis deminutio*. Los principales eran: a) Los derechos de agnación del adrogado; b) Las *operarum obligationes*, o servicios que el manumitido del adrogado le haya prometido bajo juramento. Forman parte de los derechos de patronato, que cesan como la agna-

---

700. (1) Gayo, III, § 83: ... *Cum paterfamilias se in adoptionem dedit, omnes ejus res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo... adquiruntur...* Ad. Ulpiano, L. 15, pr., D., *de adopt.*, I, 7.

ción; c) El derecho de usufructo y el derecho de uso (Gayo, III, 83, *in fine*).

Bajo Justiniano, fueron modificados estos principios: a) El usufructo y el uso ya no se extinguían por la *minima capitis deminutio;* el goce de estos derechos pasa entonces al adrogante: pero unidos a la persona, no sobreviven al adrogado; b) En el año 529, Justiniano sanciona una reforma más importante. Los hijos de familia, conservando la nuda propiedad de sus bienes adventicios, el adrogante sólo adquiere el usufructo de los bienes del adrogado (L. 6, C., *de bonis qua lib.*, VI, 61, 2 *ht.*).

2. *Del pasivo.*—La adquisición por adrogación resulta del derecho de potestad paterna, de manera que un hijo en potestad no puede obligar al jefe de familia. Las deudas del adrogado no pasan al adrogante, y se extinguen civilmente por consecuencia de la *capitis deminutio* (2). Hay excepción: a) Para las deudas nacidas de un delito; desde entonces, la parte lesionada podía ejercitar la acción *noxaliter* contra el adrogante (Gayo, IV, § 77); b) Para las deudas de una sucesión adquirida por el adrogado antes de la adrogación, porque el adrogante estaba considerado como heredero en lugar del adrogado (Gayo, III, § 84); c) En los demás casos, el adrogado quedaba obligado cerca de sus acreedores, según el derecho natural (V. n.º 530, 1, y nota 1). Esto era para ellos una ventaja muy pequeña, puesto que ya no tenía bienes propios.

Esta solución subsistió durante varios siglos, sin presentar ningún inconveniente. La información previa, hecha por los Pontífices, debía ser una garantía para los acreedores, y probablemente la adrogación sólo se autorizaba estando antes desinteresados, lo cual, más tarde, remedió el pretor más directamente, considerando como no realizada la *capitis deminutio*, y permitiendo a los acreedores ejercitar sus acciones contra el adrogado, a título de acciones útiles (L. 2, § 1, D., *de cap. min.*, IV, 5). Es una *restitutio in integrum* particularmente favorable, porque el pretor la concede sin información y sin fijar ningún término para pedirla. El adrogado, no teniendo y abienes, debía el adrogante venir en su auxilio y pagar la deuda: de lo contrario, el pretor permitía a los acreedores vender los bienes que pertenecían al adrogado antes de la adrogación (Gayo, III, 84, *in fine*).

Bajo Justiniano, ya no existía esta restitución. Las acciones se concedían a los acreedores contra el adrogante hasta la concurrencia de los bienes que la adrogación le había hecho adquirir (3). Si no defiende la acción, los bienes que le han venido del adrogado se venden en beneficio de los acreedores, sin que pueda reservarse el usufructo (I, 3, *ht.*).

701.—II. *Adquisición por «conventio in manum».*—La mujer caída *in manu* se encontraba en una situación análoga a la de una hija de familia. Cuando tenía un patrimonio, resultaba en beneficio del marido una adquisición *per universitatem*, sometida a las mismas reglas que la adquisición por adrogación (Gayo, III, §§ 83 y 84). Bajo Justiniano, desapareció con la *manus* esta adquisición universal.

702.—III. *Adquisición por reducción en esclavitud.*—Todo el que se hace esclavo pierde el derecho de tener un patrimonio, y sus bienes los adquiere *per universitatem* el amo en cuya potestad caiga. Cuando la esclavitud resultaba de una condena, los bienes del *servus poenae* eran

(2) La *capitis deminutio* lógicamente habría debido extinguir también los créditos. Sin embargo, los créditos del adrogado no se extinguen como sus deudas, y pasan al adrogante. Puede ser admitido que el adrogado era considerado como nacido del adrogante, *ex justis nuptiis*, y que sus créditos eran adquiridos por el adrogante, *como si él hubiera* contratado estando ya sometido a su potestad.

(3) Justiniano no hace más que generalizar una idea que Ulpiano trataba de hacer prevalecer contra el sentimiento de Sabino y de Casio; a saber, que se puede dar la acción *de peculio* contra el adrogante, por las deudas contraídas por el adrogado cuando era *sui juris* (Cf. L. 42, D., *de pecul.*, XV, 1).

confiscados y adquiridos por el fisco (L. 1, pr., 1, pr., D., *bonis damnat.*, XLVIII, 20).

Para las deudas, la situación es la misma que en caso de adrogación. No pasan a cargo del amo, que el esclavo no puede obligar, y se extinguen por la *capitis deminutio* del deudor. No hay excepción nada más que para las deudas nacidas de sus delitos, no quedando para las otras más que una obligación natural. El pretor no concedía a los acreedores la *in integrum restitutio* contra el esclavo. Hubiese sido inútil, porque no podían obrar contra él, pues el esclavo no puede figurar en justicia. Les permite obrar contra el amo, hasta la concurrencia de los bienes que ha recogido, y que eran su garantía. Si el amo no defiende la acción, el acreedor es puesto en posesión de los bienes que pertenecían al esclavo antes de su *capitis deminutio* (Paulo, L. 7, 2, D., *de cap. minut.*, IV, 5).

§ 4.—De la "bonorum venditio" y de la "bonorum sectio".

703.—La *bonorum venditio* es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores. Al adquirente del patrimonio se le llama *bonorum emptor*.

Esta venta podía tener lugar, bien viviendo el deudor, o bien después de su muerte. Se hacía durante su vida: si estando demandado se sustraía a la persecución sin dejar un representante; si había dejado sus bienes a sus acreedores, como le autorizaba una ley *Julia;* si no pagaba su deuda después de haber sido condenado por una sentencia del juez *(judicatus)* o después de haberla reconocido delante del magistrado *(confessus in jure)*. Tenía lugar después de su muerte, cuando no dejaba heredero alguno, ni civil ni pretoriano (1).

Este modo de transmisión *per universitatem* fué introducido por el pretor P. Rutilio en la primera mitad del siglo VII de Roma (2). Sin duda, debió de inspirarse para esta creación en una especie de venta usada en beneficio del Estado y llamada *bonorum sectio*.

704.—La *bonorum sectio* era una venta pública de bienes venidos al Estado por la conquista o por consecuencia de condenas criminales, que llevaban consigo la confiscación, o en casos de sucesiones adquiridas por el Tesoro.

Servía también para vender en masa los bienes de un deudor del Estado, para las deudas concernientes al servicio público. Esta venta tenía por objeto, bien fueran cosas determinadas o bien el conjunto de un patrimonio, y se hacía en pública subasta (1). Resultaba una adquisición civil, y el comprador, *bonorum sector*, se hacía propietario en seguida de pagar el precio, y tratándose de una universalidad, comprendiendo créditos y deudas, podía perseguir a los deudores y ser perseguido por los acreedores (2). Tenía, para ponerse en posesión, el interdicto *sectorium* (Gayo, IV, § 146), y cuando había comprado una sucesión, no se le rehusaba la petición de herencia (L. 54, pr. D., *de hered. petit.*, V, 3). Bajo Justiniano, también se hacía venta pública de

---

703. (1) Esta enumeración resulta de los textos siguientes: Gayo, III, 78. Cicerón, *Pro Quintio*, 17 *Lex Rubria*, c. 21. No parece limitativa. Cf. Gayo, III, § 84, *in fine*, y n.° 700, 2, *in fine*.

(2) Gayo, IV, 35. Se trata, verdaderamente, del jurisconsulto P. Rutilius Rufus, que fué cónsul en 649, y debió de ser pretor, lo más tarde, hacia el año 636.

704. (1) Los adjudicatarios eran, por lo general, especuladores que dividían *(secare)* los bienes para venderlos en detalle; de donde vienen las expresiones *bonorum sectio, bonorum sectores*. Esta venta se llama también *subhastatio*, a causa de la lanza, símbolo de la propiedad quiritaria, izada en el sitio donde se hacía; o *auctio*, que designa toda venta pública en subasta.

(2) Cf. Varrón, *De re rustica*, II, 10, 4. Gordiano, L. 3, C., *de fide et jure hastae*, X, 3. Paulo, L. 41, D., *de jure fisci.*, XLIX, 14.

cosas determinadas; pero, sin embargo, desapareció la *bonorum sectio*.

705.—Fué, al parecer, imitando esta institución civil como el pretor Rutilio creó la *bonorum venditio*. Describiremos sumariamente el procedimiento y sus efectos.

1. *Procedimiento de la «bonorum venditio».*—Los acreedores, o uno de ellos, piden al pretor la entrega en posesión de los bienes del deudor insolvente. Después del examen del asunto, y si tiene lugar, el magistrado se lo concede por un primer decreto. Esta *missio in possessionem* no es más que una medida conservatoria, que sólo hace pasar a los acreedores una simple retención de los bienes (Paulo, L. 3, § 23, D., *de adq. pos.*, XLI, 2). Se hace pública anunciándolo por carteles *(proscriptiones)* y dura todo lo más treinta días, mientras los cuales, y contando con la mayoría de los acreedores, el magistrado nombra uno o varios curadores para la administración de los bienes (Ulpiano, L. 2, pr. D., *de curat.*, XLII, 7). Una vez expirado el término, viene un segundo decreto del pretor autorizando a los acreedores para reunirse y escoger a uno de ellos como *magister*, para proceder a la venta (Gayo, III, § 79). Este *magister* fija las condiciones de la venta, la *lex bonorum vendendorum;* saca del cuaderno las cargas que indica la lista de los bienes, las deudas de que están gravadas y la postura del precio. Esta ley de venta está autorizada por un tercer decreto del magistrado y se hace pública por carteles (1). Después de pasado cierto término, se procede a la venta en pública subasta, y aquel que ofrece a los acreedores el más fuerte dividendo, es decir, el más alto precio, es a quien se le declara adjudicatario.

2. *Efecto de la «bonorum venditio».*—El *emptor bonorum*, adjudicatario del patrimonio, es un adquirente universal; pero sólo se hace propietario *ex jure quiritium* de las cosas corporales como lo era el *bonorum sector;* porque no se trata aquí de una adquisición pretoriana. Los tiene *in bonis*, y puede usucapirlos (Gayo, III, § 80). El pretor, para ponerse en posesión, le concede el *interdicto possessorium* (Gayo, IV, § 145).

En cuanto a los acreedores y a las deudas, le fueron concedidas acciones útiles al *bonorum emptor*, o contra él, pero no las acciones directas, porque, según el Derecho civil, no es sucesor. Si se trata de bienes de un difunto, la fórmula es redactada con ayuda de una ficción, *ficto se herede*, según el edicto del pretor Servio, de donde le viene el nombre de acción *serviana*. Si se trata de bienes de un deudor vivo, el pretor Rutilio había imaginado el procedimiento siguiente: la *intentio* de la fórmula era redactada a nombre del deudor cuyos bienes habían sido vendidos, y la *condemnatio* a nombre del *emptor bonorum;* esta acción es llamada *rutiliana* (Gayo, IV, § 35) (2).

Para el deudor despojado de esta manera de su patrimonio, la *bonorum venditio* llevaba consigo la nota de infamia (Cicerón, *Pro Quintio*, 15. Gayo, § 154), y si vivía, podía ser aprisionado. Además, siempre quedaba expuesto a la acción de los acreedores, y si con el tiempo adquiría nuevos bienes, los acreedores que no estuviesen completamente desinteresados podían perseguirle y hacer proceder a una nueva *bonorum venditio* (Gayo, II, § 15). Pero, entonces, el deudor gozaba del

---

705. (1) Cf., sobre este procedimiento de la *bonorum venditio*, la paráfrasis de Teófilo (pr. III, 12) y Cicerón *(Pro Quintio*, 15). En resumen, se encuentran en germen los principales elementos de la quiebra de nuestro Derecho moderno: desprendimiento y aprehensión del deudor, nombramiento de un curador y de un *magister*, cuyos cargos son muy parecidos a los de un síndico, etc.

(2) Sobre la *deductio*, a la cual dan lugar las acciones ejercidas por el *emptor bonorum*, véase el n.° 523, b.

beneficio de competencia, a condición de que la persecución tuviera lugar en el mismo año (L. 6, C., *de revoc. his.*, VII, 75).

Una ley *Julia*, del tiempo de César o de Augusto, mejoró la situación del deudor insolvente y de buena fe, permitiéndole hacer *cesión voluntaria* de sus bienes a sus acreedores. Mediante esta cesión se libraba de la prisión y de la infamia (L. 11, C., *de caus.*, II, 12).

Además, los acreedores, desde entonces, no podían hacerle condenar por sus deudas anteriores a la *bonorum venditio* nada más que en límite de sus facultades, y este beneficio de competencia no estaba limitado al plazo de un año, sino concedido en cualquier época que tuviese lugar la persecución (Ulpiano, L. 4, pr., *de ces. bon.*, XLIII, 3, I, § 40, *de adt.*, IV, 6).

706.—La *bonorum venditio* desapareció cuando el procedimiento formulario dejó de estar en vigor (I, pr., *de suc. subl.*, III, 12), y con ella la adquisición universal que resultaba. Está reemplazada por la *distractio bonorum*, que no es más que una venta en detalle de los bienes del deudor insolvente hecha por ministerio de un curador (Véanse números 758, 2, b y 761, 4).

LIBRO TERCERO

DE LAS ACCIONES

Generalidades.

707.—Los derechos que pertenecían a las personas, derechos de familia, derechos reales y derechos de crédito, podían ser violados, y todo aquel que fuese víctima de esta violación debía tener un medio de obtener reparación y de hacer sancionar la legitimidad de su derecho. En toda sociedad civilizada hay Tribunales organizados encargados de examinar las pretensiones de la parte que se crea lesionada y de zanjar la contienda, pues sólo era en los siglos de barbarie cuando se podía hacer justicia uno mismo (1). La facultad de recurrir a estos Tribunales está regulada por el Derecho civil, y constituye la sanción de los derechos, es decir, la *acción*.

De manera que se puede definir la acción en el sentido más *amplio: Todo recurso a la autoridad judicial para hacer consagrar un derecho desconocido*, o, sencillamente, *la persecución de un derecho en justicia* (2).

La palabra acción tiene otro significado, pues designa el conjunto de las reglas según las cuales el recurso a la autoridad judicial debe ser ejercitado y, juzgado, el *procedimiento* a seguir para llegar a la consagración de un derecho violado. Por eso se dice en este sentido: las *acciones de la ley*. La organización del procedimiento ha variado en Derecho Romano según las épocas, y tres sistemas estuvieron sucesivamente en vigor: las *acciones de la ley*, el procedimiento *formulario* u *ordinario* y el procedimiento *extraordinario*.

Antes de estudiar las acciones en su sentido más general, es decir, los recursos concedidos a las personas para la sanción de sus derechos, vamos a exponer las reglas de estos tres sistemas de procedimientos. Pero, para comprenderlos bien, es indispensable presentar primero una exposición sumaria de la organización judicial, y de indicar las personas llamadas a hacer justicia, delante de las cuales se desarrollan las diferentes fases del procedimiento.

---

707. (1) Paulo, L. 176, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17: *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occassio sit majoris tumultus faciendi.*

(2) En esta amplia acepción de la palabra *actio (de agere)* se entiende toda clase de de recursos bajo cualquier forma que se manifieste: acción propiamente dicha; excepción L. 1, D., *de excepl.*, XLIV, 1: *Agere etiam is videtur qui exceptione utitur...*; interdicto, L. 37, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7: ... *Interdicta quoque actionis verba continentur.*

Capítulo I.—De la organización judicial.

§ I.—De la división de la instancia.

708.—El trazo característico del procedimiento romano, desde la República hasta el fin del siglo III de nuestra era, es decir, bajo los dos primeros sistemas, es la división de las funciones judiciales entre dos categorías de personas: los *magistrados* y los *jueces*. Un proceso comprende dos partes: la primera se realiza delante del magistrado, *in jure*, y la segunda delante del juez, *in judicio* (1). El magistrado es quien regula la marcha general de la instancia y quien precisa el objeto de los debates; y el juez quien examina los hechos y pronuncia la sentencia, pues el magistrado sólo juzga en casos excepcionales. Esta regla subsistió hasta el reinado de Diocleciano. Este emperador, generalizando una práctica que tendía cada vez más a prevalecer, ordenó a los magistrados fallar ellos mismos sobre todos los asuntos que les estuviesen sometidos.

709.—Cuando se ve esta organización mantenerse sin interrupción durante más de diez siglos, bajo los regímenes más diversos, y sin desaparecer hasta la época en que empezó la decadencia del Imperio romano, hay que reconocer que debía presentar ventajas muy considerables. Por eso no hay que extrañarse que espíritus excelentes hubiesen pensado en tomar para nuestros días lo que pudiese tener de compatible con nuestras costumbres actuales. Veamos cuál era en Roma la utilidad de este sistema: a) Era, en primer lugar, un remedio a la confusión de los Poderes públicos. La separación entre las autoridades administrativa y judicial, tan cuidadosamente establecida en nuestro Derecho moderno, era desconocida en la mayor parte de los pueblos antiguos, y, sobre todo, entre los romanos. La administración de la justicia civil no era en su origen más que un atributo de la más alta magistratura, y es a este título como pertenece a los reyes y después a los cónsules. Cuando pasa a los pretores, estos magistrados no están menos encargados, por regla general, de funciones puramente administrativas. Pero esta concentración de poderes no era sin peligro, porque el magistrado, juzgando él mismo, hubiera podido también abusar de su autoridad. Gracias a la división de la instancia, las desavenencias se resuelven por personas particulares, escogidas por las mismas partes, y que ofrecen todas las garantías deseables de imparcialidad; b) Este arreglo descargaba al magistrado de la parte más pesada y fastidiosa del proceso; esto es, del examen de hechos. Desde entonces era bastante con un pequeño número de magistrados, lo cual permitía confiar este encargo solamente a hombres de una experiencia y sabiduría a toda prueba. Aunque fuesen poco numerosos, tenían la oportunidad, aun siendo su cargo de una misión muy breve, de ocuparse de todos los asuntos, hasta de los menos importantes; c) Las listas de los ciudadanos designados para cumplir las funciones de jueces comprendían en la época clásica varios miles, y cada uno de ellos no estaba llamado a juzgar más que un corto número de procesos y consagrar todo el tiempo necesario para dar la sentencia con pleno conocimiento de causa.

---

708. (1) Es muy difícil saber si esta división data de la fundación de Roma. Según Cicerón *(De Republ.*, V, 2), los primeros reyes eran ellos quienes juzgaban los asuntos privados: *Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis sed omnia conficiebantur judiciis regis.* Según Dionisio de Halicarnaso (IV, 25), el primero que envió el examen a los jueces fué Servio Tulio, aunque es muy difícil decir nada a punto cierto sobre este tiempo fabuloso, ni afirmar nada positivo. La división de la instancia es cierta, por lo menos desde la ley de las XII tablas.

§ 2.—De los magistrados.

710.—I. *Atribuciones de los magistrados.*—El poder de los magistrados judiciales estaba designado bajo el nombre general de *potestas* o de *imperium* (L. 215, D., *de verb., sign.*, L. 16). Pero el análisis de sus atribuciones permite, al menos en el Derecho clásico, dividirlos en cuatro clases distintas:

1. *El «imperium merum».*—Es la potestad del magistrado desembarazado de toda atribución relativa a la justicia civil; es un poder de administración y de policía que comprende el derecho de infligir castigos corporales, confundiéndose casi siempre con el *jus gladii* (1).

2. *El «imperium mixtum».*—Estas expresiones se emplean lo mismo en un sentido amplio que en otro más limitado: a) En el sentido amplio, el *imperium mixtum* es el poder del magistrado que une al *imperium merum* la administración de justicia, es decir, la *jurisdictio* (2). Sólo pertenece en toda su plenitud a los magistrados superiores, tal como los pretores (3); b) En un sentido más limitado, es la autoridad necesaria al ejercicio de la *jurisdictio*. Desde luego se comprende que la administración de la justicia civil no puede asegurarse sin cierto derecho de coacción, y el magistrado sólo tendría en la *jurisdictio* un poder ilusorio si no pudiese hacer ejecutar las medidas que ordena. En este estrecho sentido, el *imperium mixtum* pertenece a los magistrados inferiores, que no tienen el *imperium merum*, ni, por consiguiente, el *imperium mixtum* en el sentido amplio (Paulo, 26, pr., D., *ad municip.*, L. 1).

3. *La «jurisdictio».*—Según la etimología, *jus dicere*, esta palabra tiene una acepción de las más amplias. *Decir el derecho* significa, lo mismo proponer una regla de derecho que aplicar una regla preexistente. Ya sabemos, en efecto, que los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos (4).

En un sentido menos extenso, la *jurisdictio* comprende más especialmente: a) El poder del magistrado de organizar la instancia y de enviar las partes delante de un juez, *judicare jubere* (Ulpiano, L. 13, pr., D., *de jurisd.*, II, 1), o de juzgar él mismo el asunto, *judicare;* derecho que no ejerce bajo las acciones de la ley, y que no puede usar bajo el procedimiento formulario nada más que en casos determinados; b) El poder

---

710. (1) Ulpiano, L. 3, D., *de jurisd.*, II, 1: *Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem, ad animadvertendum facinerosos homines, quod etiam potestas appellatur...* El *Imperium merum* se llama así porque, al contrario que el *Imperium mixtum*, es extraño a la *jurisdictio*, acaso por manifestarse con acciones enérgicas. Cicerón, *Pro Cecina*, 2.

(2) Ulpiano, L. 3, D., *de jurisd.*, II, 1 (sigue): *Mixtum est imperium cui etiam jurisdictio inest...* El *Imperium* se llama *mixtum*, bien porque vaya unido a la *jurisdictio*, o bien por estar moderado y menos enérgico que el *Imperium merum* (Cf., Cicerón, *Pro Cecina*, 1).

(3) Este primer sentido explica ciertos textos donde hay señalados actos como derivándose lo mismo del *imperium* que de la *jurisdictio;* tales son las puestas en posesión, las estipulaciones ordenadas por el pretor, las *bonorum possessiones* (L. 1; 4, D., *de jurisd.*, II, 1). Son los actos que sólo pueden ser ordenados por los magistrados superiores, teniendo el *imperium mixtum* en el sentido amplio, es decir, uniendo el *imperium merum* a la *jurisdictio;* es por lo que los textos hacen tan pronto una emanación de uno como una consecuencia del otro.

(4) Los atributos de la *jurisdictio* estaban a veces resumidos en estas tres palabras: *do dico addico. Dare* es dar un juez a las partes. *Dicere* es publicar una regla general en un edicto, o regular una contienda por un interdicto. *Addicere* es reconocer un derecho en beneficio de una parte. Los días fastos eran los únicos en que el magistrado podía ejercer su *jurisdictio*, y, por consiguiente, pronunciar sus tres palabras: de esto procede el verso de Ovidio: *Ille nefastus erit per quem tria verba silentur... (Fastes*, I, v. 47).—Ad. Varrón, *De ling. lat.*, VI, 30.

de dar solemnidad a los actos jurídicos cuyas formas derivaban de las acciones de la ley: la manumisión por la *vindicta*, la adopción, la emancipación y la *in jure cessio*.

A veces se caracterizan estos dos grupos de atribuciones, distinguiendo la jurisdicción *contenciosa* y la jurisdicción *voluntaria* o *graciosa* (Marciano, L. 2, D., *de of. procons.*, L. 16). He aquí el interés de esta distinción: a) Un magistrado no podía hacer acto de jurisdicción contenciosa, es decir, *judicare* o *judicare jubere*, ni para él ni para las personas de su casa: su mujer, sus hijos y sus manumitidos (Ulpiano, L. 10, D., *de jurisd.*, II, 1). Una sospecha de parcialidad se unía a sus decisiones. Ocurría lo contrario para los actos de jurisdicción graciosa: podía emancipar él mismo a su hijo y manumitir a su esclavo (L. 2, D., *de of. praes.*, 1, 18); b) El magistrado sólo podía hacer un acto de jurisdicción contenciosa en el límite territorial de su competencia y en su Tribunal, *pro tribunali*. Pero tenía el derecho de realizar en todos los lugares los actos de jurisdicción voluntaria (Paulo, L. 20, D., *de jurisd.*, II, 1. Gayo, I, 20).

4. En fin, los magistrados tenían ciertas atribuciones especiales, no derivándose ni del *imperium* ni de la *jurisdictio*, sino que venían de una ley, de un senadoconsulto o de una constitución: tal era el derecho de nombrar los tutores, el derecho de autorizar la venta de un inmueble rústico perteneciente a un menor.

Como el *imperium merum*, estos poderes especiales no se delegan en nadie (Papiniano, L. 2, D., de *od. ejus...* 1, 21). La *jurisdictio* puede, por el contrario, delegarse a un particular, que entonces ocupa por determinado tiempo las funciones de magistrado (Ulpiano, L. 16, D., *de juris.*, II, 1 y Paulo, 1 5, D., *de of. ejus.*, § 1, 21).

711.—II. *De los principales magistrados.*—Los magistrados encargados de la autoridad judicial han variado según las épocas. Pero, sobre todo en el Bajo Imperio y a partir de Diocleciano, fué completamente modificada la organización de los magistrados.

Desde el origen de Roma hasta el fin de la época clásica, es decir, bajo los dos primeros sistemas de procedimiento, vamos a exponer cuáles eran los principales magistrados en Roma, en Italia y en las provincias:

a) En Roma, la autoridad judicial perteneció primero a los *reyes* y después a los *cónsules*. En el año 387 fué confiada al *pretor*. Pero la afluencia de extranjeros en Roma hizo precisa la creación de un segundo pretor, el *praetor peregrinus*, encargado de la jurisdicción entre peregrinos o entre peregrinos y ciudadanos. La otra se llamó el *praetor urbanus* (V. n.º 35). Más tarde aumentó el número de pretores. En el siglo II de nuestra era había dieciocho, y la mayor parte con una competencia especial, particularmente para las tutelas y los fideicomisos (Pomponio, L. 2, § 32, D., *de orig. jur.*, I, 2). Al lado de los pretores se unían los *ediles* con funciones administrativas, tales como la policía de la ciudad y ciertas atribuciones judiciales relativas sobre todo a las ventas públicas de esclavos y de animales. Se distinguían los ediles plebeyos, los ediles curules, y desde Julio César los *ediles cereales*, encargados de la vigilancia del trigo y de las distribuciones que se hacían al pueblo (L. 2, §§ 21, 26 y 32, D., *de orig. fur.*, I, 2). Bajo la República, y durante el primer tiempo del Imperio, el pretor era el magistrado por excelencia, y su jurisdicción de las más extensas. Pero los nuevos magistrados creados por los emperadores, el *prefecto de la ciudad* y el *prefecto del pretorio*, fueron investidos poco a poco de la mayor parte de las atribuciones que pertenecían al pretor.

b) En Italia se encuentran en los Municipios magistrados locales, los *duumviri* o *quatuorviri juridicundo*. Hacia el fin de la República fué

limitada su jurisdicción a los procesos cuyo valor no excedía de 15.000 sestercios. Arriba de esta suma era llevado el asunto a Roma, delante del pretor urbano (Cf. *Lex Rubria*, 21).

c) En las provincias, la autoridad administrativa y judicial pertenecía al *presidente* de cada provincia: procónsul, propretor o legado del emperador. Los *cuestores* hacían poco más o menos el papel de ediles.

2. Al mismo tiempo que Diocleciano ordenaba a los magistrados juzgar ellos mismos los asuntos que les estaban sometidos, establecía una nueva división del Imperio, que fué poco tiempo después sancionada definitivamente por Constantino. El territorio fué repartido en cuatro *prefecturas:* El Oriente, Italia, la Iliria y las Galias. Cada prefectura, teniendo a su cabeza un prefecto del pretorio, estaba subdividida en *diócesis* y en *provincias*. Desde entonces el magistrado ordinario en cada provincia fué el presidente, *rector* o *praeses provinciae* (L. 5, C., Th., *de of. rect.* II, 16). Las partes pueden apelar de sus sentencias ante el prefecto del pretorio, representante del emperador, magistrado supremo de todo el Imperio. Se encuentran también los *judices pedanei*, a quienes podían enviarse los asuntos (V. n.° 713).

En Roma y en Constantinopla, que quedaban fuera de este reparto, el pretor peregrino desapareció desde Caracalla, y el pretor urbano ya no tiene atribuciones judiciales. La jurisdicción se ejerce por el prefecto de la ciudad. En fin, se pueden citar en las ciudades provinciales magistrados inferiores, los *defensores civitatis*, que juzgan los asuntos menos importantes (Nov. 15, c., 3, 4 y 5).

§ 3.—De los jueces.

712.—Bajo los dos primeros sistemas de procedimiento hay dos clases de jueces: a) Los simples particulares designados para cada asunto, y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia; b) Los jueces que componen los Tribunales permanentes.

1. *De los jueces designados para cada asunto.*—Se distinguen el *judex*, el *arbiter* y los *recuperatores*.

a) Casi siempre la palabra *judex* se emplea en un sentido general para designar indiferentemente el juez o el árbitro; pero en sentido propio, el *judex* difiere del *arbiter*. Nunca había más de un juez para un asunto, *uno judex;* pero, en cambio, se nombraban uno o varios árbitros: la ley de las XII tablas exigía tres para las acciones de partición. El proceso, que se reducía a la solución precisa de una cuestión de derecho estricto, se llevaba delante del *unus judex*, y eran llamados *judicia*. Se confiaban, por el contrario, a los árbitros los asuntos que era necesario apreciar según la buena fe, y donde era preciso tener poderes más extensos: éstos eran los *arbitria* (1).

Estos jueces eran escogidos para cada proceso sobre las listas confeccionadas por el pretor y puestas en el foro: de donde viene la calificación de *selecti judices* o *judices in albo relati*. Hasta los últimos tiempos de la República fueron escogidos exclusivamente entre los senadores. Pero en el año 531, una ley *Sempronia* decidió que los jueces se tomasen del orden de caballeros, y sus listas comprendían unos trescientos al

712. (1) Festo, V.° *Arbiter: Arbiter dicitur judex qui totius rei habeat arbitrium et facultatem.* V. n.° 748 y nota 1. No hay que confundir el *árbitro*, juez de un proceso, con el *árbitro* que escogían las partes, después de un acuerdo llamado *compromiso*, para regular la controversia, fuera de toda instancia (Ulpiano, L. 13, § 2, D., *de recept.*, IV, 8). El árbitro que acepta esta misión debe cumplirla. El pretor podía forzarle por medio de una amenaza (L. 32, § 12, D., *eod.*). La sentencia del árbitro no era obligatoria; pero las partes unían al compromiso una doble *stipulatio poenae*, y se castigaba a quien contravenía la decisión arbitral (L. 2 y L. 3, § 1, D., *eod.*).

principio. Su número fué aumentando poco a poco, y, bajo el Imperio, llevaban ya los nombres de varios miles de ciudadanos. Para ser juez era necesario tener veinte años, porque era una carga pública, como la tutela, y no podían excusarse sin causa legítima (2).

En un principio, las partes podían escoger ellas mismas sobre la lista el juez o el árbitro delante del cual se llevase el asunto, y el magistrado confirmaba esta elección, dando al juez el poder de juzgar (3).

b) Se tienen pocas noticias sobre los *recuperadores*, pero lo más probable es que fueron establecidos para juzgar los procesos entre ciudadanos y peregrinos. Durante los primeros siglos, el arreglo de las contiendas entre Romanos y ciudadanos de las naciones vecinas, con las cuales Roma tenía tratados, era casi siempre objeto de convenciones especiales (Festo, V. *Recuperatio*). Para manejar los intereses de cada pueblo estaba confiado el examen de los procesos a recuperadores tomados, mitad entre los ciudadanos romanos, y mitad entre los peregrinos.

Sin duda se añadía también un tercero para deshacer el empate: estaban siempre en número impar, tres, cinco o más. También es cierto que en la época clásica se llamaba igualmente a los recuperadores para juzgar entre ciudadanos romanos (Gayo, IV, § 141. Cicerón, *Pro Tul.*, 10). Pero se ignora cómo se operó este cambio y en qué casos podían fallar.

2. *De los jueces permanentes.*—Los jueces que componían Tribunales permanentes eran los *decemviri stlitus judicandis* y los *centumviri*.

Reina una oscuridad tan grande sobre el origen y la competencia de los decenviros, que en realidad se ignora si eran verdaderamente jueces o magistrados (Pomponio, L. 2, § 29, D., *de orig. jur.*, I, 2). Según Cicerón, juzgaban sobre los procesos relativos a la libertad y al derecho de ciudadanía (*Pro domo*, 29 y *Pro Cecina*, 33). Según Suetonio, les encargó Augusto presidir el Tribunal de los centunviros (*Octav.*, 36).

En cuanto a los centunviros, los detalles precisos son defectuosos igualmente, aunque se sabe que se componían de miembros elegidos por las 35 tribus: cada una nombraba tres. Había, por tanto, 105 al principio, elevándose después el número a 180. Bajo el Imperio estaban divididos en cuatro secciones llamadas *consilia* o *hastae*, porque tenían por insignia la lanza, *hasta*, símbolo de la propiedad quiritaria (V. n.° 720, nota 2), Augusto confió la dirección a los decenviros, y más tarde fueron presididos por un pretor, en presencia de los decenviros (*Plinio, Epist.*, V. 21). Su competencia se extendió a las contiendas sobre el estado de las personas, sobre la propiedad y las sucesiones (Cicerón, *De orat.*, 38 y *Pro Cecina*, 18. *Plinio Epist.*, V, 1). Sin duda desaparecieron al mismo tiempo que el procedimiento formulario.

713.—Bajo el procedimiento extraordinario, los magistrados juzgan ellos mismos, no existiendo ya, por consecuencia, jueces privados, aunque, sin embargo, los magistrados pueden descargarse de los asuntos menos importantes y confiar el examen a los *judices pedanei*. Estos jueces, escogidos en las listas, terminaron por ser nombrados de antemano, siendo investidos de esta manera de una especie de magistratura de orden inferior (Cf. Nov. 8, pr., y c. 1).

(2) Paulo, L. 78, D., *de judic.*, V, 1: ... *Judicare munus publicum est.*

(3) Cicerón, *Pro Cluent.*, 43: *Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

Capítulo II.—De los tres sistemas de procedimiento.

Sección I.—De las acciones de la ley.

§ I.—Noción y caracteres generales de las acciones de la ley.

714.—El sistema de las acciones de la ley se remonta al origen mismo de Roma; quedó en vigor durante los seis primeros siglos (1).

Se entiende por acciones de la ley, *legis actiones*, ciertos procedimientos compuestos de palabras y de hechos rigurosamente determinados que debían ser realizados delante del magistrado, bien fuera para llegar a la solución de un proceso, o bien como vías de ejecución (2). Estos procedimientos o acciones se reducían a cinco tipos, llamados de este modo: la *actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* y la *pignoris capio* (3). Las tres primeras sólo servían para obtener el juicio de un proceso, y las otras dos eran más que nada vías de ejecución. *La actio sacramenti* y la *manus injectio* son las más antiguas, y probablemente existieron solas al principio.

715.—*El procedimiento de las acciones de la ley* se distinguía por los caracteres siguientes:

1. Los ritos de cada acción se realizaban *in jure* delante del magistrado. Las partes cuya presencia era necesaria (Gayo, IV, § 29) procedían a sus riesgos y peligros. De manera que las palabras que pronunciaban las determinaban con gran precisión y según los términos de la ley; y el error más pequeño traía consigo la pérdida del proceso (1).

Estos ritos solemnes, obra de los pontífices y de los patricios, se unían a los cinco tipos ya citados, aunque varían en detalle según la naturaleza del litigio. La ignorancia de las formalidades del procedimiento fué, desde luego, una de las grandes causas que mantuvieron a la plebe bajo la dominación del patriciado, aunque llegó cierto tiempo en que fué divulgado el secreto por la publicación de las obras de que ya hemos hablado: el *Jus Flavianum* y el *Jus Aelianum* (V. n.º 32).

2. Sólo se podía proceder a los ritos de las acciones de la ley durante los días *fastos* (2). Sin embargo, la *pignoris capio* podía realizarse aun en un día nefasto, y fuera de la presencia del magistrado; por eso se dudó fuese una verdadera acción de la ley (Gayo, IV, § 29).

3. Este procedimiento, al parecer, se reservó a los ciudadanos romanos, siendo cierto también que en su origen no podían usarlo los peregrinos (3).

---

714. (1) *Las Instituciones de Gayo han suministrado sobre las acciones de la ley* enseñanzas muy útiles (IV, §§ 11 a 31).—Ad Pomponio, L. 2, §§ 6 y 7, D., *de orig. jur.*, I, 2. Pero hay varios puntos que no están muy claros.

(2) Según Gayo (IV, § 11), las *legis actiones* se llamaban así porque se habían establecido por las *leges*, acaso porque las expresiones de las cuales se componía estaban tomadas de las *leges*, e inmutables como ellas.

(3) Gayo, IV, § 12: *Lege autem agebatur modis quimque; sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem.*

715. (1) Gayo, IV, § 11, cita el ejemplo del contendiente que ejercita una acción en virtud de la ley de las XII tablas, porque sus viñas habían sido cortadas (L. 1, D., *arb. furt. caes.*, XLVII, 7). En lugar de la palabra *arbores*, escrita en la ley, empleó la palabra *vites*, y perdió el proceso.

(2) Ovidio, *Fastes*, I, v. 48: *Fastus erit per quem lege licebit agi.*

(3) ¿Se hicieron accesibles a los peregrinos las acciones de la ley? Este es un punto muy dudoso, y algunos textos hacen creer que estuvieron siempre excluidos (Cicerón, *Pro Cecina*, 33). Otros formulan un argumento en favor de su participación en este procedimiento (Gayo, IV, § 31 y *Lex Acilia repetund*, 23). Lo más probable es que sólo se trate

4. Bajo las acciones de la ley, nadie puede en asuntos de justicia figurar por otro (4); pero, en la práctica, el empleo del *adstipulator* atenúa los inconvenientes de esta regla (V. n.° 315), aunque, sin embargo, se hacía excepción en los casos siguientes (I, pr., *de his per quos...*, IV, 10): *Pro libertate*, cuando un ciudadano tratado como esclavo reclama la libertad, no puede él mismo sostener su pretensión, porque un esclavo no puede sostener una acción en justicia. Pero puede hacerse reemplazar por una persona libre, que hace el papel de *adsertor libertatis*. *Pro populo*, cuando los intereses del pueblo, considerado como persona moral, deben defenderse en algún proceso (L. 1, § 1, D., *quod cujuse.*, III, 4); o cuando se trata del ejercicio de una acción *popular* (L. 1, D., *de popul. act.*, 23). *Pro tutela*, si el tutor sostiene en justicia los derechos del pupilo *infans;* o, según otra conjetura, si alguno intenta el *crimen suspecti tutoris*. *Ex lege Hostilia*, cuando un ciudadano cautivo o ausente en interés del Estado ha sido víctima de un robo: esta ley permite a un tercero ejercitar para él la acción *furti*.

716.—5. Por último, el objeto de la condena es *pecuniario*. Aun en las acciones reales, como la reivindicación, cuando el demandado que ha perdido el proceso rehusa devolver la cosa litigiosa, el demandante sólo obtiene una indemnización en dinero (V. n.° 721).

Esta solución, aunque bien cierta bajo el procedimiento formulario, está en realidad fuertemente debatida por las acciones de la ley. Por regla general se admite que bajo este procedimiento la condena era sobre la misma cosa, cuando ningún obstáculo material se oponía. Pero, a nuestro juicio, el sistema formulario no ha hecho más que continuar la práctica en uso bajo las acciones de la ley. Veamos los motivos de esta opinión:

a) El principal fin al cual debe tender toda legislación es el de procurar a la persona cuyo derecho haya sido violado, una satisfacción completa, y, por consiguiente, hacer que obtenga la cosa que reclama todas las veces por lo menos que este resultado sea posible. Pero los pueblos primitivos llegaron con muchísima pausa a esta concepción, porque, en vista del derecho violado, el primer sentimiento al cual obedecía la parte lesionada era el de la venganza. La ley, entonces, se contenta con organizarla, siendo después un progreso verdaderamente notable el de sustituir a las violencias y vías de hecho la reparación pecuniaria.

En fin, por un último perfeccionamiento, el demandante obtiene en su beneficio una condena natural y el objeto mismo de su reclamación. Esta marcha histórica es la que ha debido seguir el Derecho Romano. La violación de un derecho fué considerada como una lesión personal, una especie de delito, llegando a una reparación pecuniaria; el resultado de esta concepción ha subsistido bajo el procedimiento formulario, y fué por el procedimiento extraordinario, más que por un progreso natural, como desapareció. Esta solución está conforme con el desarrollo ordinario de las legislaciones; mientras que nos parece natural admitir que después de haber concebido desde el principio el sistema de condena más perfeccionado, la hubiesen abandonado los romanos en la época clásica en favor de las reparaciones pecuniarias, y se haya vuelto más tarde a las antiguas costumbres.

b) El principio de las condenas pecuniarias bajo las acciones de la

---

de un favor concedido a ciertos peregrinos, como se hizo con los latinos. Pero lo cierto es que la justicia entre peregrinos o entre peregrinos y ciudadanos se estableció en Roma por el pretor peregrino y los recuperadores; pero antes de la ley *Aebutia* se ignora en qué formas fué establecida (V., sin embargo, n.° 729).

(4) Ulpiano, L. 23, pr., D., *de reg. jur.*, L. 17: *Nemo alieno nomine lege agere potest.*— Ad. Gayo, IV, § 82: ... *Praeterquam ex certis causis.*

ley está confirmado por otras dos consideraciones. La primera es que si se deja a un lado la *pignoris capio*, que sólo tiene aplicaciones especiales, la única vía de ejecución contra un demandado es la *manus injectio*. De manera que las palabras que componen el rito de esta acción implican una condena pecuniaria (1). La segunda es la autoridad de un texto de Gayo (IV, § 48), cuyo sentido está conforme con nuestra teoría, si se lee según está escrito en el manuscrito y sin añadir absolutamente nada (2).

§ 2.—Procedimiento de las acciones de la ley.

717.—Las cinco acciones de la ley tenían lugar delante del magistrado, salvo alguna vez la *pignoris capio*, con el cumplimiento de los ritos determinados, de los cuales algunos ya nos han sido revelados por Gayo. Pero antes de indicar todo lo que sabemos de particular sobre cada acción, es necesario echar una ojeada sobre la marcha general del procedimiento y saber cómo se desarrollaban en este período las diversas fases del proceso.

I.—Marcha del proceso.

718.—El proceso empieza por el acto que tiene por objeto llevar a las partes delante del magistrado: la *in jus vocatio*. Se opera con una sencillez totalmente primitiva. Es el mismo demandante quien ordena a su adversario seguirle *in jus* diciendo: *In jus sequere* o *In jus te voco*.

El demandado debe obedecer y acudir a la reunión, o dar un *vindex* que garantice su presencia en el día fijado (1). De lo contrario, el demandante toma testigos, *antestatur;* desde entonces puede obligarle por viva fuerza y conducirle a pesar de su resistencia (XII tablas, I, 1 y 2). El domicilio del demandado es para él un asilo inviolable (L. 18, D., *de in jus voc.*, II, 4).

Llegadas las partes delante del magistrado, y después de haber expuesto el asunto, tienen que cumplir el rito de la acción de la ley que se aplica al proceso. Más tarde se procede a la designación de un juez, lo cual, al principio, se hacía inmediatamente. Pero una ley *Pinaria* de fecha desconocida fijó un término de treinta días, al fin del cual las partes debían volver *in jus* para recibir a un juez. Para garantizar su nueva presencia delante del magistrado, las partes establecían ciertas cauciones, *vades*, y este compromiso se llamaba *vadimonium* (Gayo, IV, § 184). Una vez designado el juez, se comprometían también a comparecer al tercer día delante de él, *comperendinus dies* (Gayo, IV, § 15).

---

716. (1) Gayo, IV, § 21: ... *Qui agebat sic dicebat; Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sestertium X millia, quadoc non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manum injicio.*—Ad. Aulo Gelio, *Nuit. at.*, XX, 1.

(2) Gayo (IV, § 48) dice que, bajo el procedimiento formulario, la condena es siempre pecuniaria: *Judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est... sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat.* En la mayor parte de las ediciones se añade *sed* o *at* antes de *aestimata*, y se lee: *Judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.* El texto, modificado de esta manera, sería decisivo contra nuestra opinión. Pero el manuscrito demuestra que esta adición es arbitraria, porque está hecha entre dos palabras, *solebat* y *aestimata*, que se tocan y son muy claras. Si para la claridad de la frase había que añadir por algún sitio la palabra *sed*, sólo se podría hacer delante de *sicut*, donde hay un pequeño huequecito. El texto, entonces, sería: *Sed sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat;* de esta manera sería más favorable al sistema que hemos admitido.

718. (1) El derecho para el demandado de dar un *vindex*, en este caso, bajo las acciones de la ley, se hizo verdadero en ausencia del texto, porque subsistía bajo el procedimiento formulario (Cf. Gayo, IV, § 46 y n.° 734).

Todo el procedimiento delante del magistrado se hacía oralmente Para comprobar el cumplimiento, las partes, antes de salir del auditorio, tomaban por testigos las personas presentes, diciendo: *testes estote*, con objeto de que esas personas pudiesen, en caso necesario, suministrar delante del juez el testimonio de lo que había ocurrido delante del magistrado. Esta elección de testigos se llamaba *litis contestatio* (2). Señalaba el fin de la primera parte de la instancia, y producía efectos importantes, que estudiaremos con toda clase de detalles bajo el procedimiento formulario. Aquí nos basta hacer notar que, bajo las acciones de la ley, el derecho del demandante se extingue siempre *ipso jure* por la *litis contestatio*, que crea un nuevo derecho en su beneficio (3).

Delante del juez, *in judicio*, se terminaba el proceso sin que hubiera que señalar nada de particular. Por regla general, todo se celebraba ya hasta la sentencia, como más tarde bajo el procedimiento formulario (Véanse núms. 748 y 749).

II.—Estudio especial de cada acción.

719.—I «*Actio sacramenti*».—El nombre de esta acción procede de un rasgo que le es propio. Las partes hacen una apuesta, y la suma apostada se llama *sacramentum*, porque la puesta de la parte que pierde el proceso se consagra a las necesidades del culto (1). Cualquiera que sea el objeto del litigio, la *actio sacramenti* es el procedimiento de derecho común, y debe emplearse todas las veces que la ley no ha sometido expresamente el asunto a otra acción (2). El rito de la *actio sacramenti* variaba según la naturaleza del proceso. Gayo, en sus *Instituciones*, indicaba las formalidades por la acción *in rem* y por la acción *in personam*, pero se ha perdido el pasaje donde trataba de la acción *in personam* (3). Nos limitaremos a exponer el procedimiento de la *actio sacramenti* en caso de acción *in rem*, tomando como ejemplo a la *rei vindicatio*.

720.—1. Delante del magistrado, *in jure*, debían indicar siempre las partes el objeto del litigio (1). Supongamos, como hace Gayo, que se trata de un esclavo. Cada uno de ellos sostiene una vara, *vindicta* o *festuca:* es la imagen de la lanza con la cual los romanos hacían el símbolo de la propiedad, porque la conquista era para ellos el título más legítimo (2). El demandante, entonces, coge de una mano al escla-

(2) Festo. V.° *Contestari est cum uterque reus dicit; testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio, utraque pars dicere solet; testes estote.*

(3) Gayo, IV, § 108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat.*

719. (1) Esta etimología la ha dado Festo. V.° *Sacramentum; Sacramenti autem nomine id aes dici caeptum est, quod propter aerarii inopiam et sacrorum publicarum multitudinem, consumebatur in rebus divinis.*—Ad., Varrón, *De ling. lat.*, V. 180: ... *Sacramentum a sacro.* Se conjetura que en su origen el *sacramentum* consistía en un juramento. Cada parte, afirmando su derecho bajo juramento, había que decidir, entre dos juramentos contradictorios, quién era el que había perjurado, y éste era castigado con alguna pena, teniendo carácter religioso: *paena sacramenti* (Gayo, IV, § 14). Esta pena, en primer lugar, consistió en animales, bueyes o corderos, sacrificados como víctimas expiatorias (Festo, V.° *Peculatus*). Más tarde, el *sacramentum* se hizo una apuesta, y la pérdida de la cantidad apostada, una pena de procedimiento.

(2) Gayo, IV, § 13: *Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur...*

(3) Lo único que se sabe es que, desde el *sacramentum*, el procedimiento era el mismo para las acciones *in rem* e *in personam* (Gayo, IV, § 16).

720. (1) Cuando el objeto litigioso era un inmueble o cualquier otra cosa no susceptible de ser llevada *in jure*, las partes debían someterse a ritos complicados, que Cicerón calificaba de ridículos *(Pro Murena*, 12). Estas formalidades cayeron en desuso. Según Gayo, se limitaban a llevar *in jure* una parcela de la cosa (Gayo, IV, § 17).

(2) Gayo, IV, § 16), *in fine: ...Festuca autem utebantur, quasi hastae loco signo quodam justi dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur.*

vo litigioso diciendo: *Hunc ego hominum meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui.* Al mismo tiempo le toca con la varilla. Esta afirmación de su derecho de propiedad se llama la *vindicatio*. El demandado, que también pretende ser propietario, hace la misma declaración, cogiendo al esclavo y tocándole con su varilla. Cada uno de los litigantes, teniendo de esta manera la cosa, resultaba para ellos la imagen de una lucha, *consertio manuum* (Aulo-Gelio, *Nuits at.*, XX, 10). El magistrado ponía fin diciendo: *Mittite ambo hominem* (Gayo, IV, § 16). De esta manrea se terminaba la primera fase de la acción (3).

Después de otras palabras cambiadas entre las partes, se llega a la segunda fase, donde se provocan para una apuesta. El demandante decía: *Quando tu injuria vindicavisti D. aeris sacramento te provoco.* El demandado contestaba: *Et ego te.* La suma apostada era entregada por cada parte en manos de los *pontífices*, por lo menos al principio (Varron, *De ling. lat., ling. lat.*, V. 188). Más tarde fué suficiente con comprometerse a pagarlo caso de perder el proceso y establecer garantías, *praedes sacramenti* (Gayo, IV, § 13) (4).

Después de la apuesta, el pretor regulaba la posesión interinamente; es decir, atribuyendo a una de las partes la posesión de la cosa en litigio durante el proceso, y , por consiguiente, el papel de demandado.

Probablemente hacía esta atribución a su capricho y en beneficio de la parte que a su juicio debiera ganar la causa. El poseedor estaba obligado a suministrar garantías al adversario, para, caso de pérdida del proceso, obtener la restitución de la cosa en litigio y sus frutos; se les llamaba *praedes litis et vindiciarum* (Gayo, IV, § 16).

721.—2. ¿Qué resultaba del *sacramentum*, y cómo se terminaba el proceso *in judicio?* El juez, después de examinar las pretensiones de los adversarios, declara quién ha ganado la apuesta, diciendo: *Utrius sacramentum justum, utrius injustum sit* (Cicerón, *Pro Cecina*, 33).

El que ha ganado recoge su apuesta, si la ha entregado, y la apuesta de quien la pierde se destina a los gastos del culto, hasta que una ley *Papiria* de la mitad del siglo v la hizo caer en el *aerarium*.

Esta declaración bastaba para cerrar el proceso cuando era favorable al demandado, es decir, al poseedor interino; se queda con el objeto del litigio y todo está terminado. Pero cuando el que gana es el demandante, necesita otra satisfacción, además de no perder su apuesta. ¿Cuál era entonces la salida del proceso? Es un punto oscuro.

Según algunos autores, el juez condena al demandado que ha perdido a restituir la cosa, y el magistrado puede forzarle a esta restitución en virtud de su *imperium*. Pero esta opinión no se apoya en ningún texto, y es contraria al principio de la condena pecuniaria que hemos admitido. Según otro sistema, la restitución de la cosa con sus accesorios está, aunque indirecta, suficientemente garantizada por el compromiso de los *praedes litis et vindiciarum*. Preferimos la conjetura siguiente, por estar fundada sobre documentos que atestiguan la existencia de un procedimiento especial, creado, al parecer, para esta hipótesis. Cuando el demandado rehusaba devolver el objeto del litigio, el demandante se dirigía al magistrado, que nombraba tres *árbitros*. Tenían por misión estimar el importe del proceso, cosa y frutos, y de condenar al demandado a pagar una suma en dinero igual al valor de la cosa, y el doble para

(3) Esta parte del procedimiento se había tomado para que sirviera de forma a ciertos actos de Derecho civil: la manumisión por la vindicta, la emancipación, la adopción y la *in jure cessio*.

(4) El *Sacramentum* era de quinientos ases en el proceso de un valor igual o superior a mil ases; de cincuenta ases en los asuntos de menor valor y en los procesos relativos a la libertad (Gayo, IV, §§ 14 y 16).

los frutos. Esta condena estaba garantizada por el compromiso de los *praedes litis vindiciarum* (1). De manera que el proceso se terminaba por una condena pecuniaria. El juez tenía que declarar al lado de quién estaba el derecho: *judicare;* los *arbitri liti aestimandae* a evaluar el litigio y condenar: *damnare.*

En caso de acción personal, o el objeto de la demanda es una cantidad en dinero, y el demandante que gana el proceso puede ejercitar la *manus injectio* contra el deudor *judicatus*, o el objeto es una cosa que no es dinero, y entonces, según la conjetura precedente, hay que recurrir al *arbitrium liti aestimandae.*

722.—II. *Judicis postulatio.*—Se ignora si esta acción es tan antigua como la *actio sacramenti.* Lo cierto es que parece que fué establecida, bien en su origen, o bien en una fecha anterior a la ley de las XII tablas, para remediar en ciertos casos los inconvenientes de este procedimiento. En efecto, la *actio sacramenti* era peligrosa, puesto que se exponía a perder la cantidad apostada (Gayo, IV, § 13). Además, los poderes del juez eran muy limitados, porque sólo podía declarar el *sacramentum justum* o *injustum*, es decir, hacer ganar o perder cada parte por el todo. La demanda era admitida o rechazada tal como el demandante lo había precisado, sin que el juez pudiese cambiar nada: era un resultado enojoso, sobre todo en los procesos que ponían en juego los intereses recíprocos, donde sólo se admitían por parte las pretensiones de los adversarios, atemperándolos en cierta medida.

El dominio de la *judicis postulatio* se extendía ciertamente a las acciones de partición y fijación de límites y a la acción *ad exhibendum.* Se conjetura que se aplicaba también a las obligaciones que tenían por objeto una *datio*, por las cuales se podía obrar *per sacramentum* (Gayo, IV, § 20).

En cuanto al rito de esta acción, sólo tenemos como indicio un texto de Valerio Probo: *Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des* (§ 4, *De not. antig.).* Tales eran sin duda las palabras que el demandante debía pronunciar *in jure.* El procedimiento estaba seguramente desembarazado de las solemnidades del *sacramentum.* Además, es muy probable que el juez encargado del examen del litigio tenía una libertad de apreciación más grande; que reunía los poderes que pertenecían en la *actio sacramenti* al *judex* y a los *arbitri*, y que debía no solamente *judicare*, sino también *damnare*, es decir, estimar el proceso y pronunciar una condena pecuniaria.

723.—III. «*Condictio*».—Esta nueva acción de la ley fué creada por una ley *Silia*, para las obligaciones de sumas determinadas, *certae pecuniae*, y por una ley *Calpurnia* para toda obligación de cosas ciertas, de *omni certa re* (Gayo, IV, § 19) (1). Al parecer, esta creación no tuvo por objeto llenar un hueco en el procedimiento, porque los litigios sobre semejantes obligaciones podían haberse cortado con ayuda de la *actio sacramenti* o de la *judicis postulatio* (Gayo, IV, § 20). El legislador quiso,

---

721. (1) Este procedimiento se menciona en los textos siguientes: a) Valerio Probo (§ 4, *De not. antig.)* señala, a propósito de las acciones de la ley, la existencia de un *arbitrium liti aestimandae*; b) Festo (V.° *Vindiciae)* refiere un fragmento de las XII tablas, que sólo se ha podido leer de una manera incompleta: *Si vindiciam falsam tulit... sive litis... praetor arbitros tres dato; eorum arbitrio fructus duplione... damnum decidito.* Lo cual puede traducirse de esta manera: *Si una de las partes ha recibido sin razón la posesión interinamente, el pretor debe nombrar tres árbitros. Sobre su decisión, el poseedor debe ser condenado a pagar el doble de los frutos*, y también, sin duda, sencillamente, el valor de la cosa; c) Según la ley *Acilia repetundarum*, la persecución por concusiones se sometía al Tribunal de los centunviros en la forma de la *actio sacramenti;* por tanto, la condena está seguida de una *litis aestimatio.* Cf. *Lex Acilia repetund.*, 58 y 59).

723. (1) Se ignora la fecha exacta de estas leyes. Hay quien opina que la ley Silia es del año 510, y la ley Calpurnia de 520. Otros colocan la ley Silia a mitad del siglo VI. Pero todo esto no son más que conjeturas.

sin duda, instituir para esta clase de asuntos un procedimiento más sencillo, bien fuera por las formalidades cumplidas *in jure* o por una abreviación del término. Además, se ignoran los ritos de esta acción (2). Lo único que se sabe es que el demandante requería al adversario delante del magistrado para que se presentase después de treinta días, con objeto de escoger un juez (3).

724.—IV. «*Manus injectio*».—En toda condena, siendo pecuniaria, era reconocido el demandado condenado como deudor de una cantidad de dinero. El procedimiento de derecho común organizado para forzarle a ejecutar la condena era la *manus injectio*. Según la ley de las XII tablas, se aplicaba no solamente al demandado *judicatus* o *damnatus*, sino también al que había reconocido su deuda delante del magistrado, *confessus in jure*. Treinta días, *dies justi*, le estaban concedidos para liberarse; si dejaba pasar este término sin haber pagado, quedaba expuesto a los rigores de la *manus injectio*.

El acreedor llevaba al deudor *in jus* según las formas ordinarias, y después se procedía a los ritos de la acción. El acreedor decía: *Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) est sestertium x millia, quandoc non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium x millium judicati manum injicio.* Después de pronunciadas estas palabras, que indican la causa de la persecución y el importe de la deuda, ponía la mano sobre el deudor (Gayo, IV, § 21). Este no podía negar el derecho del acreedor y rechazar esta captura, *manum depellere*, nada más que pagando o suministrando un *vindex*. El *vindex* es un tercero que toma por suyo el asunto, y, gracias a la intervención del cual, el deudor queda en libertad y colocado fuera de causa (2). El procedimiento podía terminarse de dos maneras distintas:

a) Si el deudor no ha encontrado *vindex*, el magistrado le declara *addictus*. El acreedor puede llevarle a su morada, encadenarle y tratarle como un esclavo de hecho, aunque no de derecho. La ley fijaba el peso de las cadenas y los alimentos que debían dársele, aunque además tenía derecho a alimentarse a su cargo.

Esta situación duraba sesenta días, durante los cuales el deudor podía aun obtener su libertad transigiendo o encontrando un *vindex*. El acreedor debía, además, facilitarle su libertad publicando durante tres días de mercado consecutivo el nombre del deudor y el importe de la deuda. Una vez expirado el término, si no había pagado nadie por él, era muerto el deudor, o vendido como esclavo más allá del Tíber. Cuando había varios acreedores podían repartirse su cuerpo; pero, según testimonio de antiguos autores, esta disposición de la ley de las XII tablas no llegó a aplicarse nunca (Aulo-Gelio, *Nuits at.*, XX, 1). Así, la *manus injectio* atacaba a la persona del deudor y sólo alcanzaba a los bienes indirectamente. Llevaba consigo su muerte o su *capitis deminutio maxima;* los bienes y el precio que se sacaba de su venta como esclavo servían para pagar a los acreedores.

b) Si el deudor encuentra un *vindex*, se verifica un nuevo proceso entre el acreedor y el *vindex*. La pérdida de este proceso hacía condenar al *vindex* al doble, para castigarle por haber puesto obstáculos al derecho del acreedor *(Lex colon. genet.*, c. 61).

725.—Algunas leyes extendieron el procedimiento de la *manus in-*

---

(2) El manuscrito de las *Instituciones* de Gayo ofrece un hueco de dos páginas, después del § 17, IV. Se cree trátase de la *actio sacramenti in personam*, de la *judicis postulatio* y de la *condictio*.

(3) Gayo, V, § 18. Festo, V.° *Condicere: Condicere est dicendo denuntiare.*

724. (1) XII tablas, III, 1 y 2: *Aeris confessi rebusque jure judicatis* XXX *dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito.*

(2) El *vindex* debía ser solvente, y que fuese *assiduus* (V. n.° 14, *in fine)*, si el deudor era *assiduus* (XII tablas, I, 4); *locuples*, si el deudor era *locuples (Lex colon. genet.*, c. 61).

725. N. del T.—Antiguamente, en efecto, y salvo los casos excepcionales en que se

jectio a casos donde el deudor no era ni *judicatus* ni *confessus*, y autorizaban al acreedor a usar de este rigor para obligarle a pagar, como si hubiese habido sentencia condenatoria. Esto era la *manus injectio pro judicato* (Gayo, IV, § 24). La ley *Publilia* concedía este derecho al *sponsor* contra el deudor por el cual había pagado, de no haber sido reembolsado en un término de seis meses. La ley *Furia de sponsu* la concedía también al *sponsor*, contra quien había exigido de él más que su parte viril (Gayo, IV, § 22). Este procedimiento tenía para el deudor los mismos efectos que la *manus injectio judicati*.

Otras leyes daban a ciertos acreedores contra los deudores que no eran ni *judicati* ni *confessi* una *manus injectio* más simple y menos rigurosa, llamada *manus injectio pura*. Era más simple, porque el acreedor no tenía necesidad de tratar al deudor como un *judicatus*, y menos rigurosa, porque el deudor podía él mismo no reconocer el derecho del acreedor y sostener el proceso sin recurrir a un *vindex* (Gayo, IV, § 24). La ley *Furia testamentaria* autorizaba esta *manus injectio* contra quienes habían recibido a título de legado más de mil ases, y una ley *Marcia* contra los usureros, que se habían hecho pagar los intereses (Gayo, IV, § 23).

Hacia el fin del siglo VI, una ley Vallia, favorable a los deudores pobres, extendió a los casos de *manus injectio pro judicato* las reglas más suaves de la *manus injectio pura*. Gracias a esta ley, el deudor podía rechazar personalmente el ataque del acreedor sin recurrir a un *vindex* y provocar él mismo el proceso, que se terminaba por su condena al doble o su absolución. La necesidad de establecer un *vindex* no subsistió más que en el caso de *manus injectio judicati*, y para los recursos autorizados por la ley *Publilia* (1).

726.—V. «*Pignoris capio*».—Es un procedimiento por el cual el acreedor toma a título de garantía ciertos bienes del deudor para obligarle a pagar su deuda. Se componía de palabras solemnes, las cuales ignoramos. Pero se diferenciaba de las otras acciones de la ley porque tenía lugar en ausencia del magistrado, y casi siempre en ausencia también del adversario, aunque fuera en un día nefasto (Gayo, IV, § 29).

La *pignoris capio* era un camino excepcional del que sólo se podía usar en pequeño número de casos, determinados algunos por las costumbres, y otros por la ley. Por eso, la costumbre la autorizaba en beneficio del soldado contra los que debían distribuir el sueldo, *aes militare*, o pagar el dinero destinado a la compra de caballos, *aes equestre*, o de la avena, *aes hordiarium* (Gayo, IV, § 27). La ley de las XII tablas la concedía al vendedor de una víctima contra el comprador que no pagaba su precio; y una ley *Censoria*, a los publicanos, contra los que no pagaban los impuestos (Gayo, IV, § 28).

---

había autorizado la *pignoris capio*, el acreedor no tenía el derecho de ejecución directa sobre los bienes. Mas se obligaba indirectamente al deudor a venderlos para evitar la *manus injectio*. Hasta mas adelante no introdujeron los pretores la *missio in possessionem bonorum*.

N. del T.—El privilegio de la *pignoris capio* no pertenecía más que a algunos créditos favorecidos por un interés público. Así, en interés del culto, se daba contra el que habiendo comprado una víctima no había satisfecho su precio. Lo mismo, como indica el autor, por interés del servicio militar, se daba al soldado contra aquel que, después de la asignación hecha por el tribuno del *aerarium*, les debía dar el sueldo, precio del caballo o del forraje, y por causa pública a los publicanos para cobro de impuestos.

725. (1) Es por este motivo por lo que, bajo el procedimiento formulario, la acción *judicati* y la acción *depensi* son las únicas acciones personales donde el demandado, figurando por él mismo en el proceso, debe dar la caución *judicatum solvi*. Gayo, IV, § 125: *...Lege Vallia, excepto judicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere... Unde nostris temporibus is cum quo judicati depensive agitur judicatum solvi satisdare cogitur.*

§ 3.—Destino de las acciones de la ley.

727.—El riguroso formalismo de las acciones de la ley las había hecho odiosas. Aun después de la divulgación de los ritos, las partes a quienes incumbía la tarea de realizar delante del magistrado las formalidades de este procedimiento, corrían el riesgo de perder su proceso por el más ligero error. Por eso, antes del fin de la República y al principio del Imperio, vinieron las disposiciones legislativas, si no a suprimir completamente las acciones de la ley, por lo menos a limitar su aplicación y hacer un nuevo procedimiento llamado formulario u ordinario: el procedimiento de derecho común. Fué ésta la obra de la ley *Aebutia*, que, sin duda, procede del siglo VII (1) y dos leyes *Juliae judicarae* dadas bajo Augusto (Gayo, IV, § 30).

Por la falta de indicios, se ignora la parte de cada ley en esta reforma. Pero lo cierto es que en el intervalo que separa la ley *Aebutia* de las leyes *Juliae*, todas las fórmulas se desarrollan, mientras que no han desaparecido ninguna de las *legis actiones* (2). La conjetura más conforme con estos hechos consiste en admitir que la ley *Aebutia*, aun sancionando un nuevo procedimiento, habría dejado a las partes la facultad de escoger entre los dos sistemas; que poco a poco, fueron abandonadas las *legis actiones*, a causa de las ventajas de la fórmula, y que las leyes *Juliae* terminaron por suprimirlas, salvo en los dos casos citados por Gayo (IV, § 31): el *damnum infectum* y los procesos llevados delante de los *centunviros*. El procedimiento *per sacramentum* sólo desapareció después de la supresión de este Tribunal.

Sección II.—Del procedimiento formulario.

§ 1.—Origen y desarrollo del procedimiento formulario.

728.—Las acciones de la ley fueron reemplazadas por el procedimiento *formulario*, llamado así porque el magistrado redacta y entrega a las partes una *fórmula*, es decir, una especie de instrucción escrita que indica al juez la cuestión a resolver, dándole el poder de juzgar. Es designada también con el nombre de procedimiento *ordinario*, porque el magistrado no juzga por sí mismo más que en casos excepcionales, limitándose desde un principio a organizar la segunda parte de la instancia que debe realizarse delante del juez: *ordinat judicium*. Los procesos, pues, se juzgan *secundum ordinem judiciorum*, y cuando, por excepción, el magistrado decide él mismo la diferencia, se dice que establece *extra ordinem*.

729.—Según la opinión más acreditada, el procedimiento formulario nació con ocasión de los procesos entre ciudadanos y peregrinos o entre peregrinos. Siendo en iguales casos inaplicables las acciones de la ley, el pretor peregrino, encargado especialmente de esta jurisdicción, habría imaginado resumir brevemente en un escrito o fórmula los hechos a comprobar para la solución del litigio, y confiar esta com-

727. (1) La fecha de la ley *Aebutia* es incierta. Unos la colocan entre los años 605 y 628 de Roma, y otros hacia la mitad del siglo VI.

(2) La *actio sacramenti* se practica siempre delante de los centunviros. La existencia de la *judicis postulatio* la atestigua Cicerón (*De orat.*, I, 56). La *manus injectio* se aplica en la *lex coloniae genetivae*, del año 710, c. 61). También existía la *pignoris capio* en el tiempo de Aulo Gelio (*Nuits at.*, XVI, 10 y XIV, 7).

probación a los recuperadores, dándoles el poder de condenar o absolver al demandado. Este sistema se hubiera generalizado poco a poco, perfeccionándose además, y la ley *Aebutia* lo hubiese sancionado definitivamente (1). Desde entonces, fueron dispensadas las partes de cumplir *in jure*, con sus riesgos y peligros, las solemnidades que hasta entonces se les había impuesto, siendo el magistrado quien debía redactar para cada género de proceso las fórmulas, y su autoridad, en lo sucesivo, quedaba sancionada por el Derecho civil. Para establecer la transición entre el antiguo y el nuevo sistema de procedimiento, presentaba desde luego varias dificultades la composición de estas fórmulas. Los textos demuestran que el pretor usó diversos procedimientos, sobre los cuales son muy incompletos los datos que tenemos.

730.—Aunque nos son completamente desconocidas las formalidades de la *condictio*, lo más probable es que el pretor, para las acciones en que este procedimiento era aplicable, se limitara a incorporar en la fórmula las palabras que contenían el rito. Esta conjetura adquiere una gran fuerza, por esta doble consideración: que el nombre de *condictio* designa todavía bajo el sistema formulario las acciones que estaban sometidas a esta *legis actio*, y que, según Gayo, las fórmulas de estas acciones, por las cuales se reclama una cantidad en dinero, o cualquier otra cosa determinada, tienen por ellas mismas toda su fuerza, y no contienen ficción de la *condictio;* de donde se deduce que reproducen las mismas palabras de esta acción de la ley (1). Es de suponer que sería lo mismo para las acciones del dominio de la *judicis postulatio*, y para la mayor parte de las acciones de buena fe (2). En cuanto a las que autorizaban el procedimiento de la *pignoris capio*, el pretor usaba otro medio, que era redactar la fórmula con ayuda de una ficción, dando poder al juez para condenar al demandado a la cantidad que debía haber entregado antes para liberar la prenda (3). Estas son las únicas indicaciones habidas por las fuentes a propósito de las acciones *in personam*.

731.—En cuanto a las acciones *in rem*, a las cuales se aplicaba el procedimiento *per sacramentum*, quedaron sometidas delante del Tribunal de los centunviros. Pero en los casos en que por motivos que ignoramos podían los procesos de esta naturaleza ser llevados delante del *judex*, se hizo necesaria la aplicación del sistema formulario, según la ley *Aebutia*. Se hizo más difícil por las complicaciones de la *actio sacramenti*, y el pretor sólo llegó progresivamente a la redacción de una fórmula dando completa satisfacción al demandante.

Se procedió primero *per sponsionem*. Las partes tenían que hacer delante del magistrado, y a imitación de la *actio sacramenti*, una especie

---

729. (1) No es más que una conjetura que no se apoya en ningún texto. Pero después de bien considerado, es un defecto común a todas las teorías propuestas sobre el origen del procedimiento formulario, teniendo ésta la ventaja de ser más sencilla y la más verosímil.

N. del T.—Este nuevo sistema alcanzó larga duración, esto es, por toda la edad gloriosa de la jurisprudencia romana, desde Cicerón a Diocleciano. Todas las obras de los jurisconsultos clásicos se hallan en tal relación con este procedimiento, que sin un exacto conocimiento del mismo se hace poco menos que imposible el estudio y la inteligencia de aquéllas; el que carezca de una idea clara y precisa del procedimiento formulario no puede absolutamente comprender los textos más importantes de las Pandectas, especialmente sobre obligaciones, acciones y excepciones.

730. (1) Gayo, IV, § 33: *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur... Itaque simul intelligimus eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Ejusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

(2) Las fórmulas de las acciones de partición y de deslinde reproducían con razón las palabras de la *judicis postulatis*.—Cf. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 236.

(3) Gayo, IV, § 32. Este jurisconsulto resume los dos procedimientos, IV, § 10, de la manera siguiente: *Quaedam praeterea sunt actiones quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant.*

de apuesta al sujeto del derecho disputado. El demandante que reclama un esclavo interroga al demandado diciendo: *Si homo quo de agitur ex jure quiritium meus est, sestercios XXV nummos dare spondes?* El demandado responde: *Spondeo* (Gayo, IV, § 93). La *sponsio* era ya usada bajo las acciones de la ley, y había reemplazado al depósito del *sacramentum*. Pero aquí, en lugar de constituir una verdadera apuesta, no es más que un procedimiento desviado para empezar el proceso, a imagen de la *actio sacramenti*. Por eso es inútil que el demandado pretenda estipular a su vez: *non restipulatur*.

Sólo debe dar caución para la ejecución eventual del juicio *pro praede litis et vindiciarum* (1). Después de la *sponsio*, el pretor redactaba una fórmula donde el demandante emitía la pretensión de que la suma apostada le fuese pagada (Gayo, IV, § 93). Es de esta cuestión sobre lo que trata el debate *in judicio*, y en que interviene la decisión del juez. Pero si el demandado pierde el proceso, no paga nunca la cantidad prometida; la apuesta no resulta seria, y la *sponsio* es prejudicial, pero no penal (Gayo, IV, § 94).

El procedimiento *per sponsionem*, aplicado a la *rei vindicatio* y a otras acciones reales, presentaba estos inconvenientes: a) El juez declaraba del lado de quien estaba el derecho; pero para llegar a un resultado definitivo, si el demandado no restituía, el demandante quedaba sin duda obligado a intentar una nueva persecución contra él y contra las cauciones, por razón de la promesa que habían hecho: esto originaba mucha lentitud (Argt. Gayo, IV, § 89); b) Lo mismo que la *actio sacramenti*, este procedimiento no podía ajustarse a relaciones de derecho más o menos complicadas, como se presenta casi siempre en la práctica. Estas imperfecciones provocaron la creación de una nueva fórmula, llamada *petitoria*, que se aplicó desde luego a la *rei vindicatio*.

732. –La fórmula petitoria se distingue por los caracteres siguientes: a) No hay *sponsio*. La fórmula es entregada sin ninguna formalidad previa, y contiene la verdadera causa del proceso: el demandante reclama la misma cosa de la cual se dice propietario (1); b) El juez está investido de poderes más extensos. No se limita solamente a decir de qué lado está el derecho: *pronuntiare* o *declarare* (Paulo, L. 35, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1). Debe además, caso de ser reconocida como fundada la pretensión del demandante, sacar las consecuencias de su declaración, y fija también las restituciones debidas por el demandado, ordenándole efectuarlas. Si el demandado no obedece, le condena a pagar una cantidad equivalente. Esta fórmula tenía la ventaja de hacer el procedimiento más rápido y sencillo, aparte de que si la condena era aún pecuniaria, según la regla general, existía ya cierta tendencia para obtener un resultado más perfecto, puesto que el juez, antes de condenar, ordenaba la restitución del mismo objeto del proceso (2).

Después de esta innovación, la *rei vindicatio* pudo ejercitarse de tres maneras diferentes: *per sponsionem, per formulam petitoriam* o *per sacramentum* delante de los centunviros (Gayo, §§ 91 y 95). Pero la fór-

---

731. (1) En virtud de esta *satisdatio*, la restitución de los frutos tenía lugar por el doble, como en el caso de condena pronunciada bajo las acciones de la ley por los *arbitri litis aestimandae* (*Aulo*, S. I., 13, b, § 8.—V. n.° 721).

732. (1) Gayo, IV, § 92: *Petitoria autem formula haec est qua actor intendit rem suam esse.*

(2) He aquí de qué manera está concebida la forma petitoria: *L. Octavius judex esto, si paret illam rem qua de agitur ex jure quiritium auli agerii esse neque eam Numerius Negidius Auli Ageria arbitratu tuo restituet quanti ea res erit Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*—*I. Act.* 2.ª *in Ver.*, II, 12, donde Cicerón habla de este ejemplo de la fórmula petitoria aplicada a la *rei vindicatio*. Otro pasaje demuestra que esta fórmula, desde su tiempo, no estaba aún extendida a la petición de herencia, puesto que sólo cita para esta acción dos maneras de proceder: *per sacramentum* y *per sponsionem*.—*Cf. Ad.* 2.ª *in Ver.*, I, 45.

mula petitoria hizo caer lentamente en desuso el procedimiento *per sponsionem*. Este mismo progreso se realizó también para las otras acciones *in rem*. El pretor aplicó fórmulas análogas a la fórmula petitoria, donde el juez tenía además el poder, *arbitrium*, de fijar, antes de condenar, las restituciones que debía operar el demandado. Estas fórmulas, llamadas *arbitrarias*, se extendieron también a ciertas acciones *in personam* (Véanse núms. 798 y 799).

733.—Tales fueron el origen y desarrollo del sistema formulario, que quedó en vigor durante todo el período clásico del Derecho Romano. Si pasamos al estudio detallado del procedimiento, encontraremos como regla general la división de la instancia en dos grandes fases. Sin embargo, había cierto número de asuntos sobre los cuales el magistrado fallaba él mismo, sin enviar a las partes delante del juez, *extra ordinem judiciorum*. Estos procesos constituían *cognitiones* o *persecutiones extraordinariae*. Antes de hablar de estos casos excepcionales debemos estudiar las dos fases que comprende un procedimiento ordinario. Se resumen de esta manera: *in jure*, delante del magistrado se precisan las cuestiones a resolver, la fórmula queda entregada y la primera parte del proceso se termina por la *litis-contestatio; in judicio*, delante del juez se suministran las pruebas, se sostiene el asunto, y la segunda parte se termina por la *sentencia*.

§ 2.—Del procedimiento "in jure".

I.—Comparecencia de las partes.—Debates "in jure" y entrega de la fórmula.

734.—I. *Comparecencia de las partes.*—Es siempre necesario que las dos partes comparezcan delante del magistrado, para que la instancia pueda organizarse. La *in jus vocatio* ha perdido su rigor primitivo y es aún el demandante quien invita al demandado a seguirle *in jus*. El demandado debe obedecer o suministrar un *vindex*. De lo contrario, el pretor da una acción contra él, que lleva consigo la condena o una multa (1). Habiendo un *vindex*, su misión era asegurar la comparecencia del demandado para el día fijado. Si faltaba a esto, el pretor daba también contra él una acción *in factum* (Ulpiano, L. 2, § 5, D., *qui satisd.*, II, 8).

Desde Marco-Aurelio se permitió al demandante dirigir primero a su adversario la *denuntiatio litis*, es decir, una notificación escrita del objeto de su demanda y del día fijado para comparecer (2).

735.—*De los cognitores y procuratores.*—Las partes no estaban obligadas a comparecer en persona, como era regla bajo las acciones de la ley. Podían desde entonces hacerse reemplazar en justicia por mandatarios (Gayo, IV, § 82) (1).

La fórmula, entonces, debía modificarse. La *intentio*, que contiene la pretensión del demandante, queda siempre concebida al nombre del mandante que invoca el derecho objeto del proceso. Pero como la *litis-contestatio* hacia nacer entre las personas que habían aceptado la fórmu-

---

734. (1) Gayo, IV, § 46: *Formulae in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus, neque venerit, neque vindicem dederit.* Paulo, L. 2, § 1, D., *si quis in jus.*, II, 5.
(2) Aurelio Víctor, *De Caesar.*, 16, 9. Según ciertos autores, la *litis denuntiatio* se hubiera usado solamente para las *cognitiones extraordinariae*.

735. (1) No hay que confundir la representación en justicia y la *postulatio*. *Postulare;* es hablar delante del magistrado, bien para exponer una pretensión o la de otro, o bien para combatir la del adversario (Ulpiano, L. 1, § 2, D., *de postul.*, III, 1).

la una nueva obligación, el mandatario se hacía entonces el amo del proceso, *dominus litis*, y, por tanto, la condena debía pronunciarse a su favor, cuando figurase en nombre del demandante; o contra él, si estaba encargado de los intereses del demandado. Por consiguiente, la *condemnatio* de la fórmula, en lugar de estar concebida a nombre del mandante, debía serlo a nombre del mandatario (Gayo, IV, §§ 86 y 87). Ocurría siempre así, cualquiera que fuese la manera en que hubiese sido constituído el mandato. Era también una regla general que todo demandado por otro debía dar la caución *judicatum solvi* (2). Pero, por otra parte, había que distinguir entre las diversas clases de mandatarios en justicia, a saber: el *cognitor*, el *procurator* y los *tutores* o *curadores*.

El *cognitor* era constituído en términos solemnes y en presencia del adversario (Gayo, IV, § 82). Esta solemnidad daba al mandato del que estaba investido un carácter absoluto de certidumbre. Por consiguiente, la *acción judicati*, dada en ejecución de la sentencia, se acordaba por el pretor, al mandante o contra él, pero, *cognita causa*, a título de acción útil (3).

El *procurator*, al contrario, era constituído sin ninguna solemnidad de palabras, en ausencia e ignorancia del adversario (4). Su mandato no tenía la misma certidumbre, y era de temer que la persona que ejercía una acción como *procurator* no obrase sin mandato, y que la persona interesada no empezase en seguida el proceso por su propia cuenta. De manera que el adversario tenía el derecho de exigir al *procurator* la caución *ratam rem dominum habiturum*, es decir, la promesa, garantizada por los fiadores, de que la persona de la que se decía mandatario ratificaría el resultado del proceso (Gayo, IV, §§ 97 y 98). Además, la acción *judicati* no es dada al mandante ni contra él (Fr. Vat., § 317).

Los *tutores* o *curadores* eran los mandatarios legales de los pupilos y de los incapaces, que por su edad o enfermedades les impedían figurar a ellos mismos en justicia. Estaban asimilados a los *procuratores*, pero, por regla general, se les hacía remisión de la caución (Ulpiano, L. 23, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7); y Antonino el Piadoso decidió que en caso de juicio pronunciado para o contra el tutor, la acción *judicati* sería dada al pupilo, o contra él (L. 2, pr., D., *eod.*).

Las dificultades que presentaba la constitución del *cognitor* hicieron admitir hacia el fin del siglo II que el *procurator* escogido en presencia del adversario, pero sin palabras solemnes, sería tratado como un *cognitor;* éste fué el *procurator praesentis*. Las reglas aplicables al *procurator* fueron desde entonces restringidas al *procurator absentis*, constituído en ausencia del adversario (Fr. Vat., §§ 331 y 332). Esta reforma contribuyó al desuso del *cognitor*.

736.—Por razón de los debates que debían empeñarse delante del magistrado, era absolutamente necesario que el demandado compareciese en persona, o fuese reemplazado por un tercero capaz de figurar en justicia, porque era necesario que los dos partes estuviesen presentes para entenderse sobre la redacción y aceptación de la fórmula, pues, de lo contrario, el procedimiento no podía seguir su curso. Pero como sería injusto haber paralizado el derecho del demandante, el magistrado pronunciaba en su beneficio la toma de posesión de los bienes del deman-

---

(2) Gayo, IV, § 101: ... *Nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*—V. n.° 764, 4. Si el mandatario *ad defendendum* es un *cognitor*, es el *dominus* mismo quien debe suministrar la caución al demandado (Fr. Vat., § 317).

(3) Fr. Vat., § 317 y 331.—Es evidente que las acciones quedan al *cognitor*, si se trata de un *cognitor in rem suam;* Fr. Vat., § 317.

(4) Gayo, IV, § 84. La persona que, sin mandato y como gerente de negocios, tomaba en sus manos los intereses del demandado, era llamada *defensor* y tratado como el *procurator*.

dado que dejaba sin defensa su causa *indefensa*. Esta *missio in possessionem* no tenía más que un carácter conservatorio, cuando la falta del demandado tenía legítima excusa. Pero contra un demandado que se escondiese, *latitat*, sustrayéndose fraudolosamente a la persecución del demandante, tenía consecuencias gravísimas: llegaba a la *bonorum venditio* (1).

737.—II. «*Actionis editio*» *y debates «in jure»*.—Estando las partes *in jure*, el demandante expone su pretensión y designa sobre el edicto la acción que quiere ejercitar, pidiendo que le sea entregada la fórmula: es la *actionis editio* (1). Esta elección no le compromete, y queda libre de pedir otra acción, hasta la *litis-contestatio*.

Los debates se abren en seguida, pudiendo ocurrir que no baste un día para hacerlo, o que el demandado reclame un término. En los dos casos debe comprometerse a volver, *in jus*, el día señalado. Esta promesa, o *vadimonium*, puede ser simple y pura, acompañada de juramento, garantizado por fiadores, o bien por una cláusula penal (Gayo, IV, §§ 184 a 186). Los debates se refieren, sobre todo, a los dos puntos siguientes: ¿Es necesario conceder al demandante la acción que ha designado y entregarle la fórmula? ¿Cómo debe ser redactada esta fórmula?

1. El magistrado no puede rehusar arbitrariamente la acción que le es pedida, cuando está ofrecida sobre el edicto. Sería una denegación de justicia, aunque tiene el derecho de no concederla en ciertos casos (2). Son éstos los principales: a) El demandado confiesa su deuda o reconoce el derecho del demandante; aquí hay *confessio in jure*. El demandado es tratado como *judicatus*. El proceso queda terminado si el reconocimiento es sobre una cantidad determinada en dinero. De lo contrario, la instancia debe continuar para llegar a una condena pecuniaria (3); b) El demandante defiere el juramento al demandado *in jure*, y este juramento es llamado *necesario*, porque el demandado está obligado a prestarle o deferirle; de lo contrario, pierde el proceso. Pero si le presta, o si el demandante a quien ha sido deferido el juramento no le presta, la acción queda rehusada (4); c) El demandante invoca una excepción natural para su absolución, siendo constantes los hechos en que se apoya *in jure*, en cuyo caso es inútil continuar el proceso rehusando la fórmula el magistrado *denegat actionem* (Cf. L. 1, § 1, y L. 7, § 6, D., *ad. S. C. Maced.*, XIV, 6); d) La acción pedida sanciona una obligación tachada de inmoralidad (L. 27, pr., D., *de verb. obl.*, XLV, 1).

2. Cuando la fórmula está concedida, lo primero que hay que hacer es fijar la redacción. En efecto, además de los elementos que la constituyen desde un principio, y según la naturaleza de la acción ejercitada, ciertas adiciones pueden ser hechas a requerimiento del demandado o del demandante; así que estudiaremos en detalle la composición de la fórmula.

---

736. (1) Cf. Ulpiano, L. 7, § 1, D., *quib. ex caus.*, XLII, 4.—Ad. L. 2, pr., D., *eod.* Cicerón, *Pro Quintio*, 16, 17 y 19.

737. (1) Ulpiano, L. 1, pr., D., *de edendo*, II, 13: *Qua quis actione agere volet, eam edere debet.* Además de esta *editio actionis* hecha delante del magistrado, había acaso otra que el demandante debía hacer antes de la *in jus vocatio*, para advertir al demandado el objeto del proceso, y a la cual se refería el edicto *de edendo*.—Cf. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 68.

(2) Hay también casos en que el pretor se reserva conceder la acción después del examen del asunto, *causa cognita*, y si estima que debe hacerlo. Se pueden citar como ejemplos: la acción *de dolo* (n.° 788, nota 1), las acciones dadas al superficiario (n.° 238, nota 3) y la acción subsidiaria dada al pupilo (n.° 11 bis, 3).

(3) Ulpiano, L. 1, D., *de confes.*, XLII, 2: *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* L. 6, pr., D., *eod.*: ... *Certum confessus pro judicato erit incertum non erit.*

(4) Ulpiano, L. 34, §§ 6 y 7, *de jurej.*, XII, 2: *Ait praetor; eum a quo jusjurandum petetur solvere aut jurare cogam; ... Datur et alia facultas reo ut si malit, referat jusjurandum,*

II.—Composición de la fórmula.

738.—La *fórmula* es una instrucción escrita redactada por el magistrado en términos sancionados *per concepta verba*, y por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de condenar o absolver al demandado. Empieza con la designación del juez: *Titius judex esto* o *arbiter esto*, o *Titius Moevius, Sempronius recuperatores sunto* (Gayo, III, §§ 34 y 46). Después viene la fórmula propiamente dicha, cuyos diversos elementos han sido analizados por los jurisconsultos con el mayor esmero. Se distinguen: a) Las *partes*, partes que necesariamente figuran en una fórmula, pero cuyo número y redacción varían según la naturaleza de la acción; b) Las *adjectiones*, partes que sólo se añaden a la fórmula si el demandado o el demandante han solicitado y obtenido la inserción.

739.—I. *De las partes principales de la fórmula.*—Son en número de tres las partes que entran en la composición ordinaria de las fórmulas: la *demonstratio*, la *intentio* y la *condemnatio*. En tres acciones solamente se encuentra una cuarta: la *adjudicatio* (Gayo, IV, § 39).

1. La *demonstratio* se coloca al principio de la fórmula, en seguida de la denominación del juez. Consiste en una corta exposición de hechos, e indica el fundamento del derecho, la causa del litigio (1). He aquí ejemplos: *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit*, para la acción *venditi; Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit*, para la acción *depositi* (Gayo, IV, §§ 40 y 47) (2).

2. La *intentio* sigue a la *demonstratio*. Es la parte donde se indica la pretensión del demandante, la cuestión misma del proceso que se encarga de resolver el juez (3). La *intentio* puede ser *certa* o *incerta:* a) Es *certa*, cuando el objeto del litigio está perfectamente determinado. Por ejemplo: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio X millia sestertium dare oportere*, para la *condictio certae creditae pecuniae. Si paret hominem (Stichum) ex jure quiritium Auli Ageri esse*, para la *rei vindicatio* (Gayo, IV, § 41); b) Es *incerta* si el objeto es indeterminado y se ha dejado a la apreciación del juez, en cuyo caso se redacta de la siguiente manera: *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere.* Si la acción es de buena fe se añaden las palabras *ex fide bona.* En las acciones *in personam*, la *intentio* es *certa* o *incerta*, según que el objeto de la obligación sea *certum* o *incertum.* En las acciones *in rem*, la *intentio* es siempre *certa*, menos en algunos casos excepcionales (Gayo, IV, § 54).

3. La *condemnatio* es la parte de la fórmula que concede al juez el poder de condenar o absolver al demandado (4). Por ejemplo: *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia condemna, si non paret absolve*, para la *condictio certae creditae pecuniae.* El partido que debe tomar el juez está subordinado a la comprobación de la *intentio*,

---

et si is qui petet conditione jusjurandi non utetur, judicium ei praetor non dabit. L. 9, pr., D., *eod.*: "...*Posteaquam juratum est, denegatur actio.* Según ciertos autores, el demandante no tenía el derecho de deferir el juramento al demandado en todos los procesos; pero solamente para algunas acciones, tales como la *condictio certae pecuniae*, la *conditio triticaria* y la acción *constitutae pecuniae.*—Cf. L. 34, y L. 36, D., *eod.*

739. (1) Gayo, IV, § 40: *Demonstratio est ea pars formulae quae praecipit id quod geritur ut demonstretur res de qua agitur...*

(2) *Aulus Agerius* y *Numerius Negidius* son nombres de convención reemplazados en cada proceso por los verdaderos nombres de litigantes, *Aulus Agerius* designa el demandante *qui Agit*, y *Numerius Negidius* el demandado *qui Negat.*

(3) Gayo, IV, § 41: *Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit...*

(4) Gayo, IV, § 43: *Condemnatio est ea pars formulae qua judici condemnandi absolvendique potestas permittitur...*

a la cual la *condemnatio* está íntimamente unida; si la pretensión del demandante está justificada, *si paret*, el juez condena; si no lo está, *si non paret*, entonces absuelve.

La condena siempre consiste en una cantidad en dinero que el juez debe determinar con precisión (5). Los términos de la *condemnatio* pueden dejarle una latitud mayor o menor, según que sea *certa* o *incerta:* a) Es *certa*, cuando fija la cantidad a la cual el juez debe condenar al demandado si la *intentio* se ha probado. Este es el ejemplo ya citado (Gayo, IV, § 50); b) Es *incerta*, cuando deja al juez el poder de evaluar él mismo la condena. En caso parecido, tan pronto fija un máximo que el juez no puede traspasar, y se llama *incerta cum taxatione;* de esta manera en la *condictio incerti: Judex Numerium Aulo Agerio duntaxat sestertium X millia condemna; si non paret, absolve*, y tan pronto le deja en completa libertad; entonces es *incerta et infinita*, como en la *rei vindicatio: Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna: si non paret, absolve* (Gayo, IV, § 51). A una *intentio incerta* corresponde siempre una *condemnatio incerta.* Cuando la *intentio* es *certa*, la *condemnatio* sólo es *certa* si el objeto de la demanda consiste en una suma determinada en dinero. En todos los demás casos es *incerta;* porque siendo pecuniaria la condena, el juez está obligado a proceder a una evaluación en dinero.

En las acciones *in rem*, y en general en todas las que han recibido la fórmula arbitraria, la *condemnatio* está precedida o acompañada de las palabras *nisi restituat*, u otras análogas, que permiten al juez ordenar primero al demandado las restituciones naturales, advirtiéndole que no debe condenar a una cantidad en dinero nada más que si esta satisfacción no ha sido aún ejecutada (V. n.º 798).

4. La *adjudicatio* sólo se encuentra en las acciones *familiae erciscundae, communi dividundo* y *finium regundorum.* Permite al juez hacer atribuciones de propiedad o constitución de derechos reales en beneficio de las partes sobre los asuntos comprendidos en el proceso (6). Le da también el poder de condenar, y la fórmula se compone de cuatro partes.

La *adjudicatio* estaba concebida de esta manera: *Quantum adjudicari oportet judex Ticio adjudicato* (Gayo, IV, § 42). No se sabe a punto fijo en qué lugar figuraba en la fórmula, si antes o después de la *intentio* (7).

740.—Si se exceptúan las tres acciones únicas que llevan la *adjudicatio*, la fórmula, por regla general, comprende tres partes: la *demonstratio*, la *intentio* y la *condemnatio*, que se unen las tres para formar un todo. Pero esta composición no es invariable (1). No hay más que una parte que no puede faltar en la fórmula: es la *intentio;* porque es la pretensión misma del demandante, y sin ella, no hay proceso. Pero ciertas fórmulas sólo tienen dos partes: la *intentio* y la *condemnatio;* otras no tienen más que una: la *intentio.*

1. La *demonstratio* falta, y la fórmula se compone tan sólo de la *intentio* y de la *condemnatio* en los casos siguientes:

a) Las acciones *in rem.* Es lo que resulta de las fórmulas referidas

(5) Gayo, IV, § 52: *Judex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit.*

(6) Gayo, IV, § 42: *Adjudicatio est ea pars formulae qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare.*

(7) Atendiendo al orden en el cual Gayo enumera las partes de la fórmula (IV, § 39), se colocaba entre la *intentio* y la *condemnatio.* Pero otras razones sacadas del orden de los comentaristas sobre el edicto hacen suponer que estaban en el segundo rango, entre la *demonstratio* y la *intentio.*—V. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 237.

740. (1) Gayo, IV, § 44: *Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur: sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur.*

por Cicerón y Gayo (V. n.º 732, nota 2 y Gayo, IV, §§ 34 y 36). La ausencia de *demonstratio* se explica porque el demandante que ejercita una acción *in rem* no invoca una causa especial de adquisición, sino que las hace valer todas (2).

b) La *condictio*.—Por razón del carácter abstracto de esta acción, la cuestión dada al juez en la *intentio* es siempre la misma, cualquiera que sea la causa (Cf. Gayo, IV, §§ 33, 64 y 86). Por consiguiente, esta causa, al no estar expresada, no hay *demonstratio* (3).

c) Las acciones *in factum*. Se las opone a las acciones que tienen una fórmula *in jus concepta*, comprendiendo, salvo las excepciones precedentes, la *demonstratio*, la *intentio* y la *condemnatio*, y donde la *intentio* pone una cuestión de Derecho civil. La fórmula *in factum concepta* comienza, por el contrario, por una *intentio*, donde el demandante coloca una cuestión de hecho, y que se parece a una *demonstratio*. Pero no es menos una *intentio*, aunque lo que falta es la *demonstratio* (Gayo, IV, §§ 45, 46 y 60, *in fine*). He aquí un ejemplo sacado de la acción *depositi: Judex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse quanti ea res erit...* (Gayo, IV, § 47). Esta *intentio* es siempre *certa*, puesto que sólo puede expresar hechos perfectamente determinados.

Se pueden citar como la fuente más importante de las fórmulas *in factum* los casos en que el pretor concede una acción fuera del Derecho civil, bien para extender una regla o bien para sancionar ciertas disposiciones de su edicto (Gayo, IV, § 46). Pero, además, en un gran número de hipótesis donde se encuentran en la época clásica una relación obligatoria sancionada por una acción civil *in jus*, es muy probable que el pretor concediera primeramente una acción *in factum* (V. n.º 272). Después, cuando el Derecho civil admitió la existencia de una obligación, la acción pudo recibir una fórmula redactada *in jus*.

De esta manera se explica para ciertas acciones civiles la existencia de una doble fórmula: una de ellas, más antigua, concebida *in factum*, y la otra, *in jus*, de creación más reciente. Gayo cita como tales la acción *depositi* y la acción *commodati* (IV, § 47), pero es casi seguro que existían también otras (4). Esta dualidad de fórmulas tenía un doble interés práctico. En primer lugar, los hijos de familia no pueden ejercitar la acción *in jus*, porque no sabrían, por lo menos en un principio, pretenderse propietarios ni acreedores. Pero, sin embargo, les está permitido intentar la acción *in factum* (5). Después, con la fórmula *in factum*, el

---

(2) Paulo dice en este sentido, L. 14, § 2, D., *de ex rei jud.*, XLIV, 2: ... *Singulas obligationes singulae causae suquuntur... ai, cum in rem ago omnes causae una petitione adprehenduntur...* (V. n.º 756, 2).

(3) En este sentido no hay ningún texto formal, pero además de la razón de principio, se puede invocar, en apoyo de esta solución para la *condictio certae creditae pecuniae*, un pasaje del informe de Cicerón, *Pro Roscio comaedo*, 4. Para demostrar que su cliente no debe una cantidad en dinero, que se le reclama por la *condictio certae creditae pecuniae*, enumera y separa todas las causas posibles de esta obligación; *pecunia data, aut expensilata, aut stipulata:* lo que sería inexplicable si la fórmula hubiese ella misma enunciado la causa. Debe ser lo mismo para las otras aplicaciones de la *condictio*, porque se derivan de la condición *certae creditae pecuniae* (V. n.º 784).

(4) Se conjetura según el texto del edicto del pretor que las dos fórmulas se encontraban también para la prenda, el mandato y la gestión de negocios.

(5) Esta solución, que es cierta para algunas acciones *in factum*, tales como las acciones *depositi* y *commodati* (Paulo, L. 9, D., *de oblig.*, XLIV, 7), parece que debió ser generalizada. En este sentido Ulpiano, L. 13, D., *eod.: In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere.*

N. del T.—Se empleaba la fórmula del *prejudicium* cuando se habían de resolver cuestiones prejudiciales, o principales, si las consecuencias que éstas debían entrañar no se reclamaban a la sazón. La acción judicial se podía referir, por otra parte, bien a cuestiones de derecho, bien a cuestiones de estado (si N. es libre, manumitido, hijo de familia,

demandante se expone a incurrir en la prescripción que resulta de una *plus-petitio*, lo que no habría que temer con la fórmula *in jus*, al menos cuando la *intentio* es *incerta* (Gayo, IV, § 60.—V. n.º 754, 1 y nota 3).

2. La *demonstratio* y la *condemnatio*, faltando a la vez, la fórmula se reduce a una *intentio*, en las acciones prejudiciales, que tienden no a hacer obtener una condena, pero sí a hacer constar en justicia un derecho o un hecho, por ejemplo: la libertad o la ingenuidad de una persona, o el importe de una dote (Gayo, IV, § 44.—V. n.º 792).

741.—II. *De las partes accidentales de la fórmula.*—Estas partes no figuran en la fórmula nada más que estando añadidas a la demanda de los litigantes. Según Gayo, la variedad de los asuntos fué causa de la introducción de estas *adjectiones*, que permitían al magistrado poner la fórmula en relación con las exigencias de la demanda y de la defensa. Pero los esfuerzos del pretor para suavizar ciertas soluciones rigurosas del Derecho civil contribuyeron también a ello (Gayo, IV, §§ 129 y 116). Se distinguen las *excepciones* y las *praescriptiones*.

742.—1. *De las excepciones.*—En un principio, el juez puede tener en cuenta todas las alegaciones relativas a la cuestión colocada en la *intentio*, pero no de las que sean extrañas. Si el demandado se limita a la contradicción directa de la pretensión del demandante, el debate puede empeñarse libremente, sin que sea de utilidad añadir nada a la fórmula; ocurre de esta manera, por ejemplo, si el demandante reclama X en virtud de una estipulación y si el demandado niega haberlo prometido. Pero el demandado puede sostenerlo, aunque la pretensión del demandante fuese fundada nada más que en un motivo sacado de una consideración extraña a la *intentio*, no debiendo ser condenado; por ejemplo: por haber prometido bajo el imperio de la violencia o del dolo, o porque el demandante le haya hecho remisión de la deuda por simple pacto. Esto es una alegación ajena a la cuestión colocada en la *intentio*, que es la de saber si ha habido o no estipulación. Para que el juez pueda apreciar este modo de defensa, es necesario que la fórmula le autorice a ello. El pretor añade a la reclamación del demandado una parte que concede al juez este poder, y se llama *excepción* (1).

La excepción se coloca por regla general seguida de la *intentio*, bajo la forma de una condición negativa. Veamos ejemplos: *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*, para la excepción de dolo. *Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur*, para la excepción resultante de un pacto de remisión (Gayo, IV, § 119). Es una condición de más puesta a la condena: el juez no puede condenar al demandado nada más que si la *intentio* es justificada y si la excepción no lo está. Pero, al contrario, cuando el demandado ha hecho la prueba de la excepción que invoca, debe ser absuelto (2).

---

etcétera), bien a simples cuestiones de hecho, tales como la cantidad de una fianza o de una dote.

N. del T.—La fórmula *si paret dare oportere* no implica la necesidad de indicar el motivo de la obligación, el hecho que la creó.

N. del T.—En la acción *in factum*, el hecho, en lugar de enunciarse aparte en la demostración, pasa a la *intentio;* la demostración se confunde en la *intentio*.

742. (1) Es una excepción al orden dada al juez para condenar al demandado si la *intentio* está justificada.—Véanse para los detalles sobre las excepciones los números 801 a 806.

(2) Ulpiano, L. 2, pr., D., *de except.*, XLIV, I: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.* Podría ocurrir, por lo menos a nuestro juicio, que algunas excepciones, en lugar de llevar la absolución completa del demandado, no tuviesen por efecto nada más que la disminución de la condena.—(Véanse, sobre este asunto en controversia, el número 803 y el n.º 524, nota 3).

N. del T.—La excepción no era necesaria sino cuando no se podía hacer la defensa *ipso*

743.—La excepción puede ser opuesta bajo forma de *réplica*, de *dúplica* y de *tríplica*. La *réplica* no es más que una excepción invocada por el demandante (1). Por ejemplo, el demandado ha opuesto a la *condictio certae creditae pecuniae* la excepción de un pacto.

Si el demandante se limita a negar que ha hecho remisión de deuda, no hay necesidad de nueva *adjectio* en la fórmula. Pero si pretende haber intervenido un segundo pacto destruyendo el primero, debe hacer insertar una segunda excepción de pacto, para que el juez tenga el poder de apreciar esta alegación. La excepción opuesta de esta manera a la del demandado es una *réplica* (Gayo, IV, § 126). Si el demandado requiere la inserción de una tercera excepción opuesta a la réplica, es una *dúplica* (Gayo, § 127 y Fr. Vat., § 259). Por último, y en respuesta a una dúplica, el demandante puede reclamar la inserción de una *tríplica* (Gayo, IV, § 128); pero los textos no establecen ningún ejemplo (2).

744.—2. *De las prescripciones.*—Las prescripciones eran las partes escritas a la cabeza de la fórmula (Gayo, IV, § 132). Precedían y reemplazaban algunas veces a la *demonstratio* (Gayo, IV, § 136). Unas estaban añadidas a la fórmula en interés del demandante: *ex parte actoris;* y otras en interés del demandado: *ex parte rei.*

a) «*Prescriptiones ex parte actoris*».—Su objeto es, por regla general, limitar y precisar la demanda. Gayo cita los dos ejemplos siguientes: 1.° Ticio ha estipulado diez escudos de oro de renta vitalicia, *X aureos annuos quoad vivat.* Si al fin del primer año ejercita la acción *ex stipulatu* contra el deudor, agota su derecho. En efecto, la *intentio* es *incerta* porque su crédito está considerado como único, cuyo total, que depende del número de anualidades, es indeterminado. Por esta *intentio* hace valer a la vez su derecho a la anualidad vencida y a las anualidades futuras, quitando de esta manera el poder para obrar alguna otra vez. Es, por tanto, necesaria una indicación que precise la demanda, limitándola a lo que haya vencido. Este es el objeto de una *praescriptio*, concebida de esta manera: *Ea, res agatur cujus rei dies fuit* (Gayo, IV, § 131). 2.° El comprador de un fundo itálico quiere ejercitar la acción *ex empto* para obtener del vendedor propietario la *mancipatio*. La *intentio*, siendo *incerta*, es de suponer que no agote su derecho, y si más tarde quiere forzar al vendedor a hacerle tradición del fundo, o a suministrarle la caución de *evictione*, ya no podría ejercitar de nuevo la misma acción. Para evitar este inconveniente, puede limitar a la *mancipatio* el objeto de su demanda con ayuda de una *proescriptio* así concebida: *Ea res agatur de fundo mancipando* (Gayo, IV, § 13, 1.ª).

b) «*Prescriptiones ex parte rei*».—La prescripción opuesta por el demandado es una especie de excepción que no difiere de la excepción ordinaria nada más que por su colocación en la fórmula. La *proescriptio longi temporis* es el ejemplo más importante (V. n.° 210). Había

---

jure, lo cual significa *por el derecho civil*, y no con *pleno derecho*, como se ha traducido frecuentemente. Así, la excepción *pacti conventi* resultante del pacto de no pedir *era inútil* cuando se trataba de una obligación consensual, porque el simple consentimiento resolvía las obligaciones *ipso jure*.

N. del T.—Ulpiano dijo que en las acciones de buena fe las excepciones se sobreentienden *(excepciones insunt*, L. 7, § 6, ff., *de pact)*. En lo cual se apoya Cujas para sostener que la excepción de dolo, añadida a una acción de derecho estricto, basta para transformarla en acción de buena fe.

N. del T.—El Derecho Romano conoció excepciones perpetuas y perentorias, y temporales y dilatorias, además de las excepciones concebidas *in rem* e *in personam*.

743. (1) Ulpiano, L. 2, § 1, D., *de excepl.*, XLIV, 1: *Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt; quae quidem ideo necessariae sunt ut exceptiones excludant.*

(2) Según esta terminología, la segunda excepción se llama *réplica*, la tercera *dúplica* y la cuarta *tríplica*. Pero en algunos textos el nombre de *tríplica* es dado a la tercera excepción, y designa en realidad una *dúplica* (Cf. L. 2, § 3, D., *de excepl.*, XLIV, 1. L. 7, § 1, *de curat. fur.*, XXVII, 10).

algunas que estaban especialmente designadas bajo el nombre de *praejudicia:* tenían por objeto hacer la demanda cuando la decisión del juez hubiera sido naturalmente a *prejuzgar* un asunto más importante. Por ejemplo, Ticio reivindica un fundo que formaba parte de una sucesión de la cual se pretende heredero. El demandado, que niega esta cualidad, puede oponerle una prescripción así concebida: *Ea res agatur si in ea re praejudicium hereditati non fiat* (Gayo, IV, § 133). Advierte al juez que no debe estatuir sobre la *rei vindicatio*, a no ser que la sentencia no prejuzgue un asunto más amplio; el de la atribución de la herencia. Desde el siglo II de nuestra era, las prescripciones *ex parte rei* se confunden con las excepciones (Gayo, IV, § 153). En el *Digesto*, están estudiadas en el mismo título (D., *De exceptionibus proescriptionibus et proejudiciis*, XLIV, 1).

III.—De la "litis-contestatio".

745.—Cuando los debates sobre la composición de la fórmula han tenido fin, el pretor la redacta, entregándosela al demandante. Éste, en presencia del magistrado, se la comunica al demandado, que debe aceptarla. Si la rehusa, impidiendo de esta manera al proceso seguir su curso, se expone a las rigurosas medidas ordenadas contra el *indefensus* (1). Si la acepta, el acuerdo de las partes para que sea examinado por un juez el litigio pone fin al procedimiento *in jure*. Este es el momento que es llamado la *litis-contestatio* (2). Aunque la fórmula escrita dispensaba de tomar testigos, como ocurría en la práctica con las acciones de la ley, la palabra *litis-contestatio* quedó para designar el último acto del procedimiento formulario delante del magistrado. Entonces es cuando el proceso está completamente entablado, resultando importantes consecuencias.

746.—*Efectos de la «litis-contestatio».*— El efecto capital de la *litis-contestatio* es que transforma el derecho primitivo del demandante. Por una parte, crea entre las partes una obligación nueva y especial, que en todos los casos es la misma, y en virtud de la cual, el demandado está sujeto al demandante para seguir el curso del proceso y la condena, si tiene lugar: *condemnari oportere* (Gayo, III, § 180). Por otra parte, el derecho que el demandante ha hecho valer en justicia queda agotado, y no puede hacerlo objeto de un nuevo proceso. Casi siempre se paraliza por una excepción, y a veces se extingue *ipso jure*. Este resultado se parece en mucho al de una novación. Los jurisconsultos romanos hacen ellos mismos esta asimilación, calificando de novación el efecto de la *litis-contestatio*, y comparando esta forzosa novación que las partes no puedan evitar con la novación voluntaria que realizan con la ayuda de la estipulación (1). La misma diversidad de su naturaleza crea entre estas dos clases de novaciones diferencias muy numerosas: a) La novación vo-

---

745. (1). Ulpiano, L. 52, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.—Lex* Rubria, c. 22.—V. n.º 736.

(2) La primera idea de la opinión que hemos adoptado es según la cual la *litis-contestatio* tiene lugar cuando el demandado recibe la fórmula del demandante y la acepta, se debe a un autor alemán, Wlassak. Los textos dicen del demandado en este sentido: *judicium o actionem accipit suscipit* (Gayo, IV, § 90). Ulpiano, L. 52, D., *reg. jur.*, L. 17.—Véase nota 1).—Para expresar que la *litis-contestatio* ha tenido lugar, los jurisconsultos se sirven de expresiones como la siguiente: *lis inchoata* (Fr. Vat., § 263); *res in judicium deducta.* (L. 22, D., *de adm. tut.*, XXVI, 7. Gayo, IV, § 13.)

746. (1) Paulo, L. 26, D., *de novat.*, XLVI, 2.—Fr. Vat., § 263: ... *Aut inchoatis litibus actiones novavit...* Para sostener que la *litis-contestatio* no puede realizar una verdadera novación, se alega, sin razón, a nuestro juicio, que hay transformación del objeto. Ya hemos visto, en efecto, que se puede hacer una novación válida estipulando el valor pecu-

luntaria tenía un efecto extintivo y absoluto que se extiende a todos los accesorios de la anterior obligación. La *litis-contestatio* deja subsistir las prendas, hipotecas, y privilegios que garantizaban el derecho del acreedor (Paulo, L. 29, D., *de novat.*, XLVI, 2). Es natural, en efecto, que el demandante, ejercitando su acción, conserve sus seguridades (2); b) Cuando el crédito primitivo está produciendo intereses, la novación voluntaria detiene su curso; la *litis-contestatio*, por el contrario, los deja correr (3); c) En fin, la novación voluntaria purga la demora del deudor (V. n.° 471, *in fine)*; la *litis-contestatio* nunca la purga, y a veces la determina (L. 3, pr., y L. 24, pr., D., *de usor.*, XXII, 1).

747.—Después de haber hecho constar el efecto novatorio de la *litis-contestatio*, veamos cómo se produce y cuáles son sus consecuencias.

1. *De la extinción del derecho anterior.*—El derecho del demandante bajo las acciones de la ley se consumía siempre *ipso jure* por la *litis-contestatio* (V. n.° 118, nota 3). En el sistema formulario sólo se produce el mismo efecto si el proceso reúne estas tres condiciones: a) Si constituye un *judicium legitimum*, es decir, si tiene lugar en Roma, entre ciudadanos romanos y delante del *unus judex;* b) Si la acción es *in personam;* c) Si la fórmula está concebida *in jus* (Gayo, III, § 180 y IV, § 107). Se pueden justificar estas condiciones considerando que estas acciones son precisamente las que eran anteriormente del dominio de la *condictio* y de la *judicis postulatio*. Por tanto, es probable que las palabras de estas acciones de la ley se transportaran a la fórmula (Véase núm. 730). Era también lógico el aplicar la regla en vigor bajo las acciones de la ley. Pero en todos los demás casos en que llegaran a faltar alguna de estas condiciones, es decir, tratándose de una acción *in rem*, o de una acción personal, *in factum*, o bien de un *judicium imperio continens* (V. n.° 748, 3.°), el proceso sólo estará organizado con ayuda de extensiones o modificaciones llevadas por el pretor al sistema de las acciones de la ley: esto es, encontrándose fuera del dominio del antiguo Derecho civil. Por eso la *litis-contestatio* no extingue *ipso jure* el derecho del demandante. Es el pretor quien se opone a que el mismo proceso sea renovado entre las mismas personas, haya sido o no terminado por alguna sentencia, y por esto únicamente fué por lo que el *judicium* fué organizado por primera vez; concede al demandado una excepción *rei in judicium deductae* (1), que, desde luego, dejaba subsistir a cargo del deudor una obligación natural (2).

2. *Creación de una nueva obligación.*—Cualquiera que fuese la naturaleza del derecho primitivo, la *litis-contestatio* crea una obligación entre las partes. El demandado tiene obligación de sufrir la instancia hasta que el juez haya pronunciado la sentencia de condena o absolución (3).

---

niario del derecho primitivo deducido en justicia, *quanti res est* (V. n.° 507, y el ejemplo de la estipulación Aquiliana n.° 513). Es precisamente lo que tiene lugar en caso de *litis-contestatio*.

(2) Paulo, L. 86, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed plerumque melior.*—Véanse, sin embargo, para el efecto de la *litis-contestatio*, en caso de correalidad y de fianzas, los números 308, 1 y 324.

(3) L. 18, D., *de noval.*, XLVI, 2: *Novatione legitime facta liberantur hypotecae et pignus, usurae non currunt.* L. 35, D., *de usur.*, XXII, 1: *Lite contestata usurae currunt.* La exactitud de estos dos textos, tomados los dos del libro 57 de Paulo sobre el edicto, precisa el sentido del segundo. No quiere decir que la *litis-contestatio* haga correr siempre los intereses, lo cual sería inexacto; lo que ocurre es que no detiene el curso.

747. (1) Gayo, IV, §§ 106 y 107.—Véase sobre esta excepción el número 755, nota 3.

(2) Esta solución, que no está reconocida, se apoya sobre todo en Ulpiano, L. 8, § 3, D., *de fidej.*, XLVI, 1: *Post litem contestatam fidejussor accipi potest: quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit; eoque jure utimur...* Y sobre Venuleyo, L. 8, § 1, D., *rat. rem.*, XLVI, 8.

(3) Gayo, III, § 180: *Incipit autem teneri reus litiscontestatione... Et hoc est quod apud veteres scriptum est: aute litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere...*

Esta obligación puede ser considerada, hasta cierto punto, como nacida de un concurso de voluntades análogas a un contrato (4). En efecto, la organización del *judicium* necesita un acuerdo entre las partes que consienten en someter el litigio a la decisión del juez, aunque se pueden diferenciar por medio de un contrato en que el consentimiento del demandado no es espontáneo y libre. Sin duda alguna, puede aceptar la fórmula por propia voluntad, pero a veces también la acepta, *etiam invitus*, para evitar las consecuencias de rehusarlo, que son: el embargo y la venta de sus bienes (5).

Unimos a la creación de una nueva obligación las reglas siguientes, que completan los efectos de la *litis-contestatio:*

a) La nueva obligación nacida de la *litis-contestatio* es civil y transmisible. De manera que la acción ejercitada por el demandante es temporal e intransmisible; y después la *litis-contestatio* cambia de naturaleza. Poco importa que el término durante el cual podía ser ejercitada expire; que el demandante o el demandado llegasen a morir, pues al derecho primitivo ha sucedido, en efecto, una nueva obligación transmisible a los herederos de las partes. Desde entonces, queda asegurado el derecho del demandante (6).

b) Los elementos del proceso se fijan por la *litis-contestatio*. La fórmula designa las partes entre las cuales está creada la nueva obligación, y el juez que debe disolverla por medio de la sentencia. Sus nombres ya no pueden ser modificados, y de esta manera, una acción popular abierta a todos se hace después de la *litis-contestatio*, de la propiedad exclusiva de quien lo ha intentado (L. 12, D., *de verb. sign.*, L. 16). Por la misma razón, el *procurator* es, después de la *litis-contestatio*, el amo del proceso, *dominus litis*. En caso de necesidad absoluta, tales como la muerte, permitían, sin embargo, dirigirse al magistrado, que, después de examen, reemplazaba por otro en la fórmula el nombre de la parte, o del juez fallecidos. Este cambio se llama *translatio judicii* (7).

c) El juez designado para fallar sobre la obligación nueva y decidir si el demandado será absuelto o condenado debe referirse al momento en que ella ha nacido. En otros términos, debe colocarse en el día de la *litis-contestatio* para decidir si la pretensión del demandante es fundada, y para determinar, si hay lugar a ello, el importe de la condena (Véanse números 751 y 797, 3).

§ 3.—Del procedimiento "in judicio".

I.—Misión del juez.—Debates y pruebas.

748.—I. *De la misión del juez.*—La segunda fase del proceso se realiza delante del juez. Su misión consiste en examinar el asunto puesto en la fórmula, en comprobar los hechos que se relacionan, y en hacer la aplicación de los principios de Derecho puestos en juego. Después, cuando está suficientemente aclarado, termina el proceso por una sentencia.

---

(4) La idea está expresada por Ulpiano, L. 3, § 11, *de pecul.*, XV, 1: ... *Sicut in stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi...*—Ad. Paulo, que dice, hablando del demandante, en la L. 22, D., *de int. et rat.*, XXVII, 3: *Neque enim sponte... contraxit.*

(5) Es solamente en este sentido como Paulo puede decir en la L. 83, § 1, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *Stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam redditur...* El alcance de este texto está naturalmente limitado y precisado por los de la nota precedente.

(6) Gayo, L. 139, pr., D., *de reg. jur...*, L. 17: *Omnes actiones quae morte aut tempore percunt, semel inclusae judicio salvae permanent.*—Ad. Ulpiano, L. 9, § 3, *de jurej.*, XII, 2.

(7) Cf., L. 15, D., *de nox. act.*, IX, 4. L. 76, D., *de judic.*, V. 1.

Para realizar esta misión, está investido el juez de un poder llamado *officium*, cuyo poder es más o menos amplio, según la naturaleza de la acción. Bajo la República se distinguían sobre este punto los *judicia* y los *arbitria*. Los *judicia* eran los procesos sometidos a un *judex*, que tenían por objeto una cantidad determinada de dinero o cualquier otra cosa cierta. El juez, entonces, se limitaba a examinar si la cosa era o no debida. En los *arbitria*, sometidos a uno o varios árbitros, quedaba indeterminada la pretensión del demandante; de manera que el árbitro tenía un poder más extenso, y debía decidir si la pretensión del demandante era fundada, y precisar lo que era debido (1).

Cualquiera que fuera la latitud de los poderes del juez, estaban contenidos siempre en ciertos límites: 1.º Debe conformarse a las indicaciones suministradas por la fórmula, pues aunque pareciesen contrarias o inexactas a la equidad, no pueden separarse bajo pena de hacer suyo el proceso; 2.º Debe aplicar con toda fidelidad los principios del Derecho; de lo contrario, la sentencia será nula, porque haría suyo el proceso, pudiendo incurrir en penas más severas (2); 3.º Debe pronunciar la sentencia en un término fijado, y hay que distinguir entre las *judicia legitima* y las *judicia imperio continentia*. Los *judicia legitima* eran los procesos organizados según los principios del antiguo Derecho civil, es decir en Roma, o en un límite de una milla alrededor de Roma, entre ciudadanos romanos, y delante del *unus judex;* su duración no podía exceder de dieciocho meses, según una ley *Julia judiciaria* (Gayo, IV, § 104).

Si, al contrario, uno de los litigantes era peregrino, o si el proceso era enviado delante de los recuperadores, o bien si tenía lugar fuera del límite de una milla alrededor de Roma, el *judicium* ya no era apoyado por la autoridad de la ley, pero sí sobre los poderes del magistrado, que lo había organizado en virtud de su *imperium:* era un *judicium imperio continens*, cuya duración tenía por límite la expiración de las funciones del magistrado que había entregado la fórmula (Gayo, IV, § 105).

749.—II. *Debates y pruebas.*—Para que la instancia siga su curso, no es necesario que los dos adversarios estén presentes *in judicio*. Si falta alguno de ellos, si es *contumax*, el juez, a pesar de ello, da la sentencia, y bajo las acciones de la ley debía pronunciarla el mismo día y siempre en contra del que faltase (XII tablas, 1, 8). Bajo el procedimiento formulario, fué aplicado, desde luego, el mismo principio (Cicerón, *Act.* 2.ª *in Ver.*, II, 17). Después, bajo el Imperio, el juez pudo estatuir libremente, aunque siempre después que el magistrado, en caso de faltar el demandado, haya hecho sin éxito tres intimaciones al *contumax* (1).

Cuando las partes comparecen en el día señalado, los debates se entablan regularmente, y consisten en los informes de los abogados, *causae peroratio*, y en el examen de las *pruebas* que cada uno pretenda hacer valer en apoyo de sus alegaciones.

En principio, quien afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho, es el que está obligado a presentar las pruebas. Por

---

748. (1) Cicerón, *Pro Roscio com.*, 4: *Aliud est judicium, aliud arbitrum. Judicium est pecuniae certae arbitrum incertae. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex... Qui est in arbitrio? mite, moderatum.*—V. n.º 795.

(2) I, pr., *de of. jud.*, IV, 17: *In primis illud observare debet judex ne aliter judicet quam legibus constitutionibus aut moribus proditum est.*—Cf., Paulo, S., V, 25, § 4.

N. del T.—Cf. ampliamente a Bartolini, *Il proceso civile romano* (Turín, 1913).

749. (1) Cf., sobre este procedimiento especial, Ulpiano, L. 68 a 72 y 73, pr., D., *de judic.*, V, 1. Según ciertos autores, nunca se hubiese aplicado más que a las *cognitiones extraordinariae.*

tanto, el demandante debe siempre justificar su pretensión, pues, de no ser así, queda absuelto el demandado.

Por su parte, el demandado no tiene que hacer prueba directa; su papel se limita a combatir las presentadas por el demandante. Pero si opone una excepción a la demanda, debe, en cambio, probar los hechos sobre los cuales se apoya este modo de defensa; de manera que en cuanto a la excepción, hace el papel de un demandante (2).

Los modos de pruebas consisten: a) En escritos *instrumenta*, tales como el escrito que comprueba una estipulación, el *arcarium nomen;* b) En testigos, *testes*. Se aprecian éstos, no según el número, sino según el valor de los testimonios (3); c) En el juramento, *jusjurandum in judicio*. El juez puede deferirle de oficio a una de las partes. Este juramento aclara la cuestión, pero no le obliga (Gayo, L. 31, D., *de jurej.*, XII, 2).

II.—De los diversos partidos que puede tomar el juez, y particularmente de la condena.

750.—Una vez terminados los debates, el juez puede tomar uno de estos tres partidos: 1.° Si el asunto no le parece muy claro, no tiene obligación de pronunciarse. Declara entonces *rem sibi non liquere*. En igual caso, y existiendo varios jueces, se contenta con el juicio de los demás. Si están en la msma incertidumbre, o no existe más que uno, habría que organizar un nuevo *judicium* (Paulo, L. 36, D., *de re judic.;* XLII, 1, y Aulo Gelio, *Nuits at.*, XIV, 2. 2.° Pronuncia la sentencia de absolución, si el demandante no ha podido justificar su pretensión o si el demandado ha hecho la prueba de una excepción que paraliza la demanda. 3.° En fin, pronuncia una sentencia de condena si la *intentio* es aprobada sin haberse opuesto ninguna excepción.

El juez no puede condenar nunca al demandante, porque la fórmula nc le da este poder. Por excepción, es igual la situación de las partes, en las acciones *familiae ceirscundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum:* cada una de ellas hacen a la vez el papel de demandante y demandado, estando expuestas a sufrir una condena. Estas acciones se llamaban por dicho motivo *judicia duplicia* (Gayo, L. 2, § 1, D., *com. div.*, X, 3).

751.—Para saber si la pretensión del demandante era fundada, el juez debía colocarse en el día de la *litis-contestatio* (V. n.° 742, 2, c). Esta regla es equitativa, puesto que la lentitud inevitable del proceso no debe influir sobre la solución del proceso, y las partes deben ponerse en la situación donde estarían si la sentencia se hubiese pronunciado en el mismo momento de la *litis-contestatio* (1).

Es por lo que el demandante que ejerce la *rei vindicatio*, y que es propietario fuera de la *litis-contestatio*, debe triunfar, aunque el demandado hubiese usucapido la cosa desde dicha época (Gayo, L. 18, D., *de rei vind.*, III, 1).

Sin embargo, había excepción en los casos siguientes: 1.° Si después de la *litis-contestatio*, y antes de la sentencia, el demandado ha dado satisfacción al demandante, cuya pretensión estaba justificada. En este

---

(2) Marciano, L. 21, D., *de probat.*, XXII, 3: ... *Necessitas probandi incumbit illi qui agit.* Ulpiano, L. 1, D., *de excepl.*, XLIV, 1, *Reus in exceptione actor est.*

(3) Véase en este sentido un rescripto de Adriano, citado por Callistrato: L. 3, §§ 1 y 2, D., *de test.*, XXII, 5.

751. (1) Gayo, L. 20, D., *de rei vind.*, VI, 1: ...*Opus est ut... omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset...*—Ad., Paulo, 31, pr., D., *de reb. cred.*, XII, 1.

caso, ¿qué debe hacer el juez, condenarle o absolverle? Por una aplicación rigurosa del principio, los Proculeyanos decidían que el juez debía condenar al demandado, reconocido deudor en el día de la *litis-contestatio*, cuando la acción era de *derecho estricto*, sin poder tener en cuenta la satisfacción dada ulteriormente.

No se les permitía absolver nada más que si la acción era de *buena fe*, porque entonces debe juzgar según la equidad; o también si era *in rem*, porque entonces sólo puede condenar si el demandado no restituye. Los Sabinianos pensaban de distinta manera, pues creían que el juez debía absolver al demandado que había satisfecho a la demanda, cualquiera que fuese la naturaleza de la acción; lo cual expresaban por medio de esta máxima: *omnia judicia esse absolutoria*. Esta opinión, como más equitativa, es la que ha prevalecido (Gayo, § 114, y I, § 2, *de perp. et temp. act.*, IV, 12); 2.º Puede ocurrir que perezca la cosa en litigio desde la *litis-contestatio*. Siendo por culpa o dolo del demandado, es natural que no debe dejar de ser condenado; pero si es por causa fortuita, la equidad hace excepción en la regla: entonces queda absuelto con tal que no esté en demora (2).

752.—*Del caso en que hay condena.*—Bajo el sistema formulario, *la condena es siempre pecuniaria*. Siempre que condena el juez al demandado es a una suma determinada de dinero, cualquiera que sea el objeto del proceso (1). Está fijada con ayuda de diferentes procedimientos, según los casos, y, en general, es el mismo juez quien lo estima. Pero, en caso de dolo del demandado, el importe de la condena se determina de un modo más severo. El demandante declara, bajo fe de juramento, la suma a la cual cree tener derecho como indemnización. Esto es el *juramentum in litem*, y se aplica en las acciones arbitrarias y en las de buena fe; casi nunca en las acciones de derecho estricto (2). El principio de la condena pecuniaria se explica naturalmente según la teoría ya admitida bajo las acciones de la ley; es el sistema en vigor que subsiste bajo el nuevo procedimiento (3). Además, los inconvenientes que presentaba fueron aminorados por la creación de la fórmula arbitraria, aplicada a las acciones reales y a ciertas acciones personales (V. n.º 798). En estas acciones, el juez debe, en primer lugar, declarar de parte de quién está el derecho, y después, si es el demandante quien gana el proceso, no condena inmediatamente al demandado a una cantidad en dinero. En virtud de un propio poder, el *arbitrium* determina primero las satisfacciones debidas por el demandado, ordenándole suministrar-

---

(2) Paulo, L. 16, pr., D., *de rei vind.*, VI, 1: *Non enim post litem contestatum utique et factum possessor praestare debet.*

752. (1) Gayo, IV, § 48: *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est...*

(2) Marcelo, L. 5. pr., y § 3, D., *in lit. jur.*, XII, 3: *In actionibuus in rem et ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem jurator. Sed in his omnibus ob dolum solum, non etiam ob culpam...* § 4, *eod.: Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichi maram fecerit et Stichus decesserit.*

(3) V. n.º 716. Los autores que opinan que bajo las acciones de la ley la condena llevaba *in ipsam rem*, no pueden explicar de una manera satisfactoria por qué se hubiera hecho pecuniaria bajo el procedimiento formulario: a) Unos buscan la razón del cambio en el origen que se atribuye a este procedimiento. Hubiese sido imaginada por el pretor peregrino, que no pudiendo reconocer ni sancionar un derecho civil entre extranjeros, empleaba, en cambio, para dar satisfacción al demandante, y condenaba al demandado a una suma de dinero. Pero este expediente debió desaparecer cuando pasó el sistema formulario al Derecho civil; b) Otros hacen derivar el carácter pecuniario de la condena, de los efectos de la *litis-contestatio*. Puesto que crea siempre una obligación a cargo del demandado, cualquiera que sea la naturaleza del derecho anterior, se le trata como deudor a este demandado; por consiguiente, se le condena a una suma en dinero. Este efecto de la *litis-contestatio* se producía ya sobre las acciones de la ley y aun con mayor energía, porque el Derecho primitivo le extinguía siempre *ipso jure*. La única conclusión a sacar en consecuencia es que la condena resultaba pecuniaria bajo los dos sistemas.

las al demandante. Si el demandante obedece, queda absuelto; de lo contrario, tiene que sufrir una condena pecuniaria.

753.—Pero aquí existe una controversia. ¿Cuál era el procedimiento formulario, la sanción dada al *jussus* del juez? Esta cuestión necesita ser precisada. Cuando el demandado que ha recibido orden de restituir al demandante la cosa en litigio está imposibilitado materialmente de operar esta restitución, por ejemplo, porque ha hecho desaparecer la cosa, el proceso no puede tener más que la condena pecuniaria. Pero suponiendo que el demandado tiene la cosa en sus manos, y puede devolverla, se excusa, sin querer obedecer la orden del juez. ¿Puede ser vencida su resistencia por viva fuerza, *manu militari*, o, por el contrario, el *jussus* no tiene más que una sanción indirecta, la amenaza de una condena pecuniaria? Nosotros opinamos que esta última solución es la única admisible, mientras el sistema formulario quedó en vigor. Está sancionada por numerosos textos, de lo cual resulta que la resistencia del demandado *(contumacia)* está castigada por la condena pecuniaria, calculada con la ayuda del *juramentum in litem* (1). Esta rigurosa sanción no hubiera tenido razón de ser si la restitución se hubiera podido obtener *manu militari*. Es verdad que el jurisconsulto Ulpiano, en la L. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1, afirma la posibilidad de usar esta obligada vía (2). Pero, a nuestro juicio, este texto se refiere a una *cognitio extraordinaria*, pues entonces es el magistrado quien juzga y puede, en virtud de su *imperium*, hacer ejecutar su decisión por los agentes, o la fuerza pública. Esta conjetura está confirmada por otros textos donde Ulpiano pone de relieve claramente la diferencia que hay entre los dos procedimientos: uno de ellos el *jus ordinarium*, cuya sanción es una condena pecuniaria, y el otro, la *cognitio extra ordinem*, donde el magistrado, juzgando por sí mismo, puede condenar al demandado a restituir el objeto del litigio y hacer ejecutar su decisión *manu militari* (3).

III.—Consecuencias de un error en la demanda.

754.—Es posible que el demandante cometiera un error al exponer su pretensión, cuyo error pasara a la fórmula. El juez no tiene el derecho de corregir esta inexactitud, y debe estatuir según la fórmula. No resulta ningún inconveniente para el demandante que hubiese reclamado una cosa por otra, *aliud pro alio*, o que hubiese ejercitado una acción por otra: no obtiene nada en absoluto, y además, se absuelve al demandado; pero puede volver a empezar el proceso, porque su derecho no ha sido deducido en justicia, y queda todo entero (Gayo, IV, § 55). Al contrario, el error podía tener consecuencias más graves en caso de *plus-petitio* y de *minus-petitio*.

---

753. (1) Cf. en este sentido: Gayo, IV, § 163: *Quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.*—Paulo, L. 4, § 3, D., *fin. regund.*, X, 1: *Sed est si quis judici non pareat in succidenda arbore, vel aedificio... deponendo... condemnabitur.* L. 73, *de fidej.* XLVI, 1: *Cum reus haberet possessionem et noluit eam restituere, et ideo magno, condemnatus est...* L. 2, § 1, D., *de in lit. jur.*, XII, 3: *Cum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis (punitur) quanti in litem juraverit actor.* En algunas acciones, la inejecución del *jussus* estaba sancionada más severamente. Por eso en la acción de *dolo* la condena llevaba la nota de infamia, y en la acción *metus causa*, la condena era cuádruple.—Véanse números 788 y 789.

(2) L. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1: *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur...* La palabra *judex* se emplea aquí en un sentido amplio para designar al magistrado que juzga y que posee él solo el *imperium*.

(3) L. 3. pr., D., *ne vis fiat.*, XLIII, 4: *... Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suae potestatis exequi oportere decretum suum: nonnumquam etiam per manum militarem.*—Ad. L. 1, § 2, D., *si ventr. nom.*, XXV, 5. Varios autores opinan que la L. 68, que evidentemente está insertada en su parte final *(haec sententia generalis est...)*, lo está tam-

1. *De la «plus-petitio».*—El demandante hace una *plus-petitio* cuando reclama más de lo debido, y esta exageración podía tener lugar de cuatro maneras: *Re*, si reivindica un fundo, no siendo propietario más que de una parte; o si reclama *L*, no siendo acreedor más que de *X*.—*Tempore*, si obra contra el deudor antes del vencimiento (1). *Loco*, si ejercita la acción en Roma, siendo pagadera la deuda en Efeso (2). *Causa*, si habiendo estipulado Stico o Pánfilo, a elección del deudor, reclama a Stico; o si habiendo estipulado diez ánforas de vino *in genere*, reclama diez ánforas de vino de Campania (Cf. I, § 33, *de act.*, IV, 6).

Si el demandante ha expresado en la *intentio* de la fórmula una pretensión exagerada, arriesga la caducidad de su derecho. En efecto, no puede justificar su demanda, lo cual supone la absolución del demandante, y como en justicia ha destruído todo su derecho, el efecto extintivo de la *litis-contestatio* le impide obrar una segunda vez con utilidad (I, § 33, *eod.*). Pero este vencimiento sólo es de temer en las acciones que tienen una *intentio certa*, donde el objeto de la demanda está determinado. Si la *intentio* es *incerta*, el demandante no cometería *plus-petitio*, puesto que no precisa el objeto de su pretensión (3), excepto en caso de *plus-petitio tempore*. Cuando el demandante ha incurrido en la caducidad que resulta de la *plus-petitio* en una *intentio certa*, sólo puede relevarle el pretor y hacerle obtener la *in integrum restitutio* en los dos casos siguientes: si es menor de veinticinco años, o si siendo mayor, ha cometido un error excusable; por ejemplo, si ha reclamado un legado, y se descubre en seguida un codicilo que le disminuye (I, § 33, *eod.*).

La exageración en las otras partes de la fórmula no tenía estos inconvenientes, porque en la *demonstratio* no existía ningún peligro, y en la *condemnatio* sólo podía dañar al demandado, aunque la equidad exigía que pudiese dirigirse al magistrado para hacer rectificar la fórmula (Gayo, IV, §§ 57 y 58).

2. *De la «minus-petitio».*—Existe *minus-petitio* cuando el demandante sólo ha reclamado, en una *intentio certa*, una parte de lo que le es debido. Sólo obtiene lo que pide; pero no consume más que una parte de su derecho, y puede obrar aún por el resto. Sin embargo, no le está permitido ejercitar de nuevo su acción en la misma magistratura; sería rechazado por la excepción *litis dividuae* (Gayo, IV, § 122).

Si la *intentio* es correcta, aunque la *condemnatio* fijase una cantidad demasiado baja, entonces había peligro para el demandante, porque el juez, limitado por la fórmula, no puede condenar al demandado más arriba de la cantidad fijada en la *condemnatio* (Gayo, IV, § 52). El demandante no obtiene, pues, todo lo que le es debido, y su derecho, deducido por entero, en la *intentio*, se encuentra ya agotado. Pero la

---

bién en el pasaje donde se habla de la *manus militaris*. Otros admitían una conciliación histórica. El pretor, después de creada la fórmula arbitraria, no hubiese sancionado el *jussus* del juez nada más que por la condena pecuniaria; lo mismo ocurría en la época de Gayo. Pero algunos años más tarde se realizó un progreso, autorizando el pretor la obligación directa *manu militari*, y debía ser a este nuevo derecho a lo que hacía alusión Ulpiano en la L. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1. Pero la L. 4, § 3, D., *fin. regund.*, X, 1, y la L. 73, D., *de fidej.*, XLVI, 1, que sancionan la necesidad de una condena pecuniaria en caso de resistencia del demandado, son de Paulo, contemporáneo de Ulpiano, lo cual hace inadmisible esta explicación.

754. (1) En caso de deuda condicional, si el acreedor obra *pendente conditione*, pierde su proceso. Pero cuando la condición está realizada, no hay nada que le impida obrar de nuevo con utilidad, puesto que no ha podido deducir en la primera instancia una obligación que aun no existía (Cf. Paulo, L. 43, § 9, D., *de aedil. edict.*, XII, 1).

(2) Para remediar los peligros de la *plus-petitio loco*, el pretor creó una acción especial de *eo quod certo loco*.—V. n.° 790.

(3) Gayo, IV, § 53: *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa caedit, id est rem perdit...* § 54: *Illud satis apparet in certis formulis plus peti non posse quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oportet, intendantur, nemo potest plus intendere.*—Cf. para las acciones *in factum*, Gayo, IV, 60, y n.° 740, *in fine*.

in integrum restitutio sólo puede obtenerla siendo menor de veinticinco años, puesto que el magistrado viene más fácilmente en ayuda del demandante que del demandado (Gayo, IV, § 57). En la *demonstratio*, el error mayor o menor no puede dañar a ninguna de las partes (Gayo, IV, § 58).

IV.—De los efectos de la sentencia y de la excepción "rei judicatae".

755.—I. *De los efectos de la sentencia.*—La sentencia termina el procedimiento *in judicio*, como la *litis-contestatio* lo termina *in jure*. Pone fin a la misión del juez, y para la ejecución de la sentencia hay que dirigirse al magistrado, que es quien solamente tiene el *imperium* (1). Puede escribirse de antemano, pero el juez debe siempre pronunciarla en alta voz y públicamente.

Los efectos de la sentencia se unen íntimamente a los de la *litis-contestatio*: 1.° Lo mismo si el juez absuelve o condena al demandado, la sentencia extingue de pleno derecho la obligación contraída en la *litis-contestatio*; 2.° En caso de condena, crea una nueva obligación, a cargo del demandado, esto es: hacer lo que ha sido juzgado, *judicatum facere oportere*. Produce también una especie de novación (2); 3.° El derecho primitivo del demandante queda después de la sentencia en el estado que le colocó la *litis-contestatio*, es decir, extinguido *ipso jure* o paralizado por una excepción, que no solamente está fundada en la deducción de este derecho en justicia, sino que en lo sucesivo ya hay sobre ello cosa juzgada: la excepción *rei judicatae* (3).

756.—II. *De la excepción «rei judicatae».*—Esta excepción tiene por base un interés de orden público. Cuando un proceso ha sido objeto de una sentencia definitiva, es necesario que sea respetada la decisión del juez, y que las partes cuya desavenencia ha sido regulada no puedan volver a llevar el mismo asunto ante la justicia. Por tanto, si la cosa juzgada no es la misma verdad, debe tener el lugar de la verdad (1).

Pero la autoridad de la cosa juzgada no puede invocarse para rechazar una nueva persecución, nada más que si la misma relación jurídica está puesta en acción, siendo el mismo asunto *eadem res*. Según el jurisconsulto Paulo, es necesario, para que exista esta identidad, que haya: *idem corpus, eadem causa petendi, eadem conditio personarum* (2).

---

755. (1) Ulpiano, L. 55, D., *de rei judic.*, XLII, 1: *Judex posteaquam semel sententiam dixit postea judex esse desinit.*

(2) Gayo, III, § 180: *... Si condemnatus sit, sublata litiscontestatione, incipit ex causa judicati teneri... Et hoc est quod apud veteres scriptum est; ante litem contestatam condemnari oportere: post condemnationem judicatum facere oportere.*

(3) La excepción *rei judicatae*, al parecer, no era distinta de la excepción *rei in judicium deductae*. Más bien es una sola, y aun excepcional, por la cual el demandado invoca la cosa juzgada, habiendo habido sentencia, y la simple deducción del derecho en justicia para el caso donde no haya habido juicio. En este sentido, Gayo, IV, § 109: *... Ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae.*—Ad. IV, § 121. En las colecciones de Justiniano, la excepción se llama *exceptio rei judicatae.*—Cf. D., *de exc. rei jud.*, XLIV, 2. I, § 5, *de excep.*, IV, 13.

N. del T.—En las acciones prejudiciales, el juez, en vez de dar una sentencia de absolución o de condena, reconoce el derecho del actor mediante una *pronuntiatio*, que regularmente precede a un juicio regular. También en las acciones *arbitrariae in rem*, la sentencia podía ser precedida de una *pronuntiatio*, esto es, del *arbitratus judicis*. Gayo, IV, 44.

756. (1) Ulpiano, L. 207, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Res judicata pro veritate accipitur.*—Ad. Paulo, L. 6, D., *de exc. rei jud.*, XLIV, 2.

(2) Paulo, L. 12, L. 14, pr., D., *de exc. rei jud.*, XLIV, 2: *Cum quaritur hac exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quae nisi omnia concurrunt, alia res est.* Juliano dice con más brevedad: L. 3, D., *eod... Exceptionem rei judicatae obstare quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.*

1. *Idem corpus.*—Existe *idem corpus* cuando las dos demandas son sobre el mismo objeto; poco importa que sea un cuerpo cierto o una cantidad, *eadem quantitas*, o bien un derecho real, *idem jus* (Ulpiano, L. 7, pr., D., *de exc. rei jud.*, XLIV, 2).

2. *Eadem causa petendi.*—Es necesario que se trate de la misma pretensión jurídica. Si la demanda está fundada sobre la misma causa, la excepción se concede, aunque el demandante ejercite una acción diferente. Por ejemplo: si el comprador, después de haber intentado la acción *quanti minoris*, ejercita la acción *redhibitoris* contra el vendedor, por los mismos vicios de la cosa vendida, será rechazado por la excepción *rei judicatae* (Juliano, L. 25, § 1, D., *eod.*). Pero ocurre de otra manera si el demandante, después de haber sucumbido en la *rei vindicatio* de un fundo, ejercita la *condictio*. Su pretensión ya no es la misma, pues, después de haber obrado como propietario, obra ahora como acreedor, y no existe *eadem causa petendi* (Paulo, L. 31, D., *eod.*).

Paulo, sobre este punto, indica una importante diferencia entre las acciones *in personam* y las acciones *in rem*. Se puede ser acreedor de una misma cosa en virtud de causas diferentes; pero ejercitando una acción *in personam*, el demandante sólo hace valer una de estas causas, que generalmente está precisada en la *demonstratio*. Por ejemplo, si le es debido un esclavo en virtud de una venta o de un legado, después de haber ejercitado la acción *empti*, puede intentar la acción *ex testamento* sin temor a la excepción, porque cada vez invoca una causa especial de su crédito. Ocurre lo contrario en las acciones *in rem*, por ejemplo, en la *rei vindicatio*. Cuando se reclama una cosa, hay obligación de hacer valer todas las causas que se tienen para ser propietario, y la fórmula no tiene *demonstratio* expresando una causa determinada.

De manera que si el demandante pierde su proceso, no puede reclamar otra vez la misma cosa, alegando otra causa que hubiera omitido; porque esta causa está reputada como comprendida en la primera demanda (V. n.º 740, nota 2). Acaso al ejercitar la *rei vindicatio* tuviese derecho a indicar en una *praescriptio* la causa sobre la cual fundaba su pretensión, lo que le permitía obrar una segunda vez invocando alguna otra causa. Pero también es cierto que la excepción *rei judicatae* no le era opuesta cuando hacía valer una nueva causa de adquisición sobrevenida después de la sentencia (Ulpiano, L. 11, §§ 2, 4 y 5, D., *eod.*).

3. *Eadem conditio personarum.* La cosa juzgada no es una verdad absoluta, y el efecto debe ser limitado a las personas que fueron parte en el proceso. La excepción *rei judicatae* no puede ser opuesta, a no ser que el asunto esté expuesto entre las mismas personas (3).

Esta identidad existe no solamente cuando se trata de las mismas personas físicas, sino también de las mismas personas, en el punto de vista jurídico; por tanto, un heredero continúa la persona del difunto; el hijo en potestad y el jefe de familia no son más que una y misma persona en Derecho civil (Ulpiano, L. 11, § 8, D., *eod.*).

§ 4.—Vías de recurso.

757.—Hasta el final de la República, la sentencia tenía fuerza de cosa juzgada, en seguida de ser pronunciada, y las partes no podían atacarla para obtener una nueva decisión de alguna otra jurisdicción. La sentencia dimana, en efecto, de un juez a quien libremente han elegido

(3) Modestino, L. 10, D., *de except.*, XLIV, 1: *Res inter alios judicata aliis non obest.* Gordiano, L. 2, C., *quib. res jud.*, VII, 56: *Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare.*—Macer,. L. 63, D., *de re jud.*, XLII, 1.

y tienen la obligación de someterse. Unicamente en casos excepcionales se podía obtener contra la sentencia la *revocatio in duplum* o la *in integrum restitutio*. Pero, bajo el Imperio, quedó abierta una vía de recurso para todos los casos contra las sentencias: es la *apelación* que permite hacer reformar la decisión de un juez y de obtener una nueva decisión. Desde entonces, sólo tiene fuerza de cosa juzgada, cuando ya no es susceptible de apelación o cuando la apelación ha sido rechazada.

1. *Revocatio in duplum.*—La sentencia dada violando la ley es nula. El demandado condenado ilegalmente no tenía más que esperar la ejecución del juicio para prevalerse de la nulidad, aunque podía también tomar la iniciativa y pedir que fuese comprobada la nulidad de la sentencia. Una reclamación mal fundada arrastraba contra él una condena al doble. Tal parece naber sido la *revocatio in duplum*, sobre la cual faltan indicios precisos (Cf. Paulo, S. V. 5, §§ 7 y 8. Cicerón, *Pro Flacco*, 21).

2. *In integrum restitutio.*—El demandante o demandado que se creyese lesionado por una sentencia podía obtener del magistrado la, *in integrum restitutio*. Este recurso extraordinario estaba abierto contra las decisiones judiciales; pero en este caso, lo mismo que en otros, sólo se acordaba el beneficio en determinadas condiciones (V. n.º 812).

3. *Appellatio.*—La apelación data del principio del Imperio. Lo probable es que hubiese sido establecida por una ley *Julia judiciaria*, teniendo por origen, sin duda alguna, el derecho, que pertenecía a todo magistrado bajo la República, de oponer su *veto* a las decisiones de un magistrado igual o inferior: esto era la *intercessio*. La persona que quisiera quejarse de la decisión de un magistrado podía desde luego, reclamar la *intercessio* del magistrado superior, *apellare magistratum*. De aquí procede la *apelación*. Pero el magistrado delante de quien se llevaba no se contentaba con oponer su *veto* a la sentencia: la anulaba también y la reemplazaba por una nueva sentencia.

La parte que entabla apelación de una sentencia debe dirigirse al magistrado que haya entregado la fórmula (Modestino, L. 1, pr., y L. 3, D., *qui a quo ap.*, XLIX, 3). De esto resulta que la apelación puede ser llevada delante del magistrado superior; por ejemplo, del pretor, ante el prefecto del pretorio. El emperador juzga en último término (Cf. Paulo, L. 38, pr., D., *de minor*, IV, 4).

La apelación es suspensiva; detiene la ejecución de la sentencia (Ulpiano, L. 1, D., *inhil ninov.*, XLIX, 7). El juez de la apelación confirma la primera sentencia, o la anula, dando una nueva. De esta nueva sentencia se puede aún apelar hasta haber llegado el último grado de jurisdicción.

§ 5.—Vías de ejecución.

758.—El deudor disfruta de un término de sesenta días para ejecutar la condena (1). Una vez expirado el término, y caso de no estar pagado el acreedor, puede comenzar la ejecución, a lo que puede proceder, ejercitando delante del magistrado la acción *judicati*. Esta acción, bajo el sistema formulario, reemplaza en las acciones de la ley a la *manus injectio*, y alcanza, no solamente a la persona del deudor, sino también a sus bienes. Para ver el resultado, hay que distinguir dos hipótesis.

1.ª Si el deudor niega la existencia o validez del juicio habido contra él, el magistrado entrega una fórmula, enviando a las partes delante de un juez; pero con una condición, y es que el demandado suministre

758. (1) Gayo, III, § 78. L. 3, § 1, C., *de usur. rei jud.*, VII, 54.

caution. De la misma manera que para rechazar la *manus injectio* debía encontrar un *vindex*, así también tenía que dar la caución *judicatum solvi* (V. n.º 725, nota 1). La analogía se completa por el resultado del proceso. Al demandado que sucumbe se le condena al doble, como al *vindex* (Gayo, IV, § 9); la caución garantiza el pago.

2.ª Si el deudor no niega el juicio, o si no encuentra caución, tiene que pagar, pues de lo contrario corre el riesgo de la ejecución sobre su persona y sus bienes.

Desde luego, y sin otra formalidad, puede el magistrado declararle *addictus*, y permitir al acreedor llevarle en prisión: *duci jubere (Lex Rubria*, c. 21 y Cicerón, *Pro Flacco*, 20, *in fine)*. Porque si los antiguos rigores contra la persona del deudor no estaban ya autorizados, en cambio el aprisionamiento siempre subsiste. Es un modo muy eficaz para vencer la resistencia de un deudor solvente. Pero también puede el acreedor pedir además la ejecución de sus bienes. Entonces debe dirigirse a los magistrados superiores para obtener, bien sea la entrada en posesión de los bines del deudor, llegando a la *bonorum venditio* o a la *bonorum distractio*, o bien una *toma de prenda*.

a) *Bonorum venditio*.—Es la venta en bloque del patrimonio del deudor; pero aquí no trataremos sobre esta vía de ejecución que forma el derecho común bajo el procedimiento formulario (Véanse núms. 703 a 706). Lleva consigo para el deudor la nota de infamia, a menos que haya hecho cesión voluntaria de sus bienes.

b) *Bonorum distractio*.—Es la venta en detalle del patrimonio del deudor, sustituída a la venta en bloque y operada por el ministerio de un curador. Se la encuentra mencionada por primera vez por Neratio, que vivió bajo Trajano (L. 9, D., *de curat. fur.*, XXVII, 10). Fué concedida a varios deudores de elevado rango para evitar la *bonorum venditio* Gayo, L 5, D., *eod.)*. La parte de cada acreedor sobre el precio de venta se distribuía por el curador con gran cuidado, siendo casi seguro que el deudor evitaba la infamia.

c) *Pignus causa judicati captum*.—Según parece, este procedimiento debió ser empleado por el magistrado para asegurar el efecto de sus decisiones, cuando era él quien juzgaba *extra ordinem*. Un rescripto de Antonino el Piadoso le generalizó, permitiendo, además, usarlo para la ejecución de las sentencias dadas por el juez (L. 31, D., *de re judic.*, XLII, 1). El acreedor puede estar autorizado por el magistrado a quedarse con los muebles a título de prenda, y siendo éstos insuficientes, también podía hacerlo con los inmuebles del deudor (L. 15, § 2, D., *eod.)*. Al cabo de dos meses de hecho esto, si el deudor, no era ejecutado, se vendía la prenda y el acreedor se cobraba sobre el precio, dando el sobrante al deudor. Este procedimiento seguramente que no tenía más que aplicaciones limitadas; pero se ignora en qué casos era empleado, preferentemente a la *bonorum venditio*.

§ 6.—De la "cognitio extraordinaria".

759.—El procedimiento ordinario, del cual ya hemos estudiado sus diferentes fases, no era aplicable a todos los asuntos. A veces el magistrado, en lugar de enviar a las partes delante de un juez, decidía él mismo la disputa sin organizar el *judicium: extra ordinem judiciorum*. El proceso, entonces, se llamaba una *cognitio extraordinaria*, y los textos dan casi siempre la calificación de *judex* al magistrado que juzga.

Las materias civiles sobre las cuales el magistrado estatuía *extra ordinem* eran muy numerosas, y su designación procedía de diversas causas (L. 5, pr., D., *de var. et extr. cogn.*, L. 13). Son las principales:

a) Los emperadores confiaron al magistrado el conocimiento de ciertos asuntos: por ejemplo, las disputas relativas al fideicomiso (Gayo, II, § 278), y las persecuciones contra los publicanos (Tácito, *An.*, XII, 51); b) La *cognitio extraordinaria* comprendía las cuestiones para las cuales el Derecho civil no admitía que pudiese haber verdadero proceso. Tales eran las disputas entre un jefe de familia y las personas colocadas bajo su potestad: cuando un esclavo reclama su manumisión, o un hijo su emancipación (L. 92, D., *de cond.*, XXXV, 1). Tales eran también las peticiones de honorarios debidos a las personas cuyos servicios no podían ser objeto de un arrendamiento (Véanso núms. 377 y 389, 1); c) En fin, los magistrados estatuían ellos mismos en caso de apelación.

La sentencia dada por el magistrado se llamaba *decretum*. La condena no era siempre pecuniaria; se relacionaba con la misma cosa que se hacía objeto del proceso, cuando no había ningún obstáculo. El magistrado aseguraba la ejecución en virtud de su *imperium*, bien fuera por la *manu militari*, o bien por alguna prenda (V. n.° 761, 4).

Sección III.—Del procedimiento extraordinario.

760.—Hacia el final de la época clásica, las *cognitiones extraordinarias* se multiplicaron, sobre todo en las provincias. Casi siempre dependía del presidente el juzgar él mismo u organizar el *judicium*.

Esto tenía lugar cuando el demandante obtenía del emperador un rescripto autorizándole para dirigirse al presidente de la provincia (1).

Por otra parte, el desarrollo dado a la institución de la apelación, que sometía la sentencia del juez al examen del magistrado, había acabado por quitar todo crédito a las decisiones de los jueces privados. Hacia el final del siglo III de nuestra era, Diocleciano suprimió las últimas aplicaciones del procedimiento formulario.Este fué el objeto de una Constitución del año 294 (L. 2, C., *de pedan judic.*, III, 3). Por esta constitución ordena a los presidentes de provincias conocer personalmente de todas las causas, que hasta entonces estaban obligados a enviar ante un juez. Sin embargo, si sus ocupaciones administrativas o la multiplicidad de los asuntos no les dejaba tiempo para juzgar ellos mismos, tenían la facultad de poder enviar el proceso delante de los *judices pedanei*. Pero esta facultad no les pertenecía nunca para los asuntos cuyo conocimiento les estaba ya reservado (2).

Esta reforma se aplicó también en Italia, y el procedimiento formulario quedó sólo en vigor en todo el Imperio. Veamos cuáles eran los principales caracteres.

761.—*Comparecencia de las partes.*—Se emplea más que nada la *litis denuntiatio* (V. n.° 734 y nota 2). Después de Constantino dejó de tener un carácter privado, y un oficial público la redactaba haciéndola llegar al demandado (L. 2. C. Th., *de denunt.*, II, 4). Este procedimiento, muy usado en el siglo V, fué suprimido por Justiniano y reemplazado por el *libellus conventionis*, que era una verdadera citación, escrito por el magistrado a requerimiento del demandante. Sus pretensiones están allí sumariamente expuestas y es transmitida por un *viator* o *ejecutor* al demandado, que debe suministrar caución de comparecer en el día fijado *(fidejussor judicio sistendi causa.*—D., II, 6).

760. (1) Callistrato, L. 9, D., *de of. prae.*, I, 18: *Generaliter quotiens princeps ad praesides provinciarum remittit negotia per rescriptiones... id aestimare debet utrum ipse cognoscat an judicem dare debeat.*

(2) Según algunos autores, el procedimiento formulario había caído ya por completo en desuso hacia el fin del siglo III. La constitución de Diocleciano no había hecho más que ordenar a los presidentes de provincias juzgar ellos mismos los asuntos, que enviaban de antemano a los *judices pedanei*.

Lo mismo que en el sistema formulario, las partes no están obligadas a comparecer en persona, pudiendo hacerse reemplazar por mandatarios. Sobre este punto ha progresado mucho el Derecho.

El *procurator absentis* está asimilado al *procurator praesentis*, con tal de estar provisto de un mandato inscrito en los registros públicos (I, § 3, *de stadiesdat.*, IV, 11). En este caso, está dispensado de suministrar la caución *de rato*. Esta caución sólo se le exige al *procurator absentis* cuyo mandato no haya sido insinuado. El simple gerente de negocios que se presenta como *defensor*, en ausencia de la parte interesada, debe siempre suministrar la caución *judicatum solvi* (I, § 5, *eod.)*.

A pesar de poder faltar una de las partes, el procedimiento sigue siempre su curso, después de tres notificaciones hechas al que falta (Véanse número 749 y Nov. 112).

2. *Marcha general de la instancia.*—El rasgo característico de este procedimiento es que la instancia ya no se divide, ni siquiera hay fórmula, pues todo ocurre delante del magistrado, que es quien juzga.

a) La *litis-contestatio* tiene lugar en lo sucesivo, cuando las partes han expuesto ya el asunto, delante del magistrado (1). Hace nacer como antiguamente la obligación de ser juzgado, aunque en ningún caso opera la extinción *ipso jure* del derecho anterior (I, § 5, *de excep.*, IV, 13).

Sólo concede una excepción. Ya bajo el sistema formulario, no se producía la extinción *ipso jure* nada más que en hipótesis especiales, derivadas de las acciones de la ley, y que desaparecieron bajo el nuevo procedimiento.

b) En el examen de la causa se admitían también los mismos medios de prueba. Pero se puede señalar una creciente hostilidad contra la prueba testifical. Constantino no se contentaba con un solo testigo (L. 9, C., *de test.*, IV, 20, año 334).

Por otra parte, la ausencia de fórmula traía modificaciones en caso de *plus-petitio* y otros errores en la demanda. Las consecuencias de ello se atenuaron más tarde. Zenón fué el primero en decidir que el demandante que hiciera una *plus-petitio tempore* no fuese excluído de su derecho; pero, en cambio, tenía obligación de esperar para renovar su demanda el doble de tiempo que quedase hasta la caducidad, debiendo también reembolsar al demandado los gastos de la primera instancia (L. 1, C., *de plus-petit.*, III, 10). Justiniano mantuvo esta disposición, y para los otros casos de *plus-petitio* decidió que el demandante conservase también su derecho, pero obligándole a pagar el triple de los gastos causados indebidamente (L. 2, C., *eod.)*. En cuanto a la *minus-petitio*, el demandante fué autorizado desde Zenón a reparar su error en la misma instancia. Ocurría lo mismo en el caso en que había pedido *alliud pro alio* (I, §§ 34 y 35, *de act.*, IV, 6).

c) La sentencia es escrita, se lee en público y se transcribe en un registro. La condena no es ya por necesidad pecuniaria, y recae, cuando es posible, sobre la misma cosa (I, § 32, *de act.*, IV, 6).

En cuanto al término en el cual debe ser dada la sentencia, desapareció la antigua distinción de las *judicia legitima* y el *imperio continentia*.

Por una constitución del año 530, decide Justiniano que la instancia no pudiese durar nunca más de tres años (L. 31, § 1, C., *de judic.*, III, 1). Es una verdadera expiración que ha pasado a nuestro moderno procedimiento.

3. *Vías de recurso.*—La *revocatio in duplum* no existía en el Derecho de Justiniano, quedando el recurso extraordinario de la *in integrum*

---

761. (1) L. 1, C., *litisc.*, III, 9: ... *Lis... tunc videtur contestata cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.*

restitutio y la vía ordinaria de la *apelación*. Contra la sentencia del *judex pedaneus*, se llevaba la apelación ante el magistrado a quien se hubiese delegado el conocimiento del asunto. Desde Teodosio II, ya el emperador no fallaba por sí mismo, como último grado de jurisdicción: la apelación se llevaba ante una comisión compuesta del prefecto del pretorio y del cuestor del palacio (L. 33, *de appel.*, VII, 62). Esta comisión es la que juzga sin apelación.

El único derecho que tiene la parte es el de dirigir al príncipe una *suplicatio;* pero, en este caso, son también el prefecto del pretorio y el cuestor del palacio quienes revisan la sentencia (L. 35, C. *eod.).*

4. *Vías de ejecución.*—La *bonorum venditio* cayó en desuso y Teófilo atribuye esta desaparición a la cesación de los *conventus* o Tribunales que los gobernadores de las provincias tenían en diferentes puntos del territorio sometido a su jurisdicción. La presencia del magistrado, necesaria para este procedimiento, se hizo de esta manera muy difícil de obtener (Par., pr., *de suc. subl.*, III, 12). Sus rigurosos efectos contribuyeron también a abandonarla. He aquí cuáles son en este período las vías de ejecución:

a) Si la sentencia recae sobre la misma cosa, el magistrado puede hacerla ejecutar por fuerza, *manu militari*, a menos de existir imposibilidad (L. 25, C., Th., *quor. appel.*, XI, 36). Desde Teodosio fué confiada esta misión a agentes especiales llamados *apparitores.*

b) Si la ejecución es imposible naturalmente, o si se trata de una condena pecuniaria, se puede recurrir al *pignus causa judicati captum* o a la *bonorum distractio*. Este último procedimiento se emplea cuando el deudor es insolvente. Permite también a los acreedores hacerle prisionero; pero desde Zenón se sustituyó la prisión pública por la prisión privada (L. 1, y L. 2, C., *de prio. carc.*, IX, 5). El deudor no escapa de la prisión nada más que haciendo cesión de sus bienes.

Bajo Justiniano, la venta en detalle sólo tenía lugar después de un plazo de dos o cuatro años, durante el cual los bienes tomados se administraban por un curador (L. 10, C., *de reb. auct. jud.*, VII, 72).

Capítulo III.—De las acciones.

(I, *de actionibus*, IV, 6.)

762.—Después de haber presentado un cuadro sumario de la organización judicial y de los diversos sistemas de procedimiento usados en Derecho Romano, llegamos al estudio de las acciones consideradas en sí mismas como sanción de los derechos. En los desarrollos que a continuación detallaremos, nosotros nos colocaremos, en general, bajo el sistema formulario. Por una parte, en efecto, es bajo este procedimiento cuando han escrito los jurisconsultos trabajos que nos ofrecen modelos muy acabados, y aunque redactados bajo el sistema extraordinario, las *Instituciones* de Justiniano han tomado de ellos la mayor parte de los textos, que ellas consagran a la teoría de las acciones. Y, por otra parte, las divisiones que los jurisconsultos hicieron de las acciones y el análisis de los caracteres que las distinguen, tenían casi siempre por base la redacción de la fórmula. Al exponer las principales divisiones, estudiaremos las acciones más importantes.

§ 1.—1.ª división: Acciones "in rem" y acciones "in personam".

763.—Las acciones se dividen en acciones *in rem* y acciones *in personam*. Esta división está presentada por las *Instituciones* de Gayo y las de Justiniano como la división esencial *summa divisio* (1). Es general, y no hay acción que no entre en una de estas dos categorías. La acción *in personam* sanciona toda clase de obligación y la acción *in rem* sanciona cualquier otro derecho: derecho real, de sucesión o de familia (2).

De esto resulta que si las palabras *actio in personam* están traducidas exactamente por *acción personal*, la calificación de *acción real* es más estrecha que la de *actio in rem*, porque la acción real no sanciona más que los derechos reales. Usaremos con alguna reserva esta expresión (3).

764.—Además de la diversidad de derechos que sancionan, veamos cuáles son las diferencias que separan estas dos clases de acciones.

1. La acción *in personam* se da contra un adversario jurídicamente determinado, el deudor, que es el único que puede violar el derecho del acreedor.

La acción *in rem* se ejercita al contrario, contra toda persona que pone obstáculos al ejercicio del derecho del demandante (Ulpiano, L. 25, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7).

2. Esta diferencia se manifiesta en la redacción de la fórmula.

La *intentio* de la acción *in personam* contiene el nombre del demandado: *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere.* Este nombre, al contrario, no figura en la *intentio* de la acción *in rem: Si paret hominem Stichum A. Agerii esse* (Gayo, IV, § 41). Hay algunas excepciones; por ejemplo, la acción *metus causa*, que es *in personam*, tiene en cierta medida el carácter de la impersonalidad que distingue a la acción *in rem*, y es dada contra toda persona que se haya aprovechado de la violencia. Por consiguiente, la *intentio* no contiene el nombre del demandado, y se llama *in rem scripta* (Ulpiano, L. 9, § 8, D., *quod met. caus.*, IV, 2) (4).

3. Desde otro punto de vista, la fórmula de la acción *in rem* se dis-

---

763. (1) I, § 1, *de act.*, IV, 6: *Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur aut enim in rem sunt aut in personam.* Gayo, IV, § 1.

(2) Es disputada esta generalidad, aunque resulta de una manera clara, según el texto citado en la nota precedente. Desde luego, las únicas acciones que ponen algunos autores fuera de la división, son las acciones prejudiciales, de las cuales las *Instituciones* de Justiniano dicen en el § 13, *de act.*, IV, 6: *in rem esse videntur.* De manera que en el lenguaje ordinario de los jurisconsultos estas palabras *esse videntur* expresan una afirmación más bien que una duda.

(3) La acción *in personam* se designa casi siempre por las palabras *actio*, o *personalis actio*, o bien *condictio;* mientras que la acción *in rem* es llamada *petitio, vindicatio* (Ulpiano, L. 25, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7, y L. 178, § 2, *de verb. sign.*, L. 16).

(4) Debía ser así en la acción *ad exhibendum*. En sentido inverso, se conjetura que la *intentio* de la acción *negatoria* contenía el nombre del demandado.

N. del T.—Respecto a las acciones personales, dice el texto de las *Instituciones* de Justiniano, *per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis.* Con estas últimas palabras alude el emperador a las acciones personales que en el sistema formulario tenían una *intentio* concebida, de otra manera que las *conditiones*, cuya fórmula era, como es sabido, *si paret dare oportere*, o *quidquid paret dare facere oportere;* por ejemplo, a las acciones *in factum conceptae*, cuya fórmula planteaba, al menos en apariencia, una simple cuestión de hecho, daba lugar realmente a ver si el demandado estaba obligado.

N. del T.—Para comprender mejor el concepto de las acciones reales, es preciso recordar que existen derechos absolutos, subsistentes a juicio de todos, *jura in re* (propiedad y sus desmembraciones) y otros relativos con respecto sólo a ciertas personas, y son las obligaciones propiamente dichas, es decir, las obligaciones especiales y *personales*, llamadas *jura ad rem*.

tingue también de la acción *in personam*. No contiene *demonstratio*. Al contrario, la fórmula de la acción *in personam* no está desprovista de ella más que en ciertos casos: *condictio*, acciones *in factum* (V. n. 740, 1).

4. En fin, las dos clases de acciones diferían también por un detalle de procedimiento. Se trata de la *caución* exigida al demandado: a) En la acción *in rem*, el demandado debe suministrar siempre la caución *judicatum solvi* ya litigue para él o para otro. Es un resto de la *actio sacramenti*, en que la parte que obtenía la posesión interina debía dar *praedes litis et vindiciarum*. La caución *judicatum solvi*, cuyo nombre es bastante explícito por sí mismo, comprendía tres cláusulas. El demandado se comprometía: a no abandonar la instancia *de re defendenda;* a ejecutar la condena *de re judicata*, y a abstenerse de todo dolo *de dolo*. Su promesa debía garantizarse por fiadores (Ulpiano, L. 6, D., *judic. solvi*, XLVI, 7 y I, pr., *de satis*, IV, 11). El demandado debía suministrar en absoluto esta caución, pues, de lo contrario, el demandante podía ofrecerla en su lugar: entonces obtenía la posesión de la cosa en litigio y el papel de demandado (V. n.º 810, IV); b) En la acción *in personam*, el demandado que litiga para él mismo no tiene en un principio que suministrar caución, excepto en dos casos especiales (Gayo, IV, § 102.—V. n.º 725, nota 1). Pero el demandado que litiga por otro tiene que suministrar la caución *judicatum solvi* (Gayo, IV, § 101).

765.—Estas diferencias demuestran que una acción no podía ser a la vez *in rem* e *in personam*. Sin embargo, las *Instituciones* de Justin ano dicen que algunas acciones tienen un carácter mixto, *tam in rem quam in personam*. Son las tres acciones *familiae erciscundae, communi dividundo* y *finium regundorum* (I, § 20, *de act.*, IV, 6). En realidad, estas acciones son *in personam*, y el autor de esta nota explica él mismo, al final del texto, cuál es su extensión. Estas acciones son las únicas cuya fórmula contiene *adjudicatio* y *condemnatio*.

El juez tiene, por tanto, el poder de hacer atribuciones de propiedad, lo cual ofrece cierta analogía con su papel en las acciones *in rem*, donde es verdad que no atribuye la propiedad; pero, en cambio, la sanciona; además, puede condenar a una de las partes a pagar a la otra una cantidad en dinero, como en las acciones *in personam* (Ulpiano, L. 4, § 3, D., *com. div.*, X, 3).

§ 2.—2.ª división: Acciones civiles y acciones honorarias o pretorianas.

766.—En un principio, las fórmulas de todas las acciones se redactaron por el magistrado; pero esta división estaba fundada sobre la misma fuente de donde se deriva cada acción. Las acciones *civiles* se conceden por el Derecho civil, y el magistrado que da la fórmula no hace más que aplicar este Derecho. Las acciones *honorarias* son aquellas que establece el magistrado en virtud de su *jurisdictio*, bien sea para sancionar una disposición especial del edicto, o bien para extender a nuevas aplicaciones las acciones civiles creadas para un objeto algo diferente.

Estos magistrados, *qui gerunt honores*, son los pretores y los ediles. Las acciones *honorarias* comprenden, pues, las acciones *pretorianas* y las acciones *edilicias;* pero las acciones *pretorianas* son, con mucho, las más numerosas e importantes (1).

---

766. (1) I. § 3, *de act.*, IV, 6: *Istae actiones... ex legitimis et cioclibus causis descendunt. Aliae autem sunt quas praetor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam...*

767.—Las acciones honorarias difieren de las acciones civiles por su forma y duración.

1. *Forma.*—Las acciones honorarias son *in factum* o *ficticias*. He aquí en qué casos usaba el pretor de estos dos procedimientos:

a) Cuando crea una nueva acción, la fórmula es *in factum*. No podía nunca tener *intentio in jus*, porque no descansa sobre el Derecho civil, pero sí sobre la autoridad del magistrado (Pomponio, L. 11, D., *de proescr. verb.*, XIX, 5). Tales son: la acción hipotecaria y la acción de dolo.

b) Cuando se limita a extender una acción civil, modificándola, emplea, por lo general, una ficción, pues supone realizadas las condiciones que serían necesarias para que la acción fuese concedida en Derecho civil, y redacta la *intentio in jus*. Se pueden citar como ejemplos la acción publiciana y las acciones dadas al *bonorum possessor*, al *bonorum emptor*. (Gayo, IV, §§ 34 a 36). Estas acciones se llaman *ficticias*, a causa de la ficción contenida en la fórmula, y a veces también el pretor, aun extendiendo una acción civil, empleaba la fórmula *in factum*. Tal es la acción *útil* de la ley Aquilia (V. n.° 458). En todos los casos, cualquiera que sea el procedimiento de que hubiese usado, si se considera el fin a que él ha querido atender, se dice que estas acciones son concedidas *utilitatis causa*, y se las llama *útiles* por oposición a las acciones *directas*. Las acciones *útiles* son, pues, lo mismo *ficticias* que *in factum;* pero las acciones *ficticias* son siempre *acciones útiles* (1).

2. *Duración.*—En la época clásica, las acciones civiles eran perpetuas, por regla general; y las acciones pretorianas son anuales, lo mismo que las funciones del magistrado que las concede. Este principio tenía, sin embargo, algunas excepciones: a) Ciertas acciones civiles tenían una duración limitada; así la acción *depensi*, dada al *sponsor*, se extinguía al cabo de dos años, y la *querella inofficiosi testamenti*, al cabo de cinco años; b) Las acciones honorarias que ayudaban al Derecho civil para completarle, eran perpetuas. Tales eran la acción publiciana, la acción hipotecaria y la acción *furti manifesti* (Paulo, L. 35, pr., *de oblig*, XLIV, 7).

La perpetuidad de las acciones civiles tenía algunos inconvenientes, pues los derechos quedaban en suspenso durante largo tiempo, y las pruebas solían desaparecer, haciéndose muy difícil distinguir una demanda legítima de una persecución inicua. La seguridad de los deudores exigía una reforma, y ésta fué realizada por Teodosio II en el año 424 (L. 3, C., *de proescr. trig.*, 39). Las acciones que eran perpetuas se sometieron desde entonces a una prescripción extintiva de treinta años, pero la acción hipotecaria se libraba de esta prescripción; el emperador Justino decidió que se extinguiera al cabo de cuarenta años (L. 7, § 2, C., *eod.*, año 525).

La prescripción extintiva es suspendida en beneficio del impúbero y del heredero durante los términos que le estaban concedidos para deliberar. Se interrumpía por el reconocimiento de la deuda emanado del deudor y por el ejercicio de la acción; y si el deudor estaba ausente, por una protesta del acreedor, dirigida al magistrado (L. 2 y 3, C., *de an. exc.*, VII, 40).

§ 3.—De las acciones "in rem" civiles.

768.—Las acciones *in rem* civiles son: la *rei vindicatio*, la acción *negatoria*, la acción *confesoria* y la *petición de herencia*. Ya hemos dicho (núms. 731 y 732) que además del procedimiento del *sacramentum*,

767. (1) Se da también el nombre de *ficticias* a ciertas fórmulas que eran redactadas por ficción de las acciones de la ley.—C. Gayo, IV, §§ 32 y 33.—V. n.° 730.

conservado ante el Tribunal de los centunviros, las acciones *in rem* podían ejercitarse delante del juez ordinario, bien *per sponsionem* o bien *per formulam petitoriam*.

En el estudio de estas acciones consideramos exclusivamente este último procedmiento.

I.—De la "rei vindicatio".

769.—La *rei vindicatio* es la principal acción *in rem*, porque es la sanción del derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa; el derecho de propiedad. Gracias a esta acción, un propietario desposeído puede hacer valer contra todo detentador su derecho de propiedad para obtener la restitución de la cosa que le fué quitada.

770.—I. *Ejercicio de la «rei vindicatio».*—1. Del *objeto.*—La *rei vindicatio*, siendo la afirmación del derecho de propiedad, sólo puede tener por objeto cosas susceptibles de propiedad privada, muebles o inmuebles (L. 1, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1) (1).

Pero ésta es una acción especial que sólo se aplica a las cosas consideradas a título particular, y no a las universalidades. Aquel que reclama un patrimonio o una cuota-parte de patrimonio se considera heredero y debe ejercitar la petición de herencia (L. 1, pr., D., *eod.*). En fin, el objeto de la *rei vindicatio* debe determinarse perfectamente, porque la *intentio* precisa de una manera muy clara la pretensión del demandante: *Si paret Fundum Cornelianum u hominen Stichum ex jure quiritium A. Agerii esse.* Bajo esta condición se puede reclamar hasta una parte indivisa (Paulo, L. 6, L. 8, D., *eod.*) (2).

2. *De los papeles de demandante y demandado.*—Es demandante aquel que afirma su propiedad sobre una cosa de la cual tiene otro la posesión. La pérdida de la posesión constituye precisamente el ataque de su derecho y de su interés en obrar (L. 1, § 6, D., *uti possid.*, XLIII, 17).

La *rei vindicatio* podía ejercitarse: a) Contra aquel que posee. Poco importa que sea un verdadero poseedor o un simple detentador, como un locatario o un depositario; era, por lo menos, la solución que había prevalecido (Ulpiano, L. 9, D., *de rei vind.*, VI, 1). Pero el detentador podía desviar de él la persecución designando la persona por cuenta de la cual detenía la cosa (L. 2, C., *ubi in rem act.*, III, 19); b) Contra aquel que hubiese dejado de poseer por dolo, es decir, que se hubiese desembarazado por dolo de la cosa, haciéndola pasar a manos de un tercero (3). Esta regla se restableció por el senadoconsulto Juventiano, dado bajo Adriano a propósito de la petición de herencia, extendiéndose después en seguida a la *rei vindicatio* (Paulo, L. 27, § 3, D., *de rei vind.*, VI, 1); c) Contra el poseedor ficticio, *fictus possessor:* éste es quien, no poseyendo, se hace pasar fraudulentamente como poseedor, asumiendo el papel de demandado. Esta maniobra no impide que sea

---

770. (1) Un jefe de familia puede reivindicar los esclavos de quienes es propietario, pero no a los hijos en potestad paterna; y las personas *in manu* o *in mancipio*, que no se cuentan en su patrimonio. Para reclamar a un hijo de familia, debe usar otros procedimientos, que son acciones prejudiciales o interdictos. Sin embargo, Ulpiano y Pomponio, en la L. 1, § 2, D., *de rei vind.*, VI, 1, les permite ejercer la *rei vindicatio, adjecta, causa:* invocando, no la propiedad, sino la potestad paterna, sin duda de esta manera: *Si paret Titium A. Agerii in patria potestate esse ex jure quiritium.*

(2) Se admitía por excepción una *rei vindicatio incertae partis*, cuando el demandante tenía una razón legítima para ignorar la extensión de su derecho (L. 76, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1).

(3) La *rei vindicatio* no podía ejercitarse (por lo menos a nuestro juicio) contra aquel que hubiese dejado de poseer la cosa por dolo, destruyéndola, porque las cosas que ya no existen no pueden reivindicarse. Cf. Gayo, II, § 79: *Nam res extinctae... vindicari non possunt...* El propietario, en igual caso, tenía el recurso de la acción *ad exhibendum* (L. 9, pr., D., *ad exhib.*, X, 4).

condenado, y que el verdadero poseedor quede aún responsable de la *rei vindicatio* (Ulpiano, L. 25, D., *eod.*).

Estas reglas, según las cuales están fijados los papeles de demandante y demandado, pueden ser modificadas por circunstancias especiales, siendo en efecto muy difícil la prueba que incumbe al demandante. Aquel que está desposeído y reducido a ejercitar la *rei vindicatio*, tiene gran interés en usar los recursos que le ofrece el Derecho, para volver a tomar, si puede, su posesión. Entonces se sostiene a la defensiva, y es el adversario, si persiste en la lucha, quien debe hacer el papel de demandante. Estos modos de acción eran muy numerosos: a) El propietario, en primer lugar, puede empeñar el debate a lo posesorio. Si el interdicto se pronuncia en su favor, le queda asegurado, con la posesión, el papel de demandado (I, § 4, *de interd.*, IV, 15.—V. n.º 810, II y III); b) Si el poseedor atacado niega su posesión, está obligado a transferirla al demandante (L. 80, D., *de rei vind.*, VI, 1); c) En fin, sabemos que el demandado debe establecer la caución *judicatum solvi*. Si la rehusa, el demandante puede ofrecerla en su lugar y obtener la posesión: el magistrado se la concede por un interdicto llamado *quem fundum* (Véase núm. 810, IV).

3. *De la prueba.*—El demandante afirma su derecho de propiedad; debe entonces justificar su pretensión demotrando que era propietario en el día de la *litis-contestatio*. Poco importa que después hubiese dejado de serlo; no triunfará menos, porque es en este momento al que debe trasladarse el juez para saber si la *intentio* de la fórmula estaba ya verificada. A fin de establecer su derecho de propiedad, debía el demandante demostrar que había adquirido la cosa de una persona que era verdadero propietario, lo cual implicaba que esta persona la había adquirido ella misma del propietario (L. 20, pr., D., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1). De esta manera se encadenaban las pruebas, y se hubiese llegado a una enorme imposibilidad, a no tener el recurso de la usucapión. Gracias a esta institución, se simplificaba la tarea del demandante, pues le era suficiente probar que había poseído la cosa, en virtud de un justo título, durante el tiempo requerido para usucapir. Si hubiese sido desposeído antes de la terminación de este plazo, podía ejercitar la *rei vindicatio* en lugar de la acción publiciana. En cuanto al demandado, no tiene más que combatir las alegaciones de su adversario. No tiene necesidad para triunfar de demostrar que es propietario, pues queda absuelto por la sola razón de no haber podido el demandante justificar su pretensión (4).

771. *Efectos de la rei vindicatio.*—Como en toda acción arbitraria, el juez debe declarar lo primero de qué parte está el derecho, y sacar después las consecuencias de esta declaración (Paulo, L. 35, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1).

Si es desfavorable para el demandante, debe ser absuelto el demandado. Pero si es el demandante quien gana el proceso, el juez, antes de pronunciar una condena pecuniaria contra el demandado, fija, en virtud de su poder *(arbitrium)*, las restituciones que debe operar, dándole orden de ejecutarlas *(jussus)*.

Estas restituciones comprenden la cosa reclamada con todos sus accesorios, *cum omni causa*. En cuanto a los frutos, son necesarias algunas distinciones:

(4) Diocleciano, L. 28, C., *de rei vind.*, III, 32: *Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem impleti restituere cogitur.* Ocurría lo contrario en la *actio sacramenti;* el demandado afirmaba también su derecho de propiedad, debiendo probarlo. Es, sin duda, a este procedimiento a lo que se refiere el § 1, I, *de act.*, IV, 6: ... *Si rem corporalem possideat quis quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat...*

a) Antes de la *litis-contestatio*, el poseedor de buena fe guarda, en Derecho clásico, todos los frutos que haya hecho suyos, *separatione* (V. n.º 190). Pero bajo Justiniano no se beneficiaba más que en los frutos que hubiese consumido, debiendo devolver los que naturalmente conservara (V. n.º 191). En cuanto al poseedor de mala fe, es responsable de todos los frutos que haya percibido, consumidos o no consumidos (1). Pero hasta el tiempo del Bajo Imperio, el demandante no pudo obtenerlos en la instancia de reivindicación de la cosa que los ha producido, pues no podía reclamarlos nada más que por una acción distinta: la *rei vindicatio*, existiendo naturalmente en manos del poseedor; y la *condictio ob injustam causam*, habiendo sido consumidos o enajenados (Ulpiano, L. 22, § 2, D., *de pign. act.*, XIII, 7). Fué en el año 369 cuando una constitución de Valentiniano y Valente (L. 1, C., Th., *de fruct.*, IV, 18), daba al juez del proceso en reivindicación de la cosa principal el poder de comprender los frutos en las restituciones a operar por el demandado.

El demandante conservaba, sin embargo, el derecho de reclamarlos por una acción especial. La misma constitución obliga al poseedor de mala fe a devolver, con los frutos percibidos, el valor de los que hubiese descuidado de percibir. Estas soluciones subsistieron en el Derecho de Justiniano (I, § 2, *de of. jud.*, IV, 17); b) Después de la *litis-contestatio*, el poseedor de mala fe debe cuenta de todos los frutos que haya percibido o que hubiese descuidado en percibir (Papiniano, L. 62, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1) (2).

El poseedor de buena fe es tratado de la misma manera; y no es porque haya que considerarle como de mala fe, desde la *litis-contestatio*, puesto que puede estar convencido de su buen derecho; pero es una consecuencia del principio, según el cual el demandante debe ser colocado en la situación donde estaría si la sentencia se hubiese dado en el día de la *litis-contestatio* (V. n.º 751). El importe de las restituciones puede disminuirse en razón de los gastos que el poseedor hubiese hecho por la cosa reivindicada. Todo poseedor tiene derecho a la deducción de los gastos habidos para la producción de los frutos (Paulo, L. 36, § 5, D., *de her. pet.*, V. 3). En cuanto a las mejoras de otra naturaleza, se concedía el mismo favor al poseedor de buena fe para las que hubiesen sido útiles o necesarias; pero el poseedor de mala fe sólo le disfrutaba para los gastos necesarios (V. n.º 185, A). El demandado debe hacer insertar la excepción de dolo en la fórmula de la *rei vindicatio*, para que el juez tenga el poder de tener cuenta de los gastos (Papiniano, L. 48, D., *de rei vind.*, VI, 1); esto, según la equidad, debe de hacerlo deduciendo, según los casos, bien el gasto, o bien la plus valía (Celso, L. 38, D., *eod.*).

Después de haber fijado las restituciones, el juez ordena al demandado de ejecutarlas, y suministrar si ha lugar la caución de *dolo* o *de*

---

771. (1) Durante el Derecho clásico, y hasta el año 369, el poseedor de mala fe no debía los frutos que había sido negligente en percibir; así lo atestigua Labeón, L. 78, D., *de rei vind.*, VI, 1: *Si ejus fundi quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomina te dare oportet.*—Era únicamente para el tiempo sucesivo a la *litis-contestatio* cuando debía rendir cuenta de los frutos descuidados. La L. 62, § 1, D., *eod.*, se refiere a este período.

(2) Esta restitución de los frutos se hacía por el doble, bajo las acciones de la ley, y más tarde se mantuvo la misma solución; primeramente, en el procedimiento *per sacramentum*, delante de los centunviros, y después, en el procedimiento *per sponsionem*, en virtud de la *satisdatio*, de los *praedes litis* y *vindiciarum* (Paulo, S. V, 9, § 2). Pero sólo tenía lugar por el simple en el procedimiento ordinario *per formulam petitoriam*. En el año 369, la constitución ya citada de Valentiniano y Valente (L. 1, C. Th., *de fruct.*, IV, 18) ordenaba la restitución por el doble de todos los frutos percibidos o descuidados, lo mismo antes que después de la *litis-contestatio*. En el Derecho de Justiniano se volvió a la restitución simple, como lo demuestra el § 2, 1., *de of. jud.*, IV, 17.

persequendo servo (V. n.º 335, II). Cuando el demandado solicita de buena fe un plazo, debe obtenerle, con tal que dé caución de pagar el valor del litigio si no restituye en el plazo fijado (I, § 2, *de of. jud.*, IV, 17).

772. —Como consecuencia del *jussus*, pueden presentarse tres hipótesis: 1.ª El demandado obedece bien inmediatamente o bien en el término que se le haya concedido; el juez pronuncia entonces en su favor una sentencia de absolución. 2.ª El demandado está en la imposibilidad de restituir, porque la cosa haya perecido por caso fortuito, desde la *litis-contestatio;* entonces debe ser también absuelto, aunque, sin embargo, estando en demora, es responsable de la pérdida, y debe ser condenado (Ulpiano, L. 15, § 3, D., *de rei vind.*, VI, 1). 3.ª En fin, el demandado no obedece a la orden del juez, bien sea por mala voluntad, *contumacia*, o bien por haberse colocado por dolo o culpa en la imposibilidad de restituir; en este caso debe ser condenado (1).

El importe de la condena, que es pecuniaria, se fija con mayor o menor severidad, según el favor que merezca el demandado: a) Si no ha obedecido a la orden del juez por mala voluntad, o haber cesado de poseer por dolo, la condena se valúa por el mismo demandante, con ayuda del *juramentum in litem*, que el juez le defiere (2); b) Si el demandado ha cesado de poseer por simple falta, es el juez quien estima la condena (L. 5, § 3, D., *de in lit. jur.*, XII, 3).

El demandante que ha incurrido en la condena pecuniaria, y ha pagado el importe, se encuentra en seguida en la misma situación que si, después de haber comprado la cosa reivindicada, hubiese recibido tradición y pagado el precio.

II.—De la acción negatoria.

773. -La acción *negatoria* se da al propietario de una cosa contra toda persona que atente a su propiedad, ejercitando una servidumbre sobre esta cosa, con el fin de hacer constar que no tiene derecho. Poco importa que se trate de una servidumbre personal o predial; para el caso es lo mismo.

Esta acción presenta una particularidad: el demandante está casi siempre en posesión de la cosa sobre la cual niega que el demandado tenga una servidumbre. Así, Ticio, propietario y poseedor de un fundo, sostiene que el vecino no tiene derecho de pasar o sacar agua de este fundo (1). Pero también puede ocurrir que ya no posea; por ejemplo, si el demandado está disfrutando de la cosa como usufructuario (Ulpiano, L. 6, § 6, *si usufr. pet.*, VII, 6).

Para triunfar en la acción negatoria, el demandante debe probar su derecho de propiedad sobre la cosa, que pretende libre de servidumbre. Esta prueba es suficiente, porque aquel que justifique ser propietario, debe suponerse que tiene todas las ventajas unidas a este título. Es al demandado que sostiene no estar libre esta propiedad, y que está limitada por una servidumbre establecida a su beneficio, a quien pertenece hacer la prueba (2).

---

772. (1) Para los textos en apoyo de esta solución y la controversia sobre la sanción de *jussus*, véase el n.º 753 y sus notas.

(2) Según Marcelo (L. 5, § 1, D., *de in lit. jur.*, XII, 3), el juez podía prevenir por una *taxatio* una valuación excesiva. Pero esta facultad no está admitida por Ulpiano (L. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1).

773. (1) Es, sin duda, sobre esta particularidad a lo que se hace alusión en las *Instituciones* de Justiniano, § 2, *in fine, de act.*, IV, 6: *Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet*... Varios autores lo han negado, buscando este caso único en otras hipótesis más complicadas, las que creemos inútil reproducir, pues la cuestión no tiene interés.

(2) Esta solución que resulta de los principios generales está comprobada. Algunos

Después de haber declarado quién es la parte que gana el proceso, el juez absuelve al demandado si el demandante no ha podido justificar su pretensión. Si, al contrario, queda reconocido el derecho del demandante, el juez ordena al demandado de suministrar las satisfacciones siguientes: a) Cesar en el ejercicio de la servidumbre; b) Reparar el perjuicio causado y restituir los frutos si ha lugar (L. 5, § 6, D., *si usufr. pet.*, VII, 6); c) Dar caución de no lesionar en lo sucesivo la propiedad del demandante (L. 12, D., *si serv. vind.*, VIII, 5). Si el demandante obedece, queda absuelto; de lo contrario, se le condena a pagar una suma en dinero, fijada según las reglas ya indicadas para la *rei vindicatio* (V. n.º 772).

III.—De la acción confesoria.

774.—La acción *confesoria* es la sanción del derecho de servidumbre. El demandante que ejercita esta acción sostiene que posee el derecho de servidumbre personal sobre una cosa de la cual es poseedor el demandado, o bien que, en cualidad de propietario de un fundo, tiene el derecho de ejercer una servidumbre predial sobre el fundo vecino (I, § 2, *de act.*, IV, 6).

Para triunfar, debe siempre probar la existencia del derecho de servidumbre. Además, tratándose de una servidumbre predial, debe probar que es propietario del fundo dominante; porque el propietario sólo tiene cualidad para prevalerse de la servidumbre unida al fundo (Ulpiano, L. 2, § 1, D., *si serv. vind.*, VIII, 5).

La misión del juez es, sobre poco más o menos, la misma que en la acción negatoria. Si da sentencia favorable al demandante, debe ordenar al demandado suministrar las satisfacciones siguientes: a) Cesar en la perturbación llevada por el ejercicio de la servidumbre; b) Reparar el perjuicio causado; c) Dar caución de no lesionar en lo sucesivo el derecho del demandante (Paulo, L. 7, D., *si serv. vind.*, VIII, 5). La inejecución del *jussus* está sancionada, como en las acciones precedentes, por la condena pecuniaria.

---

autores sólo la admiten si el demandado no tiene la *cuasi-posesión* de la servidumbre. Pero estando en *cuasi-posesión*, imponen al demandante probar, además de la propiedad, la inexistencia de la servidumbre. Esta opinión sólo encuentra un apoyo aparente en la L. 8. § 3, D., *de si serv. vind.*, VIII, 5, que regula los papeles de demandado y demandante, pero no habla de la prueba.

N. del T.—Los textos ponen en el número de las acciones *negatorias* aquella por la cual pretende que mi vecino no deba elevar su casa más alto *(altius tollendi)*; para esto es preciso suponer que el derecho común no permite elevar los edificios más que a una altura determinada, que el vecino traspasa, lo que se dirige a establecer una servidumbre sobre mi heredad. Mi pretensión constituiría una acción confesoria si el derecho común permitiera elevar los edificios a toda la altura que se quisiese; porque entonces, pretender que mi vecino no debía elevar su casa más que a tal altura, sería afirmar que estaba sometido a una servidumbre.

N. del T.—Cuando el demandante probó el fundamento de su pretensión; cuando, por ejemplo, probó la obligación, el demandado que se defiende por una excepción, es decir, que no se contenta con negar la alegación del demandante, sino que afirma un hecho, v. g., que pagó, o que el demandante tiene mala fe, es el que debe probar lo que afirma. Hace por la *excepción* lo que el demandante hace por la *intención*. Tal es el sentido del adagio: *Reus in exceptione actor est.*

N. del T.—En las disputas relativas a un objeto corporal no hay lugar a una acción negatoria. En cuanto al que no posee, su acción es afirmativa o confesoria; así es que debe probar su derecho.

Hay, no obstante, un caso en que el poseedor está obligado a probar su derecho de propiedad *(sane uno casu, qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet)*; este pasaje ha suscitado grandes controversias; ¿cuál es este caso único de que habla Justiniano?

Según algunos, se trata aquí del caso en que el poseedor, perseguido por la acción *publiciana*, hacía valer la excepción *justi dominii*. Según otros, se trata del caso en que el propietario ejercitaría la acción negatoria para hacer declarar su fundo libre de servidumbre.

IV.—De la petición de herencia.

775.—La *petición de herencia* sanciona el derecho del heredero civil, y por ella el demandante quiere hacer reconocer en justicia su cualidad de heredero. Es, pues, una acción que tiende a obtener una sucesión, es decir, el conjunto de un patrimonio, y no de las cosas consideradas a título particular. Está generalmente sometida a los mismos principios que la *rei vindicatio*. Sin embargo, se diferencia en algunos puntos, pero nos limitaremos a señalar las reglas que le son propias.

I. *Ejercicio de la petición de herencia.*—Pertenece a aquel que pretende ser heredero y que no está en posesión de la sucesión o que sólo posee una parte. Para triunfar debe demostrar su cualidad de heredero.

Puede ejercitarse, no contra todo poseedor, como la *rei vindicatio*, sino solamente contra aquellos que poseen *pro herede* o *pro possessore*. Posee *pro herede* aquel que está en posesión del título de heredero o de *bonorum possessor*. Posee *pro possessore* aquel que no puede indicar la causa de su posesión, por poseer de mala fe y sin título (1). Estos poseedores son los únicos cuya pretensión está en contradicción directa con la del demandante, porque el uno se dice él mismo heredero, y el otro puede adquirir esta cualidad por la usucapión *pro herede* (2). Todo otro poseedor que invoca un título especial de adquisición, venta, donación o legado, no niega la cualidad de heredero en el demandante, quien, por consiguiente no debe ejercitar contra él la petición de herencia, pero sí la *rei vindicatio*.

La petición de herencia se concede también contra aquel que ha cesado de poseer por dolo. Esta regla fué establecida por el senadoconsulto Juventiano (3). Antes, cuando el poseedor se había deshecho por dolo antes de la *litis-contestatio*, de las cosas que retenía, no se podía ejercitar contra él ni la petición de herencia ni la *rei vindicatio*. El demandante debía dirigir su persecución contra el nuevo poseedor, aunque encontrase en él un adversario más poderoso. Contra el antiguo poseedor no tenía más que la acción *ad exhibendum*, o una acción *in factum* (Gayo, L. 1, pr., D., *de alien. jud.*, IV, 7). Gracias al senadoconsulto, aquel que por dolo hubiese dejado de poseer los bienes hereditarios, era tratado como si aún poseyese. La petición de herencia se da contra él, y esta solución fué extendida a la *rei vindicatio*, siendo desde entonces formulado el principio por los textos de un modo general (4).

II. *Efectos de la petición de herencia.*—Los efectos de la petición de herencia son los mismos que los de la *rei vindicatio*, excepto para las restituciones que debe operar el demandado, y la extensión de los poderes del juez. Veamos cuáles son estas diferencias: 1.ª Desde el senadoconsulto Juventiano, el poseedor de buena fe no se quedaba con el total

---

775. (1) Ulpiano, L. 9, D., *de her. pet.*, V, 3: *Regulariter definiendum est; eum demum teneri hereditatis petitione qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.* L. 11, pr., D., *eod.*: *Pro herede possidet qui putat se heredem esse... Sed et bonorum possessor pro herede videtur possidere.* § 1: *Pro possessore vero possidet praedo.*

(2) No es necesario para ser demandado en la petición de herencia poseer cosas corporales de la sucesión, ser un *possessor rei*. Un deudor del difunto, que rehusa el pagar por pretenderse él mismo heredero, posee *pro herede*: es un *possessor juris*. El heredero puede ejercitar contra él la petición de herencia (Ulpiano, L. 13, § 15, D., *de her. pet.*, V, 3).

(3) Este senadoconsulto fué votado en el año 129 de nuestra era, bajo el reinado de Adriano. Los textos le indican con el nombre de *oratio divi Hadriani*. Los comentaristas le llamaron *Juventiano*, a causa de uno de los cónsules entonces en el cargo, P. Juventiano Celso. Dado a propósito de un asunto que interesaba al fisco, resultaba favorable al demandante. El texto está reproducido en parte por Ulpiano en la L. 20, § 6, D., *de her. pet.*, V, 3.

(4) Ulpiano, L. 157, § 1, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.* L. 131, D., *eod.*: *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur quia pro possessione dolus est.*

de los frutos que hubiese percibido antes de la *litis-contestatio:* Debía devolver todo, con lo cual se hubiese enriquecido; 2.ª Los frutos que deban restituirse por el poseedor de mala fe están considerados como un capital que viene a aumentar el activo hereditario: *fructus augent hereditatem.* De manera que los frutos y los intereses de los frutos sometidos a restitución deben restituirse con los mismos frutos (5); 3.ª En esta acción, todo derecho debe ser regulado según la equidad, estando investido el juez para esto de un poder más amplio que en la *rei vindicatio:* a) El poseedor de mala fe puede hacerse indemnizar de sus gastos necesarios o útiles, con tal de que exista aún el mayor valor que produzcan, puesto que no sería justo que el demandante se enriqueciese a expensas suyas (Paulo, L. 38, D., *de her. pet.*, V. 3.); b) El demandado de buena o mala fe que tiene derecho al reembolso de sus gastos no tiene necesidad de hacer insertar en la fórmula la excepción de dolo. Puede limitarse a exponer su pretensión delante del juez, quien, con su poder, lo tiene en cuenta, lo mismo que si la acción fuese de buena fe (L. 38 y L. 58, *in fine*, D., *eod.).*

§ 4.—De las acciones "in rem" pretorianas.

776.—Las acciones *in rem* pretorianas son en exceso numerosas, comprendiendo las acciones *ficticias* y las acciones *in factum.* Las primeras, en realidad, no son más que acciones *in rem*, civiles, extendidas, gracias a una ficción, fuera de su esfera ordinaria de aplicación. La única que presenta una fisonomía especial, mereciendo particular estudio por razón de su importancia, es la acción *publiciana.* Las acciones *in factum* sancionan los derechos reales pretorianos; tales son la acción *vectigalis*, dada a los colonos de los *agri vectigales;* la acción *serviana* y la acción *cuasi-serviana* o *hipotecaria*, que no es más que la acción serviana generalizada.

I.—De la acción publiciana.

777.—I. *Noción y aplicaciones.*—El Derecho civil sólo concedía la *rei vindicatio* al propietario *ex quiritium.* Cuando una persona estaba en vías de usucapir una cosa de la cual venía a perder la posesión, no podía ejercitar la *rei vindicatio* para hacérsela restituir. Su situación era, por tanto, digna de interés, puesto que el Derecho civil le había reconocido, después de terminada la usucapión, su cualidad de propietario. Un pretor llamado Publio creó una acción *in rem* ficticia para la persona desposeída, según la cual, el juez debía estatuir sobre la pretensión del demandante como si la usucapión se hubiese cumplido (1). Esta acción, llamada *publiciana*, es, pues, una *rei vindicatio* ficticia: la ficción consiste en que el demandante es tratado como si hubiese terminado la usucapión de la cosa que reclama (2).

---

(5) Paulo, L. 40, § 1, D., *de her. pet.*, V, 3: *Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus praestabit. In bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione quasi augmenta hereditatis per quos locupletior factus est.*

777. (1) Gayo, IV, 36: ... *Nam quia non potest eam ex jure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: Judex esto, si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo Agitur ex jure quiritium ejus esse oporteret, et reliqua.* Ningún documento permite fijar la fecha de la acción publiciana; pero es posterior a la creación de la fórmula petitoria, que es la base.—V. n.° 732, nota 2.

(2) Según algunos autores, el pretor hubiese creado también otra acción publiciana, que llaman *rescisoria*, y que hubiese servido para considerar como no llegada una usucapión realmente cumplida. Pero la existencia de esta acción no está en realidad probada.—V. n.° 812, 4, *in fine.*

N. del T.—De la fórmula que trae Gayo (IV, 36) de la acción publiciana, resulta que

778.—Es muy difícil determinar para qué caso el edicto del pretor ofrecía primero la acción publiciana, y si contenía una sola fórmula o dos diferentes, una de ellas para el propietario bonitario y la otra para el poseedor de buena fe. Cualquiera que fuese, lo cierto es que en el siglo I de nuestra era estaba ya acordada: 1.º Al propietario bonitario. 2.º Al poseedor que hubiese recibido tradición de una cosa *mancipi* o *nec mancipi* en virtud de un justo título y de buena fe de alguna persona que no fuese propietario (Ulpiano, L. 7, § 1, D., *de public.*, VI, 2).

Después se concedió por extensión: 1.º Al adquirente de buena fe *a non domino* de un *jus in agris vectigalibus*, o de un derecho de superficie; al poseedor de buena fe de un fundo provincial, adquirido *a non domino*, si perdía la posesión antes de expirar el plazo fijado por la *longi temporis praescriptio* (1). 2.º Al adquirente *jure praetorio* de un usufructo por cuasi-tradición y de una servidumbre predial por cuasi-tradición o por largo uso (Ulpiano, L. 11, § 1, D., *eod.)*; sin duda, también a quien haya adquirido de buena fe una servidumbre *a non domino*. En estas diferentes aplicaciones, la fórmula de la acción publiciana era evidentemente modificada, aunque las conjeturas sólo pueden hacerse sobre la redacción.

Por último, el propietario *ex jure quiritium*, que estaba desposeído, podía, en efecto, ejercitar la publiciana en lugar de la *rei vindicatio*, pues encontraba en ella la ventaja de una prueba más fácil.

779.—II. *Condiciones de ejercicio.*—La acción publiciana, considerada en su *aplicación normal*, y fuera de su extensión a cosas incorporales, se concede a quien esté desposeído, contra todo poseedor. Pero para poder ser ejercitada, es necesario que el demandante haya estado, antes de la pérdida de la posesión, en vías de usucapir. En efecto, la ficción sobre la cual descansa la fórmula consiste solamente en tener por finalizado el plazo de la usucapión. Hace falta que reúna las condiciones requeridas para usucapir. Por consiguiente: a) Debe tener justo título y buena fe (Véanse núms. 201 a 204); b) La cosa debe ser susceptible de usucapión. La acción publiciana no se podría ejercitar con ocasión de una cosa robada o cuya enajenación está amparada por la ley (L. 12, § 4, D., *de public.*, VI, 2); c) En fin, es necesario que el demandante haya poseído la cosa, aunque no fuese más que un instante. Precisamente la fórmula supone que la posesión haya durado lo suficiente, aunque estuviese sólo empezada; pero también es necesario que lo esté (1).

---

dicha acción no podía aprovechar más que al que estaba en posesión de usucapir, y que sólo había sido impedido por falta de tiempo; no aprovechaba, pues, más que al que había recibido una cosa de buena fe; no aprovechaba al que había recibido una cosa viciosa; por ejemplo, una cosa hurtada. Si el poseedor contra el cual se ejercitaba la acción publiciana era de buena fe y se hallaba en posición de usucapir, se defendía eficazmente por una excepción fundada en la máxima *in pari causa, melior est conditio possidenti*. Si el poseedor sostenía ser el verdadero propietario de la cosa reivindicada por la acción publiciana, se defendería por la excepción *justi dominii*, y, probado que realmente tenía la propiedad, ganaría su pleito, conservando la posesión.

N. del T.—La acción *rescisoria* a que alude el autor en la nota 2 de este párrafo se denomina así impropiamente, porque tal denominación hace creer que sólo existe dicha acción rescisoria, a pesar de que hay otras varias: la acción pauliana es de este número. Por eso la mayoría de los comentaristas que dan como probada la existencia de tal acción rescisoria la llaman *contraria a la publiciana* o *cuasi publiciana*, cuya acción es anual, porque impugna al Derecho civil, atacando la usucapión adquirida conforme a este Derecho, a diferencia de la publiciana, que suple al Derecho civil, que lo auxilia, por decirlo así, y que es perpetua.

778. (1) Paulo, L, 12, §§ 2 y 3, D., *de public.*, VI, 2: *In vectigalibus est in aliis praediis, quae usucapi non possunt. Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

779. (1) Ulpiano, L. 7, § 16, D., *de public.*, VI, 2: *Ut agitur publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita; ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit.*—Ad Paul., L. 12, § 7, D., *eod.*

780.—III. *Efectos.*—Siendo la publiciana una *rei vindicatio* ficticia, resulta que producía los mismos efectos. El juez debía fijar de la misma manera las restituciones a operar por el demandado que la condena pecuniaria en caso de inejecución del *jussus* (1). Pero el demandado no perdía el proceso en todos los casos en que el demandante hubiese justificado su pretensión. Podía ocurrir que poseyese un título superior, y entonces la equidad exigía, a veces, que se quedase con la cosa. Para precisar los casos en que triunfa el demandante, hay que distinguir, según que el demandado sea él mismo el *propietario*, o bien un *poseedor de mala fe*, o también un *poseedor* que está él de la misma manera *in causa usucapiendi*.

1. Cuando el verdadero propietario ha vuelto a tomar posesión de la cosa que estaba en manos de un adquirente de buena fe *a non domino*, este adquirente desposeído no triunfaría ejercitando la publiciana, porque el demandado le opone su cualidad de propietario, bajo la forma de una excepción *justi dominii*. El derecho de un poseedor de buena fe, aun mereciendo mucho favor, no puede, en efecto, vencer sobre el del propietario. De manera que el juez no puede condenar al demandado nada más que si no ha podido probar su propiedad, *si ea res possessoris non sit*. Pero si esta prueba está ya demostrada, se absuelve al demandado, quien se queda también con la cosa (2).

Ocurre lo contrario en el Derecho clásico cuando la lucha era entre aquel que tenía la cosa *in bonis* y el propietario *ex jure quiritium*, que después de haberle hecho tradición de esta cosa *mancipi*, en virtud de una justa causa había recobrado la posesión. La equidad sería agraviada si el propietario que enajena una cosa podía prevalerse contra el adquirente de la propiedad civil que él hubiese conservado. De manera que si oponía a la publiciana la excepción *justi dominii*, el demandante le respondía con éxito por una réplica *rei venditae et traditae*, o *rei donatae et traditae*, según que la causa de su adquisición fuese una venta o una donación, o aun más generalmente por una réplica de dolo (Ulpiano, L. 4, § 32, D., *de doli mali...*, XLIV, 4).

Bajo Justiniano, la *in bonis* desapareció por completo, aunque también a veces ocurría que la publiciana se ejercitase con éxito contra el propietario por un poseedor de buena fe. He aquí en qué casos: Ticio ha vendido y entregado la cosa de Sempronio; después se hace su heredero y, por consecuencia, propietario de la cosa vendida; ha recobrado su posesión: si el comprador ejercita contra él la publiciana, Ticio no puede prevalerse de su propiedad, puesto que el vendedor debe garantía, y quien debe garantía no puede despojar. Por tanto, a la excepción *justi dominii*, el demandante opone la réplica *rei venditae et traditae*, que le asegura la victoria del proceso (Ulpiano, L. 72, *de rei vind.*, VI, 1).

2. Contra un poseedor de mala fe no era dudosa la victoria del demandante, porque la acción publiciana ha sido pecisamente creada para proteger al poseedor que tiene justo título y buena fe contra los usurpadores (L. 17, *in fine*, D., *de public.*, VI, 2.—V. nota 2).

3. En fin, la publiciana ¿puede ser ejercitada contra una persona estando en igual situación a la del demandante, hallándose como él en situación de usucapir? En este caso, ¿quién debe triunfar? a) Cuando el conflicto es entre un poseedor de buena fe, adquirente *a non domino*,

---

780. (1) Ulpiano, L. 7, § 8, D., *de public.*, VI, 2: *In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.*

(2) Papiniano, L. 16, D., *de public.*, VI, 2: *Exceptio justi dominii publicianae objicienda est.* Neratio, L. 17, D., *eod.*: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino anferatur; ejusque rei argumentum est primo acquitas, deinde exceptio si ea res possessoris non sit; sed ut is qui bona fide emit possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

y un propietario bonitario que ha recibido tradición del mismo propietario, este último debe triunfar, sea demandante o demandado (Neratio, L. 31, § 2, *in fine*, D., *de act. empt.*, XIX, 1); b) Cuando el proceso es entre dos poseedores de buena fe que tienen los dos adquirida la cosa a *non domino*, es el primer adquirente, habiendo recibido tradición, quien triunfa, y si las dos partes han adquirido la cosa de diferentes personas, no hay otra razón para decidir entre ellas más que el hecho actual de la posesión: de manera que el poseedor es quien guarda la cosa (3).

II.—De la acción cuasi-serviana e hipotecaria.

781.—La acción hipotecaria es la sanción del derecho real de hipoteca, y es dada al acreedor hipotecario que no haya sido pagado al vencimiento para reclamar la cosa hipotecada, en cualquier mano que se encuentre, y forzar al poseedor a entregarla, si no prefiere pagar la deuda. La fórmula se redactaba *in factum*, porque el pretor, al concederla, se colocaba completamente fuera del Derecho civil. Ya hemos visto el origen y desarrollo de esta acción (Véanse núms. 244 a 247); de manera que aquí sólo hablaremos de su ejercicio y efectos.

I. *Ejercicio.*—La acción hipotecaria pertenece a todo acreedor que tiene un derecho de hipoteca y que no está en posesión de la cosa hipotecada. Puede ejercitarse contra todo poseedor, bien sea deudor o un tercero deudor; y puede ejercitarse también contra aquel que ha cesado de poseer por dolo, haciendo pasar a otra persona la posesión de la cosa hipotecada (Marciano, L. 16, § 3, D., *de pign.*, XX, 1).

Siendo la hipoteca un derecho real accesorio, el demandante, en primer lugar, debe probar que tiene un crédito exigible; y después, que la hipoteca le ha sido consentida válidamente por el propietario de la cosa hipotecada, como garantía de su crédito. Haciendo esta doble prueba, triunfará desde luego, a menos que el demandado no haya opuesto a la demanda una de las excepciones ya señaladas (V. n.° 250, a).

II. *Efectos.*—En la acción hipotecaria, siendo *in factum*, el juez no tiene que hacer ninguna declaración sobre el derecho. Pero como en toda acción arbitraria, si la pretensión del demandante está justificada, debe, antes de condenar al demandado, ordenarle suministrar satisfacción al demandante.

1. La satisfacción ordenada por el juez consiste en restituir o pagar la deuda, *aut rem restituat aut pecuniam solvat:* a) Las restituciones comprenden la cosa hipotecada y los accesorios que se pueden añadir, como el aluvión y las construcciones hechas sobre un fundo (L. 16, pr., y L. 29, § 2, D., *de pign.*, XX, 1). En cuanto a los frutos, no deben restituirse nada más que si el valor de la cosa no es suficiente para cubrir la deuda (L. 16, § 4, D., *eod.);* b) Si el demandado prefiere pagar, debe quitar por completo la deuda, es decir, el capital y los intereses, pudiendo tomar este partido, lo mismo si es deudor personalmente,

(3) Ulpiano, L. 9, § 4, D., *de public.*, VI, 2: *Julianus... scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa possidentis quam petentis: quae sententia vera est.* Neratio daba en las dos hipótesis la preferencia al primer adquirente (L. 31, § 2, D., *act. empt.*, XIX, 1); pero, al parecer, no ha prevalecido esta opinión.

781. N. del T.—Esta acción *cuasi serviana* o *hipotecaria* es real (L. 17, ff. L. 18, c., *de pign. et hip.*), porque la cuestión que hay que decidir es si la cosa pertenecía al deudor cuando se dió en prenda o hipoteca, circunstancia sin la cual el acreedor no hubiera podido adquirir ningún derecho *in re*. Obsérvese, sin embargo, que el acreedor no está obligado a probar que la cosa estaba *in dominio*, sino sólo *in bonis* de su deudor (L. 15, § 1, ff., *eod.);* es decir, que éste era poseedor con justo título y buena fe, porque semejante posesión tiene, a los ojos del pretor, las ventajas de la propiedad.

o simplemente detentador de la cosa hipotecada, pues al acreedor lo mismo le da, con tal de ser pagado (Paulo, L. 12, § 1, D., *quib. mod. pign.* XX, 6).

Esta obligación de restituir o de pagar no es alternativa, pero sí facultativa, puesto que para el demandado pagar no es más que una facultad. Si la cosa hipotecada, que es el verdadero objeto de la obligación, viene a perecer por caso fortuito, debe ser absuelto. Lo será también si obedece al *jussus*, o da caución de obedecer en un plazo determiado (L. 16, § 3, D., *de pign.*, XX, 1). En cualquier otra hipótesis, el juez pronuncia contra el demandado una condena pecuniaria.

2. ¿Cuál es el importe de la condena? a) Si es por dolo por lo que el demandado no ha ejecutado la orden del juez, la condena será valuada según los principios, con ayuda del *juramentum in litem*. Poco importa que la suma fijada sea superior a la deuda, porque no hay necesidad de guardar consideraciones con un demandado de mala fe. Sin embargo, la equidad podía atenuar en parte esta solución (L. 16, § 6, D., *de pign.*, XX, 1); b) En los demás casos, es el mismo juez, quien estima la condena, según el interés que tuviese el demandante para ser puesto en posesión de la cosa. Este interés varía según que el demandado sea el mismo deudor o un tercero detentador, y la condena contra el deudor no debe exceder nunca del valor de la deuda. Pero si la cosa hipotecada vale menos que la deuda, la condena queda limitada al valor de la cosa, porque aquí se limita el interés del demandante en la *vindicatio pignoris*. La condena contra un tercero detentador comprende siempre el valor de la cosa, aun superior a la deuda. Pero el acreedor, después de haberse cobrado, debe restituir el superávit al deudor (Ulpiano, L. 21, § 3, *de pign.*, XX, 1).

§ 5.—De las acciones prejudiciales.

782.—Las acciones *prejudiciales* tienen por objeto hacer resolver judicialmente ciertas cuestiones de derecho o de hecho cuya solución puede ser útil al demandante, en vista de un proceso ulterior; de donde procede el nombre de *praejudicia* o acciones *prejudiciales*. Como éstas no tienden a obtener una condena, la fórmula está reducida a una simple *intentio*, concebida *in rem*, es decir, donde no figura el nombre del demandado (Gayo, IV, § 44. I, § 13, *de act.*, IV, 6.—V. n.º 740, 2).

Entre estas acciones, unas se aplican a derechos de familia y a cuestiones de estado, y otras tienen por base hacer decidir cuestiones relativas al patrimonio. En general, son todas de origen pretoriano.

Sin embargo, según las *Instituciones* de Justiniano, el *praejudicium an aliquis liber sit* procedía del Derecho civil (I, § 13, *de act.*, IV, 6). Aquí nos limitaremos a indicar las principales acciones prejudiciales.

1. *Praejudicia relativas a las cuestiones de estado.*—a) El *praejudicium* más importante es el que tiende a hacer declarar si una persona era libre o esclava. Este proceso llevaba el nombre de *causa liberalis*. Bajo las acciones de la ley, el asunto era sometido al procedimiento de la *actio sacramenti* y llevado al Tribunal de los decenviros. Más tarde, bajo el Imperio, fué juzgado por los centunviros, y en provincias, por recuperadores. Los papeles se determinaban por la naturaleza de la reclamación. El señor que pretende declarar que tal persona es su esclavo hace el papel de demandante: esto es, una *vindicatio in servitutem*. Si un esclavo reclama su libertad, es él el demandante: hay *vindicatio in libertatem* (L. 7, § 5, D., *de lib. caus.*, XI, 12). En todos los casos,

aquel cuyo estado es negado, queda libre de hecho durante el proceso (1). Pero el esclavo no puede por sí solo figurar en justicia, y tenía que hacerse reemplazar por un tercero, a quien se llamaba un *adsertor libertatis*. Como podía ocurrir que sus intereses no estuvieran seguros, tenía derecho, si perdía el proceso, de empezarle de nuevo otras dos veces, con nuevos *adsertores*. En el siglo III, la *causa liberalis* ya no fué sometida al procedimiento de las acciones reales, al menos en caso de *vindicatio in libertatem*, donde da lugar la entrega de una fórmula prejudicial o *praejudicium an liber sit* (2). En el Derecho de Justiniano, el esclavo puede figurar él mismo en el proceso, pero sin tener derecho de empezarle de nuevo, y sólo puede usar las vías de los recursos habituales (L. 1, pr., C., *de adsert. tol.*, VII, 17); b) Otras acciones prejudiciales se daban para hacer declarar: si una persona es ingenua o manumitida de tal patrón (L. 6, D., *si ingen.*, XL, 14); si un jefe de familia tiene la potestad paterna sobre tal hijo (3); y si un hijo es hijo de tal padre o de tal madre (L. 1, § 15, D., *de agn. et al. lib.*, XXV, 3).

2. «*Praejudicia*» *relativas al patrimonio.*—Los textos citan un gran número de ellas sobre diferentes materias. Señalaremos como ejemplos: a) El *praejudicium quanta dos sit*, para hacer determinar el importe de una dote, ignorándose en qué hipótesis (Gayo, IV, § 44); b) El *praejudicium an ex lege Cicercia praedictum sit*, dado a los *sponsores* para hacer constar si el acreedor ha hecho las declaraciones exigidas por esta ley (Gayo, III, § 123.—V. n.º 320, 3); c) El *praejudicium an bona jure venierint*, para hacer constar que un patrimonio ha sido vendido sin fundamento y obtener la rescisión de la *bonorum venditio* (L. 30, D. *de reb. auct. jud.*, XLII, 5).

La mayor parte de estas *praejudicia* desaparecieron en tiempo de Justiniano, no hablando de ello sus *Instituciones*.

§ 6.—De las acciones "in personam" civiles.

De las condiciones.

783.— Las acciones *in personam* civiles son las que sancionan las obligaciones nacidas de los contratos, de los cuasicontratos y de la mayor parte de los delitos. Ya hemos señalado al estudiar las obligaciones, los principales caracteres de cada una de estas acciones; de manera que aquí sólo hablaremos de la más importante, a causa del número de sus aplicaciones: la *condictio*.

---

782. (1) Paulo, L. 24, pr., D., *de lib. caus.*, XL, 12: *Ordinata liberali causa, liberi loco habetur is qui de statu suo litigat.*—Véase para las consecuencias, sobre el punto de vista de las adquisiciones, Gayo, L. 25, § 2, D., *eod.*

(2) Gayo (IV, § 44) no habla todavía de este *praejudicium* señalado por las *Instituciones* de Justiniano (I, § 3, *de act.*, IV, 6). Pero, sin embargo, está mencionada en una constitución de Diocleciano: L. 21, C., *de lib. caus.*, VII, 16, año 293.

(3) En igual caso, el padre de familia que reclamaba a su hijo tenía a su disposición, además del *praejudicium*, bien un interdicto o bien la *rei vindicatio*, ejercitada *adjecta causa*, o también una *cognitio extraordinaria* (L. 1, pr., D., *de lib. exhib.*, XLIII, 30. L. 1, § 2, D., *de rei vind.*, VI, 1).

N. del T.—Pueden comprenderse las acciones prejudiciales entre las acciones reales *(praejudiciales actiones in rem esse videntur)*. La cuestión planteada en el *praejudicium* está concebida en términos generales; el juez está encargado de averiguar si tal sujeto es libre, si tal otro es manumitido, si tal es hijo de tal otra persona. Resulta de aquí que no se menciona al demandado en la *intentio*, que constituye en este caso toda la fórmula. Las acciones prejudiciales no tienen sólo por objeto decidir sobre cuestiones de estado; podían tener por objeto el importe de una deuda, y la acción no era personal por ello si no se contendía sobre la misma obligación.

783. N. de T.—Debemos indicar en este lugar que existe también una clase de acciones personales que tienen alguna relación con las reales, en cuanto no son sólo ejercitables

784.—*De las condiciones.*— El nombre de *condictio* se extiende a veces a todas las acciones civiles *in personam* (Ulpiano, L. 25, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7). Pero, en el sentido propio, se aplica solamente a aquellas cuya *intentio* expresa una obligación *unilateral* de dar o hacer: *dari fierive oportere* (1).

Aunque limitado de esta manera, el dominio de la *condictio* es aún muy vasto, pues sanciona todos los contratos unilaterales: estipulación *certa*, *mutuum*, contrato *litteris*. Se concede en interés de la equidad en caso de enriquecimiento sin causa justificada (V. n.° 444, 1). En fin, forma en principio la sanción de las obligaciones consagradas por las constituciones imperiales (D., *de cond. ex lege*, XIII, 2). Por razón de estas diferentes aplicaciones. recibe varias calificaciones: *condictio sine causa*, *indebiti*, *ab rem dati*, *ob turpem vel injustam causam*, *furtiva*, *condictio ex lege*...

Por otra parte, cualesquiera que sean sus fuentes, las *condictiones*, según su objeto, se dividen en tres clases, distinguiéndose: las *condictiones*, teniendo un objeto cierto, a saber: la *condictio certae creditae pecuniae* y la *condictio certae rei* o *triticaria*, designadas algunas veces en los textos del Bajo Imperio, con la apelación común de *condictio certi* (2); después, la *condictio* teniendo un objeto indeterminado, o *condictio incerti*.

1. *De la «condictio certae creditae pecuniae».*—Es la que tiene por objeto una cantidad determinada en dinero; y fué creada en el tiempo de las acciones de la ley por la ley Silia, pasando después al sistema formulario (Véanse núms. 723 y 730).

La fórmula no tiene *demonstratio* (3). La *intentio* es siempre *certa*, no conteniendo más que la palabra *dare*, porque el demandante reclama el pago de una cantidad determinada: *Si paret N. Negidium A. Agerio Sestertium X millia dare oportere.* En cuanto a la *condemnatio*, es igualmente *certa* y reproduce la cantidad fijada en la *intentio*.

---

contra una persona determinada, sino que pueden, a semejanza de las acciones reales, hacerse valer contra cualquier persona, con lo cual, por hallarse en posesión de la cosa, se establece una relación de derecho, de la que deriva la obligación que sirve de fundamento a la acción. Por ejemplo, puede esto decirse de la acción *quod metus causa*, que puede ejercitarse, no sólo contra el autor de la violencia, sino contra todo el que se aprovecha de ella. Lo mismo cabe decir de la acción *ad exhibendum*, que puede promoverse contra cualquier detentador de la cosa cuya exhibición se solicita. Estas acciones personales, susceptibles, por excepción, de ejercitarse contra terceras personas, se llaman *actiones in rem scriptae* (Ulpiano, fr. 9, § 8, D., IV, 2; y fr. 3, §§ 3 y 15, D., X, 4).

784. (1) Gayo, IV, § 5: *Apellantur... in personam... actiones quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones.*

(2) La expresión *condictio certi* parece propia de los compiladores del Bajo Imperio. Es ajena a los textos puros de los jurisconsultos clásicos. No se la encuentra más que en el *Digesto*, y muy rara vez; además, casi siempre por interpolación. Cf. L. 9, pr., y § 3, D., *de reb. cred.*, XII, 1.

(3) Véanse n.° 740, 1 b) y nota 3.—El carácter abstracto de la *condictio* ha conducido a algunos autores a pensar que se había hecho una acción *general;* que todo acreedor de una obligación cierta o incierta, de buena fe o de derecho estricto, pero en el fondo tendiendo a la prestación de una suma en dinero no liquidada, tenía la facultad de evaluar el objeto de la demanda, convirtiéndola en una cantidad determinada, *certa pecunia*, y de ejercitar para reclamarla la *condictio certae creditae pecuniae*, en lugar de la acción que anteriormente le pertenecía. Encontraba la ventaja de la *sponsio tertia partis;* aunque corría los riesgos de la *plus petitio*. La *condictio* así extendida se llamaba *condictio certi generalis*. Esta teoría, que debió nacer al principio del sistema formulario, alcanzando en la época clásica su mayor desarrollo, está basada pobre un fragmento de Ulpiano, L. 9, pr., *de reb. cred.*, XII, 1: *Certi condictio competit ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto...* Y sobre un escolio de Estéfano (Basilicas, L. 9, sc. 2, XXIII, 1). Esta era más bien una concepción de los glosadores, que, a pesar de haber encontrado partidarios entre los autores modernos, nos parece ajena al Derecho Romano. En efecto, no se cita por ninguna parte la pretendida *condictio certi generalis;* todo lo contrario: los textos que hablan de la *condictio* le señalan siempre una de las causas principales, que ya hemos indicado, tales como el contrato unilateral y el enriquecimiento sin causa, que repugnan a una aplicación universal de esta acción. El escolio de Estéfano no podría por él solo hacer autoridad para el Derecho clásico. En fin, el texto de Ulpiano se explica con más

Esta acción es en extremo rigurosa. El juez debe condenar al demandado a pagar la cantidad, o tiene que absolverle. Además, la entrega de la fórmula puede ir precedida de una *sponsio tertiae partis*, por la cual el demandado promete pagar al demandante, en caso de pérdida del proceso, el tercio, además de la suma reclamada (Gayo, IV, § 171. V. n.º 412, nota 1).

2. *De la «condictio certae rei» o triticaria* (4).—Tiene por objeto un cuerpo cierto o cierta cantidad de cosas determinadas, además del dinero. Su origen data de las acciones de la ley, donde fué creada por la ley Calpurnia (V. n.º 723).

La fórmula es parecida a la de la *condictio certae creditae pecuniae*, más que en nada, en que no tiene *demonstratio;* que la *intentio* es *certa*, y sólo contiene la palabra *dare*, porque se refiere siempre a la obligación de transferir la propiedad de un objeto cierto. Por ejemplo: *Si paret N. Negidium A. Agerio hominen Stichum dare oportere.* Desde luego, ya se comprende que no puede darse teniendo la *rei vindicatio*, puesto que una persona no puede sostener que es propietaria de una cosa: esto es la pretensión emitida en la *rei vindicatio;* y que el demandado está obligado a transferirle la propiedad, lo cual afirma ejercitando la *condictio* (5).

Pero la *condemnatio* es siempre *incerta*, porque es necesario que el juez estime el valor de las cosas reclamadas para poder pronunciar una condena pecuniaria.

3. *De la «condictio incerti».*—Limitada, primero, a los casos previstos por las leyes Silia y Calpurnia, el dominio de la *condictio* se extendió hacia el fin del primer siglo de nuestra era. Esta acción fué dada para reclamar un objeto *incertum*, y era la *condictio incerti*. Podrá ejercitarse, por ejemplo: para exigir la restitución de la posesión (6); una remisión de deuda (V. n.º 285, nota 3); una *satisdatio* (L. 3, § 10, D., *si cui plus.*, XXXV, 3), y la constitución de una servidumbre (L. 8, pr., D., *de act. emp.*, XIX, 1).

Ningún texto da indicio sobre la fórmula de la *conditio incerti*. Pero generalmente se admite que no tenía *demostratio*, porque no ha sido más que un desarrollo de la *condictio certae rei*, que estaba también desprovista de ella. La *condemnatio* era *incerta*. Se ignora cómo estaba concebida la *intentio* (7).

---

naturalidad de la siguiente manera: Todas las veces que a consecuencia de un acto jurídico, contrato o délito, se encuentre realizada una de las causas de la *condictio*, el acreedor puede escoger lo que mejor le convenga entre la acción que sanciona su derecho de obligación y la *condictio*. Por ejemplo, un comprador ha pagado el precio y no ha podido obtener la cosa que es *res sacra:* tiene la acción *empti;* pero puede también *condicere pretium*, porque hay enriquecimiento sin causa justificada (L. 23, D., *de contr. empt.*, XVIII). Ocurría lo mismo con el mandante enriquecido sin causa, y que estaba desde entonces sometido a la acción *mandati contraria*, o bien a la *condictio certi* (L. 12, D., *de novat.*, XLVI, 2). Los textos que contienen análogas decisiones se explican de la misma manera. Cf. L. 19, § 6, *locat.*, D., XIX, 2. L. 13, § 1, D., *depos.*, XVI, 3. L. 4, § 1, D., *de reb. cred.*, XII, 1. L. 5, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3. L. 28, § 4, D., *de jurejur.*, XII, 2. I, § 8, *quod cum eo.*, IV, 7.

(4) Cf. D., *de cond. trictic.*, XIII, 3. *Triticaria* procede de *triticum*, trigo, sin duda por ser, después del dinero, el objeto más ordinario del *creditum*.

(5) Gayo, IV, § 4: ... *Certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere; Si paret eum dare oportere. Nec enim quod nostrum est nobis dari potest...* Había excepción en este principio a beneficio de la víctima de un robo, que podía ejercitar contra el ladrón la *rei vindicatio* o la *condictio furtiva* (V. n.º 452. 3). Cf. I, § 14, *de act.*, IV, 6. L. 1, § 1, D., *de cond. trictic.*, XIII, 3.

(6) Aristón y Neratio, citados por Ulpiano, L. 12, § 2, D., *de cond. furt.*, XIII, 1. Es la mención más antigua que se ha hecho de la *condictio incerti*.—Ad. Juliano, L. 19, § 2, D., *de precar.*, XLIII, 26.

(7) Según ciertos autores, la *intentio* era *incerta: Quidquid paret. N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*, y precedida de una *praescriptio* destinada a precisar el objeto de la demanda. Según reciente opinión, no había *praescriptio*, y la *intentio* contenía el objeto de la demanda; por ejemplo, si se trataba de una remisión de deuda: *Si paret N. Negidium*

§ 7.—De las acciones "in personam" pretorianas.

785.—Las acciones *in personam* pretorianas son también muy numerosas. Por una parte, el pretor daba algunas veces las acciones civiles, extendidas con ayuda de una modificación en la fórmula a personas que no podían ejercitarla directamente. Tales eran las acciones concedidas al *bonorum possessor* y al *bonorum emptor* (Gayo, IV, §§ 34 y 35), y las acciones concedidas en razón de los contratos celebrados por personas *alieni juris* contra el jefe de familia (Véanse núms. 479 a 484). Por otra parte, había creado una enormidad de acciones nuevas, entre ellas, la acción *pauliana*, la acción *de dolo* y la acción *metus causa*, la acción *de eo quod certo loco*, a todas las cuales dedicaremos aquí algunos desarrollos especiales; la acción *pecuniae constitutae* (V. n.º 412), la acción *jurisjurandi* (V. n.º 415); ciertas acciones nacidas de los delitos, tales como la acción *furti manifesti*, la acción *vi bonorum raptorum*, las acciones nacidas de los cuasi-delitos y otras acciones penales menos importantes, y que los textos califican de numerosísimas (I, § 12, *de act.*, IV, 6) (1).

I.—De la acción pauliana.

786.—La acción pauliana se da a los acreedores para hacer rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio. Encuentra su aplicación cuando los bienes del deudor han sido vendidos, sin haber sido pagados íntegramente los acreedores. En una época incierta, pero anterior a Cicerón (*Ad. Allic.*, I, 1), el pretor Paulo le permitía ejercitar en el término de un año, desde la *bonorum venditio*, una acción destinada a revocar los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos (1). Esta acción era personal, *in factum*, y arbitraria. Veamos en qué condiciones podía ser ejercitada, y cuáles eran sus efectos (2).

I. *Condiciones de ejercicio.*—1. La acción pauliana puede ejercitarse cualquiera que sea la naturaleza del acto: enajenación, obligación o remisión de deuda (Ulpiano, L. 3, D., *quae in fr. cred.*, XLII, 8). Pero es preciso que se trate siempre de un acto por el cual el deudor haya disminuído su patrimonio. Los acreedores no pueden atacar aquellos

---

eam stipulationem quam A. Agerius ei repromisit acceptam facere oportere (Cf. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 176 a 179). Pero es el único ejemplo de una *intentio* así formulada, y su carácter de *intentio certa* nos parece inconciliable con el nombre de *condictio incerti*.

N. del T.—Las condiciones eran acciones cuya *intentio* decía: *Si paret dare oportere, si paret dare facere oportere*. La acciones personales cuya *intentio* estaba concebida de otra manera, por ejemplo, las acciones *in factum*, la de hurto (cuya *intentio* estaba concebida en estos términos: *si paret damnum decidere oportere*, Gayo, IV, 37), no entraban en la clase de condiciones.

La denominación de condición proviene de la antigua acción de la ley, la *condictio*, que se introdujo especialmente para reclamar la ejecución de una obligación de dar. En el sistema formulario, el nombre de condición fué transportado a la acción, cuya *intentio*, reproduciendo los términos de la antigua condición, expresaba, aunque indirectamente, que el demandante alegaba una obligación de dar o de hacer (*si paret dare... si paret dare facere oportere*). El nombre de condición subsistió, aunque las antiguas formalidades de donde se derivaba no estén ya en uso.

785. (1) Se pueden añadir a este número algunas acciones *in personam* edilicias: la acción *redhibitoria* y la acción *quanti minoris* (V. n.º 368).

786. (1) La acción *pauliana* sólo está nombrada por Paulo en la L. 38, § 4, *de usur.*, XXII, 1.

(2) La teoría de la acción pauliana es aún hoy aplicable tal como la concibieron los jurisconsultos romanos. Nuestro Código civil se limita a formular el principio en el artículo 1.167.

por los cuales no haya podido enriquecerse (3); por ejemplo, por haber repudiado una sucesión o un legado (4). La acción pauliana es, por otra parte, inútil contra las donaciones *mortis causa* y los legados hechos por el deudor, puesto que sus liberalidades no pueden dañar a los acreedores; sólo se pagan sobre el activo neto, deducción hecha de las deudas.

2. El demandante debe demostrar que el acto atacado ha sido hecho en fraude de los acreedores, *fraudationis causa*. Por tanto, el fraude comprende de aquí dos elementos distintos: a) Un elemento material, el perjuicio *eventus damni*. Es necesario que el acto haya creado o aumentado la insolvencia del deudor. El perjuicio se aprecia fuera de la *bonorum venditio*; b) Un elemento intencional, *consilium fraudis*. Esta condición está ampliamente interpretada por los jurisconsultos romanos. No es necesario que el deudor haya tenido intención de lesionar a sus acreedores: es suficiente que haya tenido conciencia del perjuicio que les causa (5); c) El *consilium fraudis* se aprecia en el día en que fué realizado el acto.

3. La acción que puede ejercitarse contra el deudor se da siempre, y con mayor utilidad, contra los terceros que se han aprovechado del acto; por ejemplo, un adquirente de los bienes del deudor, aun si ya no posee Ulpiano, L. 1, pr., L. 12 y L. 14, D., *quae in fr. cred.*, XLII, 8). Para triunfar contra estos terceros, ¿tiene que probar el demandante que han sido cómplices del fraude, *conscii fraudis*, y que sabían el perjuicio causado al acreedor? Esta cuestión se resuelve por una distinción: a) Si se trata de un adquirente a título oneroso, de un comprador, por ejemplo, solamente sucumbe si ha sido *conscius fraudis*. Entonces ha pagado lo que ha recibido. La situación es la misma entre él y sus acreedores: *certant de damno vitando*. Si es de buena fe, triunfa, porque tiene la ventaja de la posesión; b) Si se trata de un adquirente a título gratuito o de un donatario, sucumbe, haya sido de buena o mala fe. Es, en efecto, menos digno de favor que los acreedores: *certat de lucro captando*. Sin embargo, si es de buena fe, sólo debe cuenta de su enriquecimiento (L. 6, § 11, D., *eod.)*. Son aplicables los mismos principios cuando la acción se ejercita contra los subadquirentes (Paulo, L. 9, D., *eod.)*.

4. La acción pauliana puede ser ejercitada por los acreedores anteriores al acto que les haya causado un perjuicio, o en su nombre por el curador de los bienes del insolvente (L. 1, pr., D., *eod.)*. En cuanto a los acreedores posteriores, no podían quejarse de un acto, que estaba ya realizado cuando trataron con el deudor. Pero si el curador había ejercitado la acción con éxito, los acreedores posteriores ¿tenían derecho a concurrir con los otros sobre los valores habidos en el patrimonio del deudor, o estos valores son la exclusiva prenda de los anteriores acreedores? Los textos no contestan a la pregunta (6).

---

(3) Ulpiano, L. 6, pr., D., *quae in fr. cred.*, XLII, 8: ... *Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur.*

(4) Ulpiano, L. 6, §§ 2 y 4, *ht.*, XLII, 8. Es lógico para la sucesión que sólo entra en el patrimonio por el efecto de la acción, no para el legado que está adquirido de pleno derecho (Véase núm. 613).

(5) Juliano, L. 17, § 1, D., *quae in fr. cred.*, XLII, 8: *Quamvis non proponatur consilium raudandi habuisse, tamen qui creditoris habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.*

(6) En nuestro Derecho está todavía en controversia. Véanse, sin embargo, artículos 446 y 447, C. Com.

N. del T.—La acción pauliana supone el *fraude*, es decir, el perjuicio de los acreedores y la intención de perjudicarles.

Es cuestión muy debatida entre los comentaristas la de si la acción pauliana es real o personal. Los que sostienen, contra el texto positivo del párrafo 6 que esta acción es únicamente personal, se apoyan en que no se da contra los terceros detentadores, porque, dicen, es propio de la naturaleza de la acción real darse contra todos los poseedores. Pero este principio se presenta de un modo demasiado absoluto. Añaden que la acción pauliana

II. *Efectos.*—Siendo arbitraria la acción, el juez debe dar al demandado que ha perdido el proceso orden de restablecer las cosas en el estado en que estaban antes del acto contra el cual iba dirigida la acción pauliana (Paulo, L. 38, § 4, *de usur.*, XXII, 1). Cuando se trata de una enajenación, debe ser restituída la cosa enajenada con los productos y los frutos, aun los que el demandado haya descuidado en percibir, salvo reembolso de los gastos necesarios. Si se trata de una aceptilación, debe restablecerse el crédito. El demandado es absoluto, siempre que obedezca a la orden del juez. De lo contrario, incurre en una condena pecuniaria fijada según los principios.

787.—*De los otros recursos concedidos a los acreedores.*—Además de la acción pauliana, el pretor concedía a los acreedores otras vías de recurso contra los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos: a) Algunos textos hacen mención de un interdicto, llamado *fraudatorium* (Papiniano, L. 96, pr., D., *de solut.*, XLVI, 3), sobre el cual no existe ningún indicio. Acaso fuese dado por el pretor antes de la creación de la acción pauliana (1); b) Los acreedores podían también pedir la *in integrum restitutio* contra los actos del deudor, tachados de dolo, por ejemplo contra una enajenación fraudulenta. En ese caso, y después de haber obtenido la posesión de los bienes del deudor, con la *in integrum restitutio*, tenían el derecho de ejercitar en su lugar la *rei vindicatio*, siempre que estuviera rescindida la enajenación. Esta vía resultaba útil cuando la cosa enajenada se encontraba en manos de un comprador de buena fe contra el cual había fracaso la acción pauliana (2).

II.—De la acción de dolo.

788.—Ya hemos indicado al estudiar los contratos cuáles eran los recursos que el pretor concedía contra el dolo, a saber: una acción, una excepción y la *integrum restitutio* (V. n.º 280, 1). Sólo hablaremos aquí de la acción. Fué Aquilio Galo, pretor en el año 688, y contemporáneo de Cicerón, quien creó una acción personal, *in factum*, y arbitraria, la

---

se da contra los herederos del que estaba obligado, aun cuando no posean ya carácter exclusivo de la acción real; que si no se da contra el que adquirió por título oneroso que tuvo buena fe, es porque, aparentemente, nace del dolo del adquirente, y en su consecuencia, de una obligación. Creemos que la cuestión hubiera sido menos debatida, y que los textos de que se prevalen una y otra parte se hubieran fácilmente conciliado, si se hubiese advertido que los acreedores podían muy bien tener, tanto una acción real como una acción personal. Ya hemos visto que la acción personal y la real existían con frecuencia en favor de una misma persona; sin alegar los ejemplos ya citados, diremos que así sucede respecto del que tiene la acción personal *quod metus causa*, puesto que puede preferir una acción real para reclamar lo que enajenó por temor (L. 9, § 5, 1, *et seq.*, fr. *quod met. caus.*). Así sucede también, respecto del menor de veinticinco años perjudicado por una venta, y que, teniendo una acción personal contra el adquirente, tiene a veces una acción real que se le da *rescissa alienatione* (L. 15, § 1, fr., *de min.*). Creemos que sucede de la misma manera respecto de los acreedores, y que la acción que se les da para reclamar los bienes enajenados en fraude de sus derechos es real o personal, según la cuestión que se ha promovido; si el pretor dijese, por ejemplo, si resulta que tal sujeto está obligado a dar los fundos que compró por dolo, etc., la acción sería personal. Mas si, como el texto legal supone (§ 6), el pretor encargó al juez que examinase si el fundo pertenecía al deudor, considerando la entrega como no hecha *(rescissa traditione)*, es verdaderamente una acción real; se trata de hacer reconocer un *jus in jure*.

787. (1) Una parte de los textos del título *quae in fraudem creditorum facta sunt*, D., XLII, 8, eran relativos al interdicto, y fueron aplicados a la acción por los redactores del *Digesto*. Tales son, por cierto, las leyes 8, 11 y 25, tomadas del tratado de los interdictos de Venuleyo.

(2) A nuestro juicio, es a esta hipótesis a lo que se refieren las *Instituciones* de Justiniano en el § 6, *de act.*, IV, 6. Según algunos autores, sería cuestión en este texto de una segunda acción pauliana *in personam*. Pero en el *Digesto* no se hace ninguna alusión a esta pretendida acción pauliana *in rem*, y los términos del § 6 demuestran claramente que la acción señalada no es otra que la *rei vindicatio* dada después de una *in integrum restitutio*: ... *Permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere...*

acción *de dolo*, por la cual la víctima del dolo puede obtener una reparación (Cicerón, *De nat. Deor.*, III, 30).

I. *Condiciones de ejercicio.*—La acción *de dolo*, por ser infamante, sólo la concedía el pretor después de examen, y en determinadas condiciones.

1. Sólo se concede contra el autor del dolo y durante un año útil. Después de expirado este plazo, o también contra los herederos del autor del dolo, el pretor no concede la acción *de dolo*, pero sí una acción *in factum*, que no es ni arbitraria ni infamante, y que no arrastra ninguna condena contra el demandado más que hasta la concurrencia de su enriquecimiento (Ulpiano, L. 17, § 1, D., *de dolo*, IV, 3). La acción *de dolo* tampoco se concede a los hijos contra sus ascendientes, ni a los manumitidos contra sus patronos; sólo pueden ejercitar la acción *in factum* (L. 11, § 1, D., *eod.*).

2. La acción *de dolo* sólo se concede a falta de otro recurso (1). Se niega: a) A los que tienen una acción civil o pretoriana para hacerse indemnizar. Tales son el acreedor y el deudor en un contrato de buena fe, si el uno ha sido lesionado por el dolo del otro; el acreedor en la estipulación, si se ha puesto en guardia contra el dolo del acreedor, con ayuda de la *clausula doli* (V. n.° 280, a); b) A los que no teniendo acción tienen, por lo menos, un interdicto, o pueden defenderse oponiendo al demandante una excepción (Ulpiano, L. 1, § 4, D., *eod.*); c) Cuando las consecuencias del dolo han podido repararse con ayuda de la *in integrum restitutio* (L. 1, § 6, D., *eod.*) (2). Este recurso es cierto que era a veces insuficiente; por ejemplo, cuando el perjuicio que resulta del dolo consiste en una destrucción o en una deterioración, impidiendo que se restablezcan las cosas en su estado primitivo. Pero en todos los casos donde pudiese dar satisfacción a la víctima del dolo, el pretor no debía dudar en acordarla preferentemente, a causa del carácter infamante de la condena en la acción *de dolo* (3).

II. *Efectos.*—Si es fundada la pretensión del demandante, el juez, en primer lugar, ordena al demandado que repare el perjuicio, reponiendo las cosas en el estado en que se encontraban antes. De manera que cuando el demandante ha hecho una traslación de propiedad hay que retransferir la propiedad. Si el demandado obedece a la orden del juez, queda absuelto. De lo contrario, el juez pronuncia contra él una condena pecuniaria (4). Está fijada según los principios y según el juramento del demandante, entrañando la nota de infamia para el demandado (I, § 2, *de poen. temp. tem. lit.*, IV, 16).

Cuando era por completo imposible reponer las cosas a su estado primitivo, por ejemplo, cuando la víctima del dolo había entregado un esclavo muerto, después de la tradición, el juez no ordenaba restitución: pronunciaba en seguida la condena (Paulo, L. 18, §§ 1 y 4, D., *de dolo*, IV, 3).

---

788. (1) Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de dolo*, IV, 3: *Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.*—Ad. L. 1, § 4, *cod.*

(2) Véanse sobre la fecha de la *in integrum restitutio* los números 811, nota 1, y 812, nota 2.

(3) Marcelo, L. 7, § 1, D., *de in int. rest.*, IV, 1: ... *Boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.*

(4) Paulo, L. 18, pr., D., *de dolo*, IV, 3: *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur; et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est...*

III.—De la acción "metus caussa".

789.—El pretor concedía a la persona lesionada por un acto realizado bajo el imperio de la violencia recursos análogos a los que había creado contra el dolo; éstos eran: una acción, una excepción y la *in integrum restitutio* (V. n.º 280, 2).

La acción *metus caussa* (1) es algo anterior a la acción *de dolo*. Cicerón la cita bajo el nombre de *fórmula octaviana* (*Act.* 2.ª *in Ver.*, III, 65); fué creada por un pretor llamado Octavio, entre los años 675 y 683. Es una acción personal, *in factum*, y arbitraria, que podía ejercitarse no solamente contra el autor de la violencia, sino también contra toda persona que se había aprovechado de dicha circunstancia aun de buena fe. El demandante se limitaba a pretender que había sido víctima de la violencia, sin decir que su adversario hubiese sido el autor (2). Por eso la *intentio* no contenía el nombre del demandado; era *in rem scripta* (Véase núm. 764, 2).

En la acción *metus causa*, al ser arbitraria, debía el juez, en primer lugar, ordenar al demandado que había perdido el proceso, reparar el perjuicio causado por la violencia. Esta satisfacción variaba según la naturaleza del acto; en general, consistía en restablecer las cosas en el estado en que estaban antes de la violencia (Ulpiano, L. 9, § 7, D., *quod met. c.*, IV, 2). Si el demandado obedece, será absuelto; de lo contrario, se le condena. Esta condena no lleva consigo la nota de infamia; pero cuando la acción ha sido ejercitada en el año, es igual al cuádruplo del perjuicio causado, y esto significa la reparación del daño y el triple de la reparación a título de pena (Ulpiano, L. 14, § 10, D., *eod.*). El demandado, aun de buena fe, no puede quejarse de este rigor, porque está siempre libre para sustraerse a la condena obedeciendo al *jussus* del juez (L. 14, § 4, D., *eod.*). Después de expirar el año, a partir de la violencia, el pretor ya no concedía, después del examen, *causa cognita*, nada más que una acción al simple (L. 14, § 1, D., *eod.*).

IV.—De la acción de "eo quod certo loco".

790.—Cuando ha sido fijado un lugar para la ejecución de una obligación, ya hemos visto que el deudor debe pagar en el lugar convenido, y que el acreedor debe perseguirle delante del magistrado del lugar indicado (V. n.º 300). Pero puede ocurrir que el deudor esté alejado por necesidad o por mala fe. En ese caso, ¿tiene el acreedor el recurso de llevar su acción donde resida el deudor? Puede hacerlo sin ningún inconveniente cuando esta acción es de buena fe; o también cuando es de derecho estricto, si la *intentio* es *incerta*, porque el juez, entonces, puede tener en cuenta la diferencia de los lugares. Pero si se trata de una *condictio a intentio certa*, se expone el acreedor a hacer una *plus-petitio loco*, reclamando, por ejemplo, en Roma una cantidad en dinero que haya sido estipulada para pagarla en Efeso (V. n.º 754, 1). Para remediar este inconveniente imaginó el pretor una acción especial: la acción *de eo quod certo loco*, que el acreedor puede ejercitar sin ningún peligro delante de uno de los magistrados competentes, según el Derecho común (Gayo, L. 1, D., *de eo quod cert.*, XIII, 4).

---

789. (1) Sobre el nombre de la acción, véanse L. 12, § 2, D., *quod met.*, c., IV, 2. L. 14, § 15 y L. 21, § 6, *eod.*

(2) Ulpiano, L. 15, § 3, *de dolo*, IV, 3, expresa esta diferencia con la acción *de dolo*, diciendo: *In hac actione (de dolo) designari oportet cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.*—Ad. L. 14, § 3, D., *quod. met.*, c., IV, 2.

Esta acción no es más que una modificación de la *condictio* (Ulpiano, L. 2, § 1, D., *eod.*). La *intentio* queda lo mismo, salvo admisión del lugar fijado para el pago; el acreedor, entonces, afirma su derecho de ser pagado en el lugar convenido. Pero la fórmula es *arbitraria* y la *condemnatio* es siempre *incerta*. Desde entonces, si la pretensión del demandante está reconocida como fundada, el juez ordena, en primer lugar, al demandado ejercitar la obligación en el lugar convenido. El demandado queda absuelto si obedece o si da caución de ejecutar la orden (1). De lo contrario, le condena el juez a pagar en el mismo lugar del proceso una cantidad en dinero valuada con toda equidad, y teniendo en cuenta el interés de cada parte (2).

§ 8.—3.ª división: Acciones "rei persequendae causa", penales y mixtas.

791.—Esta división se refiere al objeto de las acciones, según el fin que quiera alcanzar el demandante al ejercitarlas. Si la acción tiende a hacer entrar en su patrimonio un valor que ya no tiene, sin procurarle enriquecimiento, se dice que está dada *rei persequendae causa* (Paulo, L. 35, pr., D., *oblig.*, XLIV, 7). Si la acción tiende a enriquecer al demandante, que reclama una satisfacción o una suma en dinero a título de pena, resulta *penal*. En fin, si la acción reúne estos dos elementos, haciendo obtener a la vez al demandante *rem et poenam*, entonces es mixta (1).

He aquí cómo se distribuyen las acciones en estas tres categorías: a) Todas las acciones *in rem* se dan *rei persequendae causa*. Ocurre lo mismo con las acciones *in personam* nacidas de los contratos y de los cuasi-contratos, salvo algunas que son mixtas, bien sea naturalmente, como la acción de depósito necesario (I, § 17, *de act.*, IV, 6), o bien porque aumentan al doble *adversus infitiantem*, como la acción *ex testa-*

---

790. (1) Ulpiano, L. 4, § 1, D., *de eo quod cert.*, XIII, 4: *Interdum judex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia tibi solvenda ubi promissa est...* Según algunos autores, el juez no pronunciaba el *jussus*, ni esta acción era arbitraria en el sentido ordinario de la palabra. Se la calificaba de *arbitraria*, porque el juez era libre de apreciar si debía tener en consideración el interés de una o de otra parte. L. 1, C., *ubi conv.*, III, 18: *Arbitraria actione... in qua venit aestimatio quod alterutrius interfuerit suo loco prius quam in eo in quo petitur solvi.*—Cf. Lenel, *Edit. perp.*, I, p. 281.

(2) Ulpiano, L. 2, pr., D., *eod.*: *Arbitraria actio utriusque utilitatem continent, tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, majoris pecunias fiat.*

791. (1) I, § 16, *de act.*, IV, 6: *Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae, gratia comparatae sunt, quaedam penae persequendae, quaedam mixtae sunt.*—Ad. Gayo, IV, § 6.

N. del T.—La división de las acciones en *rei persequendae causa*, penales y mixtas, es por razón del fin con que se intentan (Inst., § 17, *de actionibus*, IV, 6. Gayo, Inst., IV, 7, 8, § 18, y 9, § 19).

La acción del depósito *miserable*, hecho en caso de incendio, de tumulto o de naufragio, es *mixta* siempre, no obstante que se ejercite contra el depositario o contra su heredero que fuese también culpable de dolo; porque la condenación se eleva entonces al doble para castigar al depositario infiel que abusa de la triste posición en que se hallaba el depositante. Si el heredero no era perseguido por su dolo personal *(de dolo ipsius*, § 17), sino por el dolo de su autor, la acción sería contra él por solo la cantidad, porque la pena no se pide nunca sino contra el autor del daño y no contra sus herederos; la acción sería, pues, puramente *rei persequendae*.

N. del T.—Parece a primera vista que la acción de la ley *Aquilia* sólo puede darse por la simple cantidad; porque, una de dos: o hay denegación de parte del autor del daño, y entonces la acción se da por el doble, o hay confesión, y entonces no se debe dar acción, según la máxima *confessus in jure pro judicato habetur*. Mas es preciso notar que la acción de que se trata puede darse *ad aestimandum:* las partes, de acuerdo sobre la existencia del hecho perjudicial, pueden no estarlo sobre la estimación del daño; entonces se da la acción por la cantidad; *in hac actione*, dice la ley del 25, § 2, ff. *ad leg. Aquil., judex non rei judicandae, sed aestimandae datur.*

mento, en caso de legado *per damnationem*, teniendo un objeto *certum* (Gayo, IV, § 9), y bajo Justiniano, en caso de legado hecho a las iglesias (I, § 19, *eod.)*; b) En cuanto a las acciones *in personam* nacidas de los delitos, unas son penales, como la acción *furti* y la acción *injuriarum* (Gayo, IV, § 8); otras son mixtas, como la acción *vi bonorum raptorum* y la acción *legis Aquiliae*, que crece al doble *adversus infitiantem*, y que puede ser mixta aun estando concedida por el simple, porque la indemnización calculada según el valor más alto de la cosa deteriorada, en el año o mes precedente al delito, es casi siempre superior al perjuicio causado (L. § 19, *eod.)*; en fin, también la acción *metus causa*.

792.—El interés de esta división se manifiesta desde el doble punto de vista de la *transmisibilidad* y del *concurso* de las acciones.

1. Las acciones penales no se dan contra los herederos del autor del delito (1), y las acciones mixtas sólo se pueden ejercitar contra ellos cuando están desembarazadas del elemento penal, y solamente en la medida de su enriquecimiento (L. 38, D., *de reg. jur.*, L. 17). Ocurre lo contrario con las acciones *rei persequendae causa*, pues se dan, salvo raras excepciones, contra los herederos que suceden en las obligaciones del deudor (Gayo, IV, § 113).

Esta diferencia no existía del lado activo. Todas las acciones pasan a los herederos de aquel a quien pertenecen, y sólo hay excepción para algunas acciones que implican la reparación de una ofensa personal, más bien que un interés pecuniario, como la acción *injuriarum* (Gayo, IV, § 112, *in fine)* y la *querella inofficiosi testamenti* (V. n.° 582, 2).

Tenemos que recordar, en primer lugar, que después de la *litis-contestatio* se hace toda acción transmisible a los herederos, y también contra ellos (V. n.° 747, 2, a).

2. Puede ocurrir que un mismo hecho dé lugar a varias acciones en beneficio de la misma persona. Así el Derecho civil concede a la víctima de un robo la *rei vindicatio*, la acción *ad exhibendum*, la *condictio furtiva* y la acción *furti* (V. n.° 452). Las ventajas de estas diferentes acciones, ¿pueden acaso acumularse? La solución de esto depende de su objeto. La equidad exige que en justicia no se pueda reclamar de nuevo lo que ya se ha obtenido por primera vez. De esto resultan las consecuencias siguientes:

a) Si una persona está investida de varias acciones cuyo objeto es diferente, entonces puede acumularlas. Por ejemplo, se puede ejercitar una acción *rei persequendae causa* y una acción penal, la *rei vindicatio* y la acción *furti*. También se puede reunir una acción *rei persequendae causa* con una acción mixta, pero esta última no hace más que obtener una satisfacción; por eso, después de haber ejercitado la *rei vindicatio*, sólo se obtiene el triple por la acción *vi bonorum raptorum*.

b) Si, al contrario, se trata de acciones que tienen el mismo objeto, se puede escoger la más ventajosa, aunque no se puede ejercitar más que una (2). Por eso la víctima de un robo no puede acumular la *rei vindicatio* con la *condictio furtiva*. Pero esta regla es de una aplicación muy delicada para las acciones penales; la similitud del objeto es a veces dudosa, porque un mismo hecho puede muy bien castigarse por varias leyes penales. Así, el daño causado por un animal puede violar el edicto de los ediles y la ley de las XII tablas, que da la acción *de pauperie* (I, § 1, *si quadrup.*, IV, 9); aquel que hubiese cortado furtivamente algunos árboles viola la ley *Aquilia*, y la ley de las XII tablas da la acción

---

792. (1) Gayo, IV, § 112: *... Est enim certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere, nec dari solere...*

(2) Ulpiano, L. 43, § 1, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.*

de *arboribus succisis* (L. 1, D., *arb. furt.*, XLVII, 7). ¿Podían acumularse estas acciones? Los textos del *Digesto* demuestran que los jurisconsultos romanos no estaban de acuerdo sobre esta cuestión. Según Modestino, sólo se podía ejercitar una acción penal (L. 53, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7). Paulo, que habla de esta opinión, pensaba, aunque sin confirmarlo, que después de haber ejercitado una acción penal se podía también ejercitar otra más ventajosa, pero únicamente para lo que daba de más (L. 34, pr., D., *eod.* y L. 1, D., *vi bon. rapt.*, XLVII, 8). En fin, Ulpiano permitía la unión de las acciones penales (3). Esta doctrina es la de mayor fundamento, porque cada delito necesita una represión especial, y, en realidad, el objeto de cada acción penal es diferente en igual caso, y es la que ha triunfado en el último estado del Derecho (4).

§ 9.—4.ª división: Acciones del simple, del doble, del triple y del cuádruplo.

793.—Esta división está fundada sobre la relación que existe entre el interés del demandante, afirmado en la *intentio* de la fórmula, y la cantidad fijada por la *condemnatio*. Si deja al juez entera libertad de apreciación, *Quanti ea res erit... judex condemna*, la acción será siempre del simple, cualquiera que sea, sin embargo, la importancia de la condena.

Pero si la *intentio* ha precisado un valor determinado, ordena al juez la *condemnatio* condenar al doble, al triple o al cuádruplo de este valor; se dice que la acción es del doble, del triple o del cuádruplo, y ya no hay más (I, § 21, *de act.*, IV, 6).

Son del simple todas las acciones *rei persequendae causa*, y algunas acciones penales, como la acción *injuriarum* (I, § 22, *eod.*). Son del doble algunas acciones penales, tales como la acción *furti nec manifesti*, y un gran número de acciones mixtas que aumentan al doble *adversus infitiantem*, como la acción *judicati*, la acción *depensi*, y la acción *—legis Aquiliae* (Gayo, IV, § 9, y I, §§ 23 y 26, *eod.*). En el Derecho antiguo las acciones *furti concepti* y *oblati* eran al triple. En lugar de estas acciones, caídas en desuso, las *Instituciones* de Justiniano citan una acción del triple, dada contra el demandante al demandado que había pagado a los *viatores* más de lo debido por consecuencia de exageración en la demanda (I, § 24, *eod.*). Por último, las principales acciones del cuádruplo eran: la acción *furti manifesti*, la acción *vi bonorum raptorum* y la acción *metus causa* (I, §§ 25 y 27, *eod.*).

§ 10.—5.ª división: Acciones de buena fe, acciones de derecho estricto.

794.—Esta división procede de la extensión de los poderes que la fórmula concede al juez. Ya sabemos que en toda acción el juez está comprometido por la fórmula, no debiendo ocuparse más que del asun-

---

(3) Ulpiano, L. 130, D., *de reg. jur.*, L. 17: *Numquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.*

(4) Hermogeniano, L. 32, D., *de oblig.*, XLIV, 7: *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones... omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.*—Ad. I, § 1, *in fine*, *si quadrup.*, IV, 9; este texto reproduce la regla formulada por Ulpiano.—V. nota 3.

793. En las acciones relativas a la cantidad de la condena, ninguna llega al quíntuplo (§ 21). Es probable que en las acciones dadas por el simple, la *condena* de la fórmula contenía una cantidad igual a la enunciada en la *intentio (si paret X millia dare oportere, X millia condemna)*: y que en las acciones por el doble, el triple, etc., la condenación contenía una cantidad múltiple de la enunciada en la *intentio*.

to que le ha sido sometido (V. n.º 748). De todos modos, la fórmula puede dejarle más o menos latitud para resolver. Tan pronto debe limitarse a decidir si la pretensión del demandante, tal como está precisada en la *intentio*, está fundada según el Derecho civil, sin preocuparse del resultado más o menos equitativo de la sentencia, que es su misión, en la acción *stricti juris*, como también puede escuchar las razones de equidad alegadas por las dos partes para tener en cuenta y estatuir según la buena fe sobre su negativa; éste es el poder que disfruta en la acción *bonae fidei*, y que le dan las palabras *ex fide bona* añadidas a la *intentio* de la fórmula (Cf. Séneca, *De benef.*, III, 7).

795.—I. *Extensión de la división.*—En el Derecho antiguo se distinguían dos clases de procesos. Los *judicia* se llevaban ante un juez, que juzgaba, según los rigurosos principios del Derecho civil, sobre una pretensión determinada; los *arbitria* estaban sometidos a los árbitros, que regulaban equitativamente relaciones recíprocas y menos precisas (Véanse número 748 y nota 1). Esta división ya no se indicaba por los jurisconsultos del Imperio; pero, en cambio, señalaban otra, la de las acciones de buena fe y acciones de derecho estricto, *judicia bonae fidei* y *judicia strictii juris* (Gayo, IV, § 62, y I, § 28, *de act.*, IV, 6). Es menos amplia y no comprende todas las acciones; generalmente se excluyen de ella: a) Las acciones *in rem*, que con el desarrollo del procedimiento formulario han tomado un carácter propio; son también arbitrarias, estando investido el juez de un poder especial (V. n.º 752); b) Las acciones pretorianas *in factum*, en las cuales el juez no tiene que resolver ningún asunto de Derecho, limitándose a comprobar un hecho; c) Las *cognitiones extraordinariae*, en las cuales el magistrado no entrega la fórmula.

La distinción de las acciones de buena fe y derecho estricto no se aplica más que a las acciones civiles, *in personam*, cuya fórmula es *in jus concepta*. Sólo nos queda por determinar las acciones comprendidas en cada categoría, y explicar el interés de esta división.

796.—II. *Determinación de las acciones de buena fe y de derecho estricto.*

1. *Acciones de buena fe.*—Las acciones de buena fe nacen de un contrato o de un cuasi-contrato sinalagmático que crea obligaciones recíprocas entre las partes; de donde resulta la necesidad de dar al juez una gran latitud de apreciación para regular de una manera equitativa estas relaciones. Los textos hablan de las acciones de buena fe, de las cuales nos han sido transmitidas tres enumeraciones: una de ellas por Cicerón (*De offic.*, III, 17), otra por Gayo (IV, § 62), y la tercera por las *Instituciones* de Justiniano (§ 28, *de act.*, IV, 6). Esta última es la más completa (1). Añadiendo la acción *fiduciae*, citada por Gayo, aunque caída en desuso bajo Justiniano, comprende las acciones siguientes: *commodati, depositi, pigneratitia, fiduciae, empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati, negotiorum gestorum tutelae, familiae erciscundae, communi dividundo* (2), *rei uxoriae, proescriptis verbis* (3).

En la fórmula de las acciones de buena fe, la *intentio* resulta siempre

---

796. (1) La enumeración de Cicerón, tomada de Q. Mucio Scaevola, no podía comprender las acciones que el Derecho civil no daba todavía en la época en que vivía el jurisconsulto (V. n.º 273, nota 3). La de Gayo está mutilada por un error del copista, que había reproducido dos veces en el manuscrito un mismo renglón del párrafo 62, omitiendo, en cambio, otro renglón.

(2) La acción *finium regundorum* no se cita por ningún sitio como acción de buena fe. Era arbitraria, y estaba fuera de la división.

(3) A esta lista añadían las *Instituciones* de Justiniano la *petición de herencia*, que es una acción *in rem*, y señalan sobre este objeto una controversia, de la cual ignoramos el objeto. Se explica esto por el hecho de que el juez tiene en esta acción poderes tan extensos como en las acciones de buena fe. La excepción de dolo es sobreentendida (L. 58, *de hered. pet.*, V. 3).

incerta, y contiene las palabras *ex fide bona*, que permiten al juez estatuir equitativamente; por ejemplo: *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere ex fide bona* (Gayo, IV, § 47) (4).

2. *Acciones de derecho estricto.*—Las acciones de derecho estricto son más difíciles a determinar, porque los textos no dan ninguna lista de ellas. Generalmente se limita esta categoría a las acciones que nacen de un contrato o cuasi-contrato unilateral: son las *condictiones* en todas sus aplicaciones; también la acción *ex stipulatu* y la acción *ex testamento*. La acción *furti* y la acción *legis Aquiliae* nos parece también que están ordenadas entre las acciones de derecho estricto, aunque desde luego algunos autores las excluyen de la división. Sin embargo, los poderes del juez eran exactamente iguales que en la acción de derecho estricto, y esto quita toda importancia al asunto.

797. –III. *Interés de la división.*—La diversidad de poderes del juez, en las acciones de buena fe y de derecho estricto, producen entre estas dos clases de acciones numerosas diferencias, que no son más que consecuencias. Veamos cuáles son las principales.

1. Cuando el demandado pretende haber sido víctima del dolo o de violencia, o hacer valer para su defensa cualquier razón por medio de la equidad, el juez de la acción de buena fe puede tenerlo en cuenta, y si el demandado justifica su alegación, puede absolverle o moderar su condena; ocurriendo lo contrario con el juez de la acción de derecho estricto, pues éste no tiene ese mismo derecho. Pero esto no quiere decir que el demandado tenga por necesidad que sufrir en igual caso una condena inicua, puesto que el pretor le permite insertar en la fórmula la excepción de dolo, que concede al juez el poder de estatuir equitativamente en su favor, como podía hacerlo en una acción de buena fe (1).

Se expresa frecuentemente esta diferencia diciendo que la excepción de dolo está sobreentendida en las acciones de buena fe, siendo igual para toda excepción fundada equitativamente (2).

2. El juez de la acción de buena fe debe tener en consideración no solamente las cláusulas expresadas en el contrato que sanciona, sino también todas las cláusulas en uso en los contratos de la misma índole (V. n.º 365, nota 2). En las acciones de derecho estricto debe sujetarse a los términos del contrato.

3. Si la acción es de buena fe, el juez debe comprender en la condena, además del objeto de la demanda, todos los frutos y accesorios

---

(4) Las palabras *ex fide bona* estaban reemplazadas en la acción *fiduciae* por *Uti inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*, y en la acción *rei uxoriae* por: *Quod aequius melius erit*. Esta última acción no figura en la enumeración de Cicerón, porque formaba parte entonces de otra categoría de acciones, llamados *in bonum et aequum conceptae*. Había tres, por lo menos: la acción *rei uxoriae* (L. 11, § 1, D., *de inj.*, XLVII, 10); la acción *sepulcri violati* (L. 10, D., *de sep. viol.*, XLVII, 12), y la acción de *effusis*, en caso de alcanzar a un hombre *libre* (L. 5, § 5, D., *de his qui eff.*, IX, 3). Se diferencian, porque nacen de la lesión de un interés moral, aunque en su resultado sean pecuniarias, y porque están unidas a la persona considerada, según el derecho natural, más bien que a la persona civil. Resulta también que no se extinguen por la *capitis deminutio* (L. 8, D., *de cap. min.*, IV, 5) ni se transmiten a los herederos. Además, el juez tiene para esto el más amplio poder de apreciación. Gayo, en la L. 8, D., *de cap. min.*, IV, 5, cita también la acción *rei uxoriae* como siendo *in bonum et aequum concepta*. Pero en sus *Instituciones* figura en el número de acciones de buena fe (IV, § 62).

N. del T.—La enumeración de las acciones de buena fe que se expone por el autor, según el texto de las *Instituciones* (§ 28), ¿es limitativa? He aquí una cuestión que ha sido muy debatida. Sin descender a su examen, sólo diremos que Vinio sostiene la afirmativa, fundándose en que Justiniano, al hacer la enumeración de que se trata, no la hace preceder de la preposición restrictiva *veluti*.

797. (1) Sin embargo, la excepción *doli*, inserta en la acción de derecho estricto, extiende los poderes del juez, en interés del demandado, mientras que el carácter de buena fe de la acción beneficia también al demandante.

(2) Ulpiano, L. 21, D., *solut. matr.*, XXIV, 3: *Cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei judiciis.*—Ad. Paul., L. 3, D., *de resc. vend.*, XVIII, 5: *Bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt...*

a contar desde el nacimiento de la obligación (Paulo, L. 38, § 15, D., *de usur.*, XXII, 1).

En las acciones de derecho estricto hay que hacer una distinción. Si la acción tiende a una restitución, como la *condictio indebiti* y la *condictio ob rem dati*, los están igualmente debidos desde el nacimiento de la obligación (L. 38, §§ 2 y 3, D., *eod.*). Si, al contrario, la acción tiende a obtener una cosa nueva, que nunca haya formado parte del patrimonio del demandante, como la acción *ex stipulatu*, los frutos y accesorios son debidos únicamente desde la *litis-contestatio:* ésta es, por lo menos, la solución que los Sabinianos habían hecho prevalecer en interés de la equidad (L. 38, § 7, D., *eod.*).

4. En las obligaciones que tienen por objeto una cantidad en dinero, ya no hay cuestión de frutos, pero sí de intereses. Esta es la diferencia: El juez de la acción de buena fe debe condenar al demandado a pagar los intereses a contar desde su demora (V. n.° 470, nota 6). En la acción de derecho estricto, ni la demora ni la *litis-contestatio* hacen correr los intereses (3). Sin duda, la equidad exigiría la misma solución; pero la fórmula no permitía al juez tener en cuenta los intereses, porque la acción de derecho estricto, ejercitada en reclamación de una cantidad en dinero, es la *condictio certae creditae pecuniae*, donde la *intentio* y la *condemnatio* son *certae*, y el juez no puede ni disminuir la cifra que indican ni aumentarla añadiendo intereses (4).

5. Si el objeto de la demanda ha cambiado de valor después de la *litis-contestatio*, el juez de la acción de derecho estricto debe, sin embargo, estimarle en esta época, según los principios generales (V. n.° 751). Pero en las acciones de buena fe puede apreciar este valor en el día de la sentencia (5). Puede también tener en cuenta. en beneficio del demandante, un interés de pura afección (6).

Estas diferencias demuestran que la gran extensión de apreciación dejada al juez en las acciones de buena fe podían ejercerse lo mismo en interés del demandante que del demandado.

§ 11.—De las acciones arbitrarias.

798.—Desde el punto de vista de los poderes del juez, se distinguen ciertas acciones por un carácter especial: éstas son las acciones *arbitrarias*. En dichas acciones, el juez tenía un derecho propio, llamado *arbitrium*, en virtud del cual, antes de pronunciar la condena, fijaba equitativamente las satisfacciones debidas por el demandado, y le daba

(3) La L. 35, D., *de usur.*, XXII, 1: *Lite contestata usurae currunt*, no es nada contraria. Significa que la *litis-contestatio* no impide que corran los intereses (V. n.° 776, nota 3).

(4) Gayo, IV, § 52. Los intereses de los fideicomisos reclamados por una *cognitio extraordinaria* eran debidos *ex mora:* pero no los de los legados reclamados por la acción *ex testamento*, que es el derecho estricto. Sólo había excepción para los legados *sinendi modo* (Gayo, II, § 280). Bajo Justiniano, las reglas de los fideicomisos se aplicaban también a los legados; los intereses son debidos en los dos casos, y la L. 34, D., *de usur.*, XXII, 1, donde, al parecer, Ulpiano admitía ya esta solución, se explica por una interpolación.

(5) Paulo, L. 3, § 2, D., *commod.*, XIII, 6: *In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei judiciis... rei judicandae tempus quanti res sit observatur; quamvis in stricti, litiscontestatae tempus spectetur.*

(6) Papiniano, L. 54, pr., D., *mandat.*, XVII, 1: *Placuit prudentioribus effectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.* Se pueden añadir a estas diferencias las que ya hemos estudiado, referentes a los *pacta adjecta* (V. n.° 401) de la teoría de las faltas (V. número 468) y de la compensación (V. n.° 522).

798. N. del T.—La orden del juez que determina la satisfacción que se debe de dar es obligatoria respecto del demandante lo mismo que del demandado. El demandante no puede rehusar la satisfacción prescrita. El demandado puede ser compelido *manu militari* a ejecutar lo que el juez prescribió; por ejemplo, a restituir la cosa reivindicada si está en posesión de ella. En esto, el *jussus* o *arbitrium* del juez que determina la satisfacción que ha de prestar el demandado, difiere de la condena, que marca siempre una suma que e debe pagar (Gayo, II, § 48).

orden de suministrarlas al demandante. Este poder le estaba conferido por la fórmula que le obligaba a condenar únicamente si no restituyese el demandado, *nisi restituat*, o no exhibiese, *nisi exhibeat*, o bien si no pagaba, *nisi solvat*, según la naturaleza de la reclamación del demandante (I, § 31, *de act.*, IV, 6). Si el demandado obedecía a la orden del juez, quedaba absuelto; de lo contrario, incurría en una condena pecuniaria, fijada por el juramento del demandante en caso de dolo, por la estimación del juez en toda otra hipótesis.

Ya hemos dicho que el pretor había creado la fórmula arbitraria para remediar los inconvenientes de las condenas pecuniarias, y que esta fórmula, aplicada primeramente a la *rei vindicatio*, se extendió después a las otras acciones *in rem* y a ciertas acciones *in personam* (Véanse núms. 732 y 752). Pero, en fin, no queremos volver sobre la controversia que se produjo a propósito de la ejecución del *jussus* (V. número 753), y sólo hablaremos de las acciones que eran arbitrarias.

799.—Ningún principio general puede servir de guía en la determinación de las acciones arbitrarias. He aquí aquellas a las que los textos reconocen expresa e implícitamente esta cualidad: a) Las acciones *in rem*, a excepción de las acciones prejudiciales, que no llevan condena; b) Ciertas acciones *in personam*, a saber: las acciones *de dolo, metus causa, ad exhibendum, de eo quod certo loco* (I, § 31, *de act.*, IV, 6): la acción *pauliana* (L. 14, D., *quae in fr. cred.*, XLII, 8); las acciones *faviana* y *calvisiana* (L. 5, § 1, D., *si quid in fr. patr.* XXXVIII, 5); la acción *redhibitoria* (1); la acción *aquae pluviae arcendae* (V. n.° 148 bis, b); la acción *finium regundorum* (L. 4, § 3, D., *fin regund.*, 1); las fórmulas dadas por el pretor después de ciertos interdictos (V. n.° 808). En fin, se puede asegurar que las fórmulas *depositi* y *commodati* eran arbitrarias, si las letras *N. R.* que se encuentran después del manuscrito de Gayo (IV, § 47) se ponen por *nisi restituat* (2), y que en otras ocasiones del mismo género tenían también este carácter.

¿Es necesario añadir a esta enumeración las acciones noxales? Sin duda alguna, que una acción arbitraria por ella misma, no deja de serlo cuando está ejercitada *noxaliter*, como la acción *de dolo* o la acción *metus causa*. Pero una acción que no es arbitraria, por ejemplo, la acción *furti* o la acción *legis Aquiliae*, ¿toma este carácter por el solo hecho de estar ejercitada a título de acción noxal? Algunos autores lo creen así, apoyándose sobre un texto de las *Instituciones* de Justiniano que coloca las acciones noxales en la categoría de las acciones arbitrarias (3). Sin embargo, no hay en realidad entre las acciones noxales y las arbitrarias nada más que una analogía que ha podido engañar a los autores de este texto; pero a estas dos acciones las separan diferencias muy importantes. En efecto, en la acción noxal ocurre lo siguiente: a) El juez no tiene por qué ejercer *arbitrium* ni determinar la satisfacción que debe

799. (1) Esta acción difiere, sin embargo, de las otras acciones arbitrarias en que el demandado que restituye no queda absuelto.—Cf. Gayo, L. 45, D., *de aedil edict.*, XXI, 1 y número 368, 1.

(2) En este sentido, Neracio, citado por Ulpiano: L. 1, § 21, D., *depos.*, XVI, 3. De esto resultaría que una acción de buena fe puede ser arbitraria, y que estos dos caracteres no son incompatibles.

(3) I, § 31, *de act.*, IV, 6: ... *Quasdam actiones arbitrarias... appellamus in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat... vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.*

N. del T.—*Veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*, § 31. En las acciones reales, la satisfacción prescrita por el juez consiste siempre en restituir la cosa. Sin embargo, en la acción serviana y cuasi-serviana se deja al demandado la elección de restituir la cosa hipotecada o de pagar la deuda. Cuando la cosa reivindicada ha sido restituída de grado o por fuerza al demandante, la condenación puede también comprender los frutos y otros accesorios. Si el demandado se hallaba en la imposibilidad de restituir, y esto por dolo suyo, sería condenado según la estimación fijada y jurada por el demandante (L. 68, 1, *de rei vind.*).

suministrar el demandado para evitar la condena. El Derecho civil fija la misma en todos los casos: es el abandono noxal del autor del delito; b) El juez puede iluminar al demandado sobre esta facultad que le ofrecen, pero sin pronunciar el *jussus*; c) Y, por último, el demandado, aun después de la condena, queda en libertad de pagar o de hacer el abandono noxal. La sentencia, por sí misma, sanciona este derecho (Véase núm. 486).

800.—Bajo Justiniano podía ser también la condena sobre el mismo objeto de la demanda. La principal utilidad de las acciones arbitrarias había ya desaparecido, no faltando quien pensase que esta particularidad dejó de existir al mismo tiempo que la fórmula. Pero no es ese nuestro juicio, porque si el § 31, I, *de act.*, hace todavía mención, no es un simple recuerdo de la época clásica; es sencillamente por haber conservado alguna razón de ser. En efecto: a) Generalmente, procuran al demandante la ventaja de hacer fijar la condena, con ayuda del *juramentum in litem*, en los casos en que el *jussus* no esté ejecutado por dolo o resistencia del demandado (L. 2, D., *de in lit. jur.*, XII, 4); b) En la acción hipotecaria, el juez ordena con mayor severidad restituir o pagar; y esta elección no podría dejarse por la condena al demandado, si la acción no fuese arbitraria; c) En la acción *de dolo*, la condena es infamante, y en la acción *metus causa*, es del cuádruplo. Es siempre útil moderar un poco este rigor, para que el demandado pueda sustraerse suministrando la reparación fijada por el juez.

Capítulo IV.—De las excepciones.

(I, *de exceptionibus*, IV, 13.)

801.—La excepción, en un sentido general, es un modo de defensa que no contradice directamente la pretensión del demandante. Sobre todo en el procedimiento formulario, la excepción es una *adjectio* inserta en la fórmula a petición del demandado, y que obliga al juez a no pronunciar condena, aunque la *intentio* esté reconocida como fundada, si cualquier circunstancia particular alegada por el demandado está ya comprobada. Ya hemos indicado su papel y colocación en la fórmula (V. n.º 742). De manera que aquí sólo hablaremos del origen, de los efectos y de las principales divisiones de las excepciones; y después daremos algunos detalles sobre ciertas excepciones, de las cuales no hemos tenido aún ocasión de hacer ningún estudio.

802.—I. *Origen y desarrollo de las excepciones.*—Las excepciones no se conocían bajo el sistema de las acciones de la ley (1). Estas nacen y se desarrollan bajo el procedimiento formulario, gracias a la iniciativa e influencia del pretor para atenuar ciertas consecuencias dema-

802. (1) Gayo, IV, § 108: *Nec omnino ita, ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.*

N. del T.—Las excepciones son de Derecho pretorio; sin embargo, Justiniano (§ 7) nos dice que las hay fundadas en las leyes. Y es que, en efecto, esta institución se adoptó con frecuencia por el Derecho civil, que insensiblemente venía *in unam consonantiam* (§ 3, *de test. ord.*). Leyes u otros actos legislativos *(legibus vel iis quae legis vicem obtinet)* han confirmado las excepciones introducidas por los pretores, o han establecido otras, a imitación de las existentes, y siempre en oposición al rigor del Derecho primitivo, del Derecho de las XII tablas. Así, un rescripto de Marco Aurelio permitió conceder la excepción de dolo en una acción de derecho estricto a quien quería oponer la compensación; y así también, después de haber restituído la herencia fideicomisaria, el heredero que era perseguido por los acreedores hereditarios obtenía la excepción *restitutae haereditatis*, en virtud del senadoconsulto Trebeliano, porque, según el Derecho primitivo *(ipsum jus)*, hubiera sido condenado.

siado rigurosas del Derecho civil. Es, por tanto, con un carácter equitativo como aparecen las primeras excepciones establecidas por el Derecho pretoriano (Gayo, VI, § 116). Fueron de este número las excepciones *doli mali, metus causa* y *pacti conventi*. Más tarde, y cuando la institución entró ya en las costumbres, se introdujeron otras excepciones por el Derecho civil, bien fuera por razones de orden público, o bien por alguna otra causa. Como procediendo de ellas, se pueden citar a título de ejemplo: a) De la jurisprudencia, la excepción *justi dominii* (V. n.º 780, 1); b) De la ley, la excepción *legis Cinciae* (V. n.º 421); c) De los senadoconsultos, las excepciones *S. C. Velleiani* (V. n.º 333), *Macedoniani* (V. n.º 484, 2), *Trebelliani* (V. n.º 650); d) De las constituciones, la excepción de *división*, dada por Adriano a los fiadores (V. n.º 325, 1).

Las excepciones subsistían con su propia naturaleza bajo el procedimiento extraordinario, pero sin insertarlas en la fórmula. No es más que un modo de defensa muy especial que el demandante puede hacer valer en el curso del proceso.

803.—II. *Efectos de las excepciones.*—En un principio, y estando justificada, la excepción tiene por efecto la absolución del demandado. De todos modos, creemos que es una opinión innegable la de que ciertas excepciones pueden tener por resultado lo mismo la absolución del demandado que una simple disminución en su condena; tal es, por ejemplo, la excepción de dolo; y también que otras no lleguen nunca más que a moderar la condena: son, especialmente, la excepción de división y el beneficio de competencia. Esta distinción está claramente indicada por Paulo (1).

803 bis.—III. *Divisiones de las excepciones.*—Las excepciones son civiles o pretorianas por razón de su origen. Pero he aquí también otras divisiones que señalan los textos o que resultan implícitamente.

1. Entre las excepciones, unas están fundadas sobre la equidad, como las excepciones *doli, metus causa*, y otras se justifican por consideraciones de utilidad general, aunque no siempre tienen un resultado equitativo: tales son las excepciones *rei judicatae, S. C. Macedoniani* y *Velleiani*. El interés de esta división consiste en que las excepciones fundadas sobre la equidad están sobreentendidas en las acciones de buena fe, y el demandado no tiene necesidad de hacerlas insertar en la fórmula, ocurriendo lo contrario con las otras, pues no puede prevalerse de ellas delante del juez nada más que habiendo pedido y obtenido la inserción.

2. Las excepciones son *rei cohaerentes* o *personae cohaerentes*. La excepción *rei cohaerens* se da en razón misma de la persecución ejercitada. Tal es la excepción *S. C. Velleiani*, concedida sólo por haber habido *intercessio;* enteramente obligada, en virtud de esta *intercessio*, bien sea la misma mujer, un fiador o alguna otra persona, siempre pueden prevalerse (Paulo, L. 7, § 1, D., *de except.*, LXIV, 1). La excepción *personae cohaerens* sólo pertenece a una persona determinada, única que puede usarla, pues no pasa ni al fiador ni a ningún otro obligado. Ocurre exactamente igual con el beneficio de competencia (L. 7, pr., D., *eod.)*, y con la excepción *pacti in personam*.

3. Se distinguen también las excepciones *perpetuas* o *perentorias* y las excepciones *temporales* o *dilatorias* (I, § 8, *de except.*, IV, 13). Las excepciones *perentorias* y *dilatorias* no se relacionan, como en nuestro Derecho, con el efecto de la excepción. Este efecto, en Derecho Romano, es siempre el de impedir o por lo menos modificar la condena.

---

803. (1) Paulo, L. 22, pr., D., *de except.*, XLIV, 1: *Exceptio est conditio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*—Véase, para la excepción de *dolo*, referente a la cual se ha suscitado la controversia, el número 524, nota 3, y para la excepción de división el número 325, nota 4.

La división se refiere únicamente al tiempo durante el cual el demandado puede oponer la excepción: a) Si puede prevalerse en cualquier época en que la acción estuviese ejercitada, la excepción sería perpetua; y como el acreedor no puede evitar que su crédito sea ineficaz de esta manera, entonces la excepción se llama perentoria; tales son las excepciones *doli, metus causa*, la excepción de pacto en caso de remisión absoluta de deuda, y varias más (I, § 9, *eod.)*. El demandado que había omitido hacer insertar en la fórmula una excepción perentoria, podía obtener del pretor la *in integrum restitutio* para reparar esta omisión (Gayo, IV, § 125); b) Si el demandado no disfruta de una excepción, que durante cierto tiempo es temporal, y siempre que el acreedor puede evitar los inconvenientes obrando únicamente después de la expiración del término, se la califica entonces de dilatoria (1). Podemos citar la excepción de pacto, cuando el acreedor sólo ha hecho remisión al deudor por un tiempo determinado (I, § 10, *eod.)*.

Se duda que pudiera ser reparada la omisión en la fórmula de semejante excepción (Gayo, IV, § 125).

804. IV.—*Estudio de algunas excepciones.*—1. *De la excepción «doli» y de la excepción «metus causa».*—Estas excepciones las concedía el pretor a las personas que se habían obligado bajo el imperio del dolo o de la violencia, y que no habían aún ejecutado su obligación (1). El derecho pasaba a sus herederos. Además, no era preciso hacer insertar estas excepciones en la fórmula nada más que si la acción era de derecho, porque como estaban fundadas sobre la equidad, estaban sobreentendidas en las acciones de buena fe. Estos son principios comunes a las dos excepciones, aunque, sin embargo, vamos a ver cuáles son las diferencias que las separan:

a) La excepción *doli* sólo se puede oponer al autor del dolo, a sus herederos y a sus sucesores a título gratuito, cualquiera de ellos que fuese (Ulpiano, L. 4, § 31, D., *de doli mali*, XLIV, 4). La excepción *metus causa*, por el contrario, se opone a toda persona que se prevale de la obligación contaminada de violencia, y se da contra la misma violencia. Esta diferencia aparece en la fórmula con toda claridad. La de la excepción *doli: Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*, contiene el nombre del demandado en la excepción, que es demandante en la acción (Gayo, IV, § 119). La de la excepción *metus causa: Si in ea re nihil metus causa factum est*, es *in rem scripta*, y no apunta a ninguna persona determinada (L. 4, § 33, D., *eod.)* (2).

b) Bajo otro aspecto, es más amplia la excepción *doli*. El dolo, al comprender todo lo que es contrario a la buena fe, puede emplearse lo mismo en caso de violencia y de error resultante de maniobras fraudulentas, que en caso de dolo propiamente dicho. Por eso los textos dicen que es *general*, lo cual quiere decir que puede reemplazar a toda otra excep-

---

803 bis. (1) Se llamaban también *dilatorias*, por razón de la persona, las excepciones *cognitoriae* y *procuratoriae* opuestas al *cognitor* o al *procurator*, que no tenía derecho de obrar por ser un soldado, una mujer o una persona tachada de infamia. Bajo Justiniano desaparecieron por completo (Gayo, IV, § 124. I, § 11, *de excepi.*, IV, 13).

N. del T.—En el antiguo Derecho, la excepción temporal era, durante el plazo, tan *perentoria* como la acción perpetua.

804. (1) La excepción de dolo y la excepción de violencia son, al parecer, de creación posterior a las acciones de dolo y *metus causa*. En todos los casos es cierto que la víctima de un dolo no tenía la excepción antes de haber creado Aquilio Galo la acción de dolo (Cicerón, *De offic.*, III, 14). Además, la L. 4, § 33, D., *de doli mali*, XLIV, 4, demuestra la existencia de dos excepciones, en el tiempo del jurisconsulto Casio Longirio, que fué cónsul en el año 30 de nuestra era.

(2) Véase sobre esta diferencia el número 280, 2, *in fine*.

N. del T.—La excepción de dolo es deshonrosa para aquel contra el cual se justifica. De aquí proviene que se diera contra el patrono más bien una excepción *in factum* que la de *doli mali*, porque el manumitido debe mirar por la reputación de su patrono.

ción fundada sobre la equidad (L. 4, § 33, D., *eod.*). Sin embargo, la excepción *metus causa* tiene su propia utilidad, que es la de ser *in rem scripta*, es decir, ser opuesta a personas contra las cuales no se acordaría la excepción *doli*, aun en caso de violencia.

c) La naturaleza de la violencia implica que se produce fuera de contrato, mientras que la excepción *doli* puede ser opuesta lo mismo por dolo posterior al contrato, de lo que ya hemos visto un ejemplo en materia de compensación (V. n.º 524).

805.—2. *De las excepciones «in factum compositae».*—Se entiende por éstas las excepciones cuya fórmula está fundada sobre la existencia de hechos no calificados, y que el pretor sólo concede después de examen, *causa cognita*. Se les opone a las excepciones indicadas de antemano sobre el edicto, y que no precisan ningún hecho, pero tienden al dolo, a la violencia, o también a la violación de una disposición legislativa (1). En general, el demandado era libre de solicitar la excepción ordinaria, o alguna excepción *in factum composita*. Sin embargo, había casos en que debía contentarse con la excepción *in factum;* por ejemplo, cuando oponía a su patrono o a su ascendiente una excepción fundada sobre el dolo o la violencia; contra estas personas concedía el pretor, no la excepción *doli* o *metus causa*, calificando el dolo o la violencia, sino una excepción *in factum*, que se limita a denunciar los hechos, y no puede lastimar el honor del demandante (L. 4, § 16, D., *de doli mali*, XLIV, 4).

806.—3. *Del beneficio de competencia.*—A ciertos deudores, al oponer esta excepción al acreedor, no se les puede condenar nada más que en el límite de su haber: *in id quantum facere possunt* (1). Gracias a este favor, no eran tratados como insolventes, y evitaban la *bonorum venditio* con el encarcelamiento y la nota de infamia, que eran las consecuencias. El beneficio de competencia se concedía: a) Al marido perseguido en restitución de la dote por la acción *rei uxoriae* (I, § 37, *de act.* IV, 6); b) A los ascendientes demandados por sus descendientes y a los patronos demandados por sus manumitidos (I, § 38, *eod.*); c) Al asociado perseguido por su consocio, por razón de obligaciones sociales (V. n.º 387); d) Al donante contra el cual ejercita el donatario, en ejecución de su donación, una acción personal (Ulpiano, L. 28, *de reg. jur.*, L. 17). El donatario disfruta también de ventajas particulares. En la evaluación de su patrimono, sólo se tiene en cuenta el activo neto, deducción hecha de las deudas; pues el acreedor debe ser pagado antes que el donatario. Además, la condena no debe absorber todo el activo, y hay que dejar alguna cosa al donatario, *ne egeat*, para que no quede privado de todo recurso (Paulo, L. 19, § 1, D., *de re judic.*, XLII, 1); e) Al deudor que después de haber hecho cesión voluntaria de su patrimonio y a sus acreedores en virtud de la ley Julia, es perseguido por ellos (I, § 40, *de act.*, IV, 6); y también al deudor expropiado habiendo hecho nuevas adquisiciones, con tal que sea demandado durante el año (V. n.º 705, 2).

Cuando un deudor oponía el beneficio de competencia, el acreedor podía exigir que garantizase pagar el resto de la deuda si mejoraba de fortuna (Ulpiano, L. 63, § 4, D., *pro socio*, XVII, 2).

---

805. (1) Gayo, IV, § 118: *Exceptiones autem aliae in edicto praetor habet propositas, aliae causa cognita accommodat.*—Cf. L. 4, § 32, D., *de doli mali...*, XLIV, 4.—Fr. Vat., § 310.

806. (1) Es, por cierto, una verdadera excepción *personae cohaerem*. Paulo la califica de esta manera: L. 17, pr., *De except.*, XLIV, 1: Pero probablemente debía estar ya insertada en la *condemnatio* que modificaba.

Capítulo V.—De los interdictos.

§ 1.—Nociones generales.

(I, *de interdictis*, IV, 15.)

807.—I. *Noción y origen de los interdictos.*—Los interdictos eran unas decisiones dadas por el pretor o por el presidente de una provincia para cortar ciertas disputas, y por las cuales ordenaba o defendía alguna cosa (1). Estas decisiones eran formuladas en términos imperativos: *restituas, exhibeas, vim fieri veto.*

Los interdictos son una institución pretoriana, y se desarrollaron bajo el procedimiento formulario, haciéndose sentir, sin duda alguna, bastante tiempo antes su utilidad, y es posible que el magistrado tuviera en ellos un recurso bajo las acciones de la ley; pero esto no está comprobado (2).

He aquí cuál parece haber sido el origen de los interdictos. Al lado de los derechos consagrados por las leyes o las costumbres, y cuya violación permitía a los particulares ejercitar una acción, había otras relaciones que no tenían el carácter preciso de un derecho, librándose de una reglamentación general; pero no por eso merecían menor atención del magistrado, y, naturalmente, necesitaban su intervención en caso de desavenencia. Tales eran: diversos intereses de derecho público o divino, como la protección contra toda ofensa o usurpación de cosas públicas o sagradas, de templos, plazas, caminos y ríos, en materia privada; relaciones extrañas al patrimonio, como la protección de los derechos del patrono sobre sus manumitidos, del padre de familia sobre sus hijos, sometidos a su potestad, y aun ciertas relaciones relativas a los bienes: las cuestiones de posesión y de cuasi-posesión. En todos estos casos, cuando se elevaba una disputa entre dos personas, el magistrado la cortaba por una decisión especial llamada *interdicto:* era como una ley particular, regulando el negocio sometido a su jurisdicción (3).

A medida que esta práctica se desarrolla, los pretores precisaron poco a poco las condiciones a las cuales subordinaban para cada género

---

807. (1) I, pr., *de interd.*, IV, 15: *Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum quibus praetor aut jubebat aliquid fieri prohibebat...*

(2) Algunos autores creen ver alusiones a los interdictos en Plauto *(Stichus*, V, sc. 4, v. 14), y en Terencio *(Eunuch.*, II, sc. 3, v. 27), es decir, en la segunda mitad del siglo VI. Pero es muy dudoso que hayan sido así interpretados estos textos.

(3) El *interdictum* es una regla dictada entre dos partes *(inter duos edictum)*. Según ciertos jurisconsultos, la palabra *interdictum* sólo se aplicaba a la defensa *(interdicere)*: la orden se llamaba *decretum* (Cf. I, 1, *in fine, ht.* Gayo, IV, § 140).

N. del T.—Es cierto lo afirmado por el autor en la nota 3 de este párrafo respecto a la opinión de algunos jurisconsultos sobre la etimología de la palabra *interdictum*. Mas esta opinión no se siguió. Los interdictos fueron verdaderamente un camino para los edictos. Los pretores comenzaron probablemente a dar reglas *inter duos*, en las controversias particulares, y la costumbre de decidir de la propia manera en casos semejantes es lo que les conduciría a establecer las reglas generales del edicto. Cuando los edictos estuvieron en uso, los pretores se sirvieron de ellos para estatuir sobre la posesión, como sobre otras materias, fijando ciertas reglas y prometiendo una acción *in factum* contra los que no las observaban (L. 1, ff., *ne vis fiat ei qui in poss.)*. Sin embargo, continuaron pronunciando interdictos en las controversias en que se había seguido esta marcha anteriormente; sólo que para dar a las reglas que querían establecer un carácter de fijeza y de generalidad, inscribieron en el *álbum* publicado a su entrada en la pretura las fórmulas de los interdictos, que anunciaban deber entregar en ciertos casos determinados. En el Bajo Imperio se concluyó por considerar la obtención real de un interdicto como superflua, y se estableció el uso de proceder sin cumplir con esta formalidad, como si hubiera sido tácitamente cumplida

de negocios sus órdenes y sus defensas, y acabaron por publicar en el edicto los casos en que daban un interdicto.

808.—II. *Procedimiento de los interdictos.*—Bajo el procedimiento formulario, que fué en la época en que los interdictos adquirieron todo su desarrollo, daremos a conocer sumariamente cuáles eran el procedimiento y la apertura.

Habiendo comparecido las partes delante del magistrado, y después de expuesto el objeto del litigio, podían ser posibles dos resultados: a) Si el pretor encuentra inadmisible la pretensión del demandante, rehusa el interdicto; b) Si, al contrario, cree que se encuentran reunidas todas las condiciones exigidas, pronuncia el interdicto, con el cual debe conformarse el demandado. Todo queda terminado si el demandado obedece a esta orden o a esta defensa, pero si se resiste sosteniendo que no se encuentra en el caso del interdicto, o si contraviene la defensa, el pretor, entonces, envía a las partes delante de un juez, o de recuperadores, para comprobar los hechos y desenlazar el conflicto. Los entrega una fórmula *in factum concepta*, que da derecho al juez a examinar si el demandado ha rehusado sin razón, desobedeciendo al interdicto.

Para dar una sanción más enérgica a la orden del magistrado, la concesión de la fórmula iba precedida de una *sponsio* recíproca, por la cual cada parte se comprometía cerca de la otra a pagar determinada cantidad, a título de pena, si sucumbía en el proceso. Esta apuesta era muy seria, exponiéndose el demandado a pagar no solamente la condena pecuniaria pronunciada por el juez, sino también la suma convenida; de donde vienen las expresiones *agere cum poena* o *cum periculo*. Este procedimiento quedó siempre en vigor para los interdictos consistentes en una defensa. Pero se realizó un progreso para los que ordenaban una restitución o una exhibición durante la última mitad del siglo VII. El pretor, con objeto de dar una satisfacción más cumplida a la reclamación del demandante, dispensó de las *sponsiones* a las partes, concediéndoles una fórmula *arbitraria* a condición siempre de haberla pedido en seguida de haber sido pronunciado el interdicto, y antes de salir de su Tribunal. Obraban en este caso *sine poena* o *sine periculo* (1).

Por tanto, el interdicto llegaba, lo mismo que la acción, a la entrega de una fórmula y a la organización de un *judicium*. Pero mientras que la fórmula de la acción descansaba sobre una ley general, la del interdicto tenía por base la orden especial dada por el magistrado. Desde luego había en el resto de la instancia una abreviación de plazos o alguna regla acelerando la solución del asunto, que hacía más rápido el procedimiento del interdicto; pero, de todos modos, estas particularidades nos son desconocidas.

Hacia el fin del período clásico, se daban algunas acciones en los casos en que el magistrado concedía antes un interdicto, y por eso la acción pauliana favoreció el desuso del interdicto *fraudatorium;* la acción *serviana*, la del interdicto *salviano;* la *possessoria hereditatis petitio*, y la del interdicto *quorum bonorum.*

El procedimiento extraordinario dió un golpe decisivo a los interdictos, y bajo Justiniano ya no quedó más que la imagen. En los casos en que el magistrado pronunciaba el interdicto, juzgaba después, como si el demandante ejercitase una acción útil (2).

---

808. (1) Sobre este procedimiento, Gayo, IV, §§ 141, 162, 163 y 164.

(2) Diocleciano, L. 3, C., *de interd.*, VIII, 1: *Interdicta licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur*, año 193. L, § 8, *de interd.*, IV, 15: ... *Quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non necesse est reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

809.—III. *Divisiones de los interdictos.*—Los textos presentan varias divisiones de interdictos. He aquí las más importantes (1):

1. Se distinguen los interdictos *prohibitorios, restitutorios* y *exhibitorios.* Los interdictos *prohibitorios,* a los cuales les está particularmente reservado el nombre de *interdicta,* consisten en una defensa. Tales son los interdictos *ne quid in loco sacro, vel in loco publico, fiat;* los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* están sometidos al procedimiento *per sponsionem.* Los interdictos *restitutorios* y *exhibitorios,* llamados también *decreta,* son los que ordenan alguna restitución, como los interdictos *de precario, unde vi,* o bien una exhibición, como los interdictos *de liberto exhibendo.* Como consecuencia de estos interdictos, podían obtener las partes una fórmula arbitraria.

2. Los interdictos son *simples* o *dobles.* En el interdicto *simple,* cada parte juega un papel distinto; hay un demandante y un demandado, y la condena sólo puede llegar al demandado. En el interdicto *doble* sucede lo contrario, pues resulta igual la situación de los adversarios, y es cada uno, a la vez, demandante y demandado, pudiendo también incurrir en la condena. No existen más interdictos dobles que los *uti possidetis* y *utrubi.* Todos los demás son simples.

3. Entre los interdictos unos se refieren a materias de derecho divino, *de locis sacris vel religiosis,* o de derecho público, *de locis publicis, de viis, de fluminibus publicis,* y otros se refieren a los intereses privados, *ad rem familiarem.* Se pueden citar como tales: el interdicto *fraudatorium* (V. n.º 787); los interdictos *quasi posesorios,* relativos a las servidumbres (V. n.º 222, 2), y, por último, los interdictos relativos a la posesión, que por ser los más importantes es conveniente estudiarlos especialmente.

§ 2.—De los interdictos posesorios.

810.—Los interdictos relativos a la posesión, o sean interdictos *posesorios,* se subdividen, según su objeto, en cuatro categorías: 1.ª Los interdictos *adipiscendae possessionis.* 2.ª Los interdictos *recuperandae possessionis.* 3.ª Los interdictos *retinendae possessionis.* 4.ª Los interdictos *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis* (Gayo, IV, § 143 y Paulo, L. 2, § 3, D., *de interd.,* XLIII, 1).

I. *De los interdictos «adipiscendae possessionis».* Estaban destinados a hacer adquirir la posesión de las cosas que aún no se hubiesen poseído (Gayo, IV, § 144). Eran interdictos restitutorios, susceptibles de recibir la fórmula arbitraria. He aquí los principales:

1. El interdicto *quorum bonorum* se concedía al *bonorum possessor* contra los que poseían *pro herede* o *pro possessore* las cosas corporales de la sucesión a la cual era llamado por el pretor, con el único fin de obtener la restitución (Ulpiano, L. 1, pr. D., *quor. bon.,* XLIII, 2.—Véase n.º 667).

2. El interdicto *salviano* servía al arrendador de un fundo rústico

809. (1) Véanse, sobre las divisiones de los interdictos, Ulpiano, L. 1, D., *de interd.,* XLIII, 1. Paulo, L. 2, D., *eod.* Gayo, IV, §§ 142, 143, 156.

N. del T.—La división de los interdictos en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios era importante por el procedimiento a que podía dar lugar la no ejecución del interdicto (Gayo, § 141 y sigt.). Cuando el interdicto que se pretendía no haberse cumplido era *restitutorio* o *exhibitorio,* el demandante obtenía una acción arbitraria, es decir, que se autorizaba al juez para ordenar una restitución o la exhibición de la cosa. Si el demandado obedecía esta orden, era absuelto; si no, podía ser compelido a su ejecución por la fuerza pública.

N. del T.—Los interdictos se llaman *dobles* en el mismo sentido en que ciertas acciones se llaman mixtas por Ulpiano, y, según algunos, por Justiniano.

no pagado al vencimiento para ponerse en posesión de los objetos que el colono había introducido en la finca, y afectados por simple convención al pago del arriendo (Gayo, IV, § 147.—V. n.º 224).

3. El interdicto *quod legatorum* se daba al *bonorum possessor*, contra el legatario que se había puesto en posesión de la cosa legada sin su consentimiento; porque el legatario no tenía derecho a quedarse con ella sin su autorización (Ulpiano, L. 1, §§ 1 y 2, D., *quod. leg.*, XLIII, 3). El interdicto acabó por ser dado también al heredero.

4. El interdicto *possessorium* se estableció en beneficio del *bonorum emptor*, con objeto de que pudiese ponerse en posesión del patrimonio del cual se había hecho adjudicatario a consecuencia de la *bonorum venditio* (V. n.º 705, 2). El pretor, en caso de *bonorum sectio*, concedía también un interdicto análogo, llamado *sectorium* (V. n.º 704).

II. *De los interdictos «recuperandae possessionis»*. Estos interdictos están destinados a hacer recobrar alguna posesión perdida (Ulpiano, L. 1, § 4, D., *uti possid.*, XLIII, 17). Eran, por tanto, *restitutorios*, y podían dar lugar a la entrega de una fórmula arbitraria. Los textos citan tres: *unde vi*, *de precario* y *de clandestina possessione*.

Según una conjetura muy verosímil, los interdictos *recuperandae possessionis* debió crearlos el pretor con ocasión del *ager publicus*. Cuando las leyes agrarias limitaron la extensión de las tierras que podía ocupar cada ciudadano, aumentando, con este motivo, el número de poseedores (V. n.º 157), las rivalidades y codicias llegaron con frecuencia a desposesiones *violentas* o *clandestinas*. Por otra parte, a medida que se relajaban los lazos de la clientela, los patronos que querían recuperar las tierras del *ager publicus*, concedidas por ellos a título *precario*, debieron chocar frecuentemente con la resistencia de los clientes ingratos. En estos casos, no había protección posible por parte del derecho; porque la *rei vindicatio* no podía imponerse donde faltaba la cualidad de propietario. En interés del orden público, y con objeto de prevenir las turbulencias, el pretor hacía uso de su autoridad para ordenar la restitución. Más tarde se engrandeció el dominio de estos interdictos extendiéndose a las cosas de las cuales eran propietarios los particulares. Las reglas, en la época clásica, eran las siguientes:

1. El interdicto *unde vi* sólo se aplicaba a los inmuebles; se le daba a quien había sido expulsado violentamente de un fundo de tierra o de un edificio de su propiedad (Ulpiano, L. 1, pr., D., *de vi*, XLIII, 16). Se distinguían la violencia ordinaria, *vis quotidiana*, y la violencia a mano armada, *vis armata*. En caso de *vis armata*, la gravedad del delito exigía una sanción enérgica, siendo, además, restituída siempre la posesión a la víctima de la violencia. Pero en caso de *vis quotidiana*, el demandante no obtenía sentencia favorable nada más que si antes de ser desposeído tenía él mismo una posesión exenta de vicios con relación a su adversario. De lo contrario, el interdicto no se pronunciaba en su favor (1). Bajo Justiniano desapareció esta diferencia, y la posesión se restituía siempre como si hubiese existido violencia a mano armada (I, § 6, *ht.*).

2. El interdicto *de precario* se concedía a la persona que había entregado alguna cosa en precario y quería rehacerse con la posesión (Ulpiano, L. 2, pr., D., *de precar.*, XLIII, 26.—V. n.º 408, 3).

3. El interdicto *de clandestina possessione* sólo se cita en un texto de Ulpiano, L. 7, § 5, D., *com. divid.*, X. 3. Se daba a la persona que había perdido la posesión de un inmueble por habérselo quitado clandestinamente alguna otra persona; pero debió caer en desuso, cuando

810 (1) Gayo, IV, §§ 154 y 155.—Cf. sobre el interdicto *unde vi*: Cicerón, *pro Cecina*, 19, 30, 32.

fué admitido que la posesión de inmuebles se conservaba *animo solo* (V. n.º 169).

III. *De los interdictos «retinendae possessionis».* Había dos: el interdicto *uti possidetio*, para los inmuebles, y el interdicto *utrubi*, para los muebles. Eran interdictos *prohibitorios* sometidos al procedimiento *per spansionem.*

Los interdictos *retinendae possessionis* estaban destinados a poner un término a los conflictos que se suscitaban entre dos personas por la posesión de una cosa. El pretor intervenía para permitir a aquel que posee en condiciones determinadas guardar la posesión e impedir contra él todo acto de violencia por parte del adversario. Por eso la fórmula de estos interdictos contiene las palabras: *vim fieri veto* (Ulpiano, L. 1, pr., D., *uti possid.*, XLIII, 17. L. 1, pr., D., *utrubi*, XLIII, 31).

Encontraba su principal aplicación al principio de un proceso en reivindicación, bajo el procedimiento formulario. En efecto, ya sabemos cuál es la ventaja del papel de demandado; el demandante debe demostrar su derecho de propiedad, y si no puede hacerlo, se queda el demandado con la cosa en litigio. Por estos interdictos, las partes hacían regular en primer lugar la cuestión de la posesión, y el pretor decidía si el actual poseedor debía conservar la posesión haciendo el papel de demandado, o devolverla al adversario, asumiendo el de demandante (2).

En todos los casos, el pretor no concedía nunca la protección de los interdictos *retinendae possessionis* al simple detentador, sino solamente al que poseía con razón *animo et corpore*, que fuera por otra parte de buena o mala fe (V. n.º 165). En cuanto a los principios sobre los cuales se apoyaba su decisión, variaban según que la disputa fuese sobre la posesión de un inmueble o de un mueble.

1. Si se trataba de un *inmueble*, el pretor protegía al *poseedor actual* por el interdicto *uti possidetis*, prohibiendo el menor atentado contra su posesión, aunque, sin embargo, bajo una condición: la de que posea *nec vi, nec clam, nec precario, ab altero* (3). Es necesario también que la posesión no esté tachada de violencia ni de clandestinidad, y que le haya sido concedida a título de precario, lo cual se exigía en primer lugar, no de una manera absoluta, pero sí en las relaciones de las dos partes *alter ab altero*. L. 1, pr., y § 9, D., *uti possid.*, XLIII, 17). Si el poseedor actual no satisfacía esta condición, entonces triunfaba el adversario, obteniendo la posesión; lo que es muy natural, porque estaría en situación de hacerse restituir, con ayuda de uno de los interdictos *recuperandae possessionis*, lo que había dejado de poseer, *vi clam, aut precario* (4).

Si la parte contra la cual había sido pronunciado el interdicto *uti possidetis* contraviniese a la defensa *vim fieri*, y que la organización de un *judicium* hacía necesario, resultaría el procedimiento en extremo

---

(2) Gayo, IV, § 148: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi.* Ad. Ulpiano, L. 1, § 3, D., *uti possid.*, XLIII, 17. Tal era sobre todo la utilidad de estos interdictos en la época clásica. Pero es imposible creer, a pesar de la afirmación de Gayo y de Ulpiano, que fueran creados anteriormente, precisamente para este objeto.

(3) Se ha hecho notar, con razón, que la fórmula del interdicto *uti possidetis*, apuntando precisamente los vicios de posesión que permiten ejercitar los interdictos *recuperandae possessionis*, parecía demostrar, contrariamente a la opinión general, que estos interdictos son anteriores a los interdictos *retinendae possessionis.*

(4) El interdicto *uti possidetis* puede, por tanto, hacer recobrar una posesión perdida. Pero en este papel, los interdictos *recuperandae possessionis* son, por varias causas, más ventajosos: a) Su procedimiento es más sencillo y puede dar lugar a la entrega de una fórmula arbitraria; b) Por el interdicto *uti possidetis* sólo se recobra el fundo; y por el interdicto *unde vi* se obtienen además todos los frutos y accesorios, a contar desde el día de la desposesión (Ulpiano, L. 1, § 31, D., *de vi.*, XLIII, 16).

complicado. No solamente estaba precedida de *sponsiones* ordinarias la entrega de la fórmula, sino también la posesión interina estaba regulada con ayuda de una subasta pública, llamada *fructus licitatio*, que llevaba consigo una nueva *sponsio* para el adjudicatario. La parte que rehusaba proceder a estas formalidades estaba obligada con el pretor, con ayuda de un nuevo interdicto llamado *interdictum secundarium*, que le quitaba la posesión, aunque tuviera sentencia favorable en el interdicto *uti possidetis*.

Cuando el poseedor interino sucumbía en el proceso, se le condenaba a pagar, además del valor de la cosa y de los frutos, la suma apostada *per sponsionem*, y la que había ofrecido con ocasión de la *fructus licitatio* (5).

2. Si se trata de un mueble, el interdicto *utrubi* (6) se daba en virtud de un principio diferente. El pretor asegura la posesión a quien haya poseído sin vicios con relación al adversario, durante la mayor parte del año (Gayo, IV, § 150). Se cuenta el año en el pasado a partir desde la entrega del interdicto. Así, Ticio ha poseído un esclavo durante los cinco últimos meses antes del interdicto, y Mevio durante los seis meses precedentes; es Mevio quien obtiene la posesión. He aquí otro ejemplo:

Ticio poseía un esclavo desde hacía siete meses cuando se pronunció el interdicto; Mevio le poseyó durante los ocho últimos meses precedentes: es Ticio quien triunfa, porque desde los ocho meses de posesión de Mevio sólo se cuentan cinco; los otros tres están fuera del año de doce meses (7).

Cada parte podía, además, añadir a su posesión la de su autor, lo mismo si había adquirido la cosa por sucesión, venta, o por donación (Gayo, IV, § 151). Poco importa que esta posesión fuese de buena o mala fe, con tal de que estuviese exenta de vicios con referencia al adversario (8).

---

(5) Este procedimiento, en los detalles del cual no podemos entrar, fué desarrollado por Gayo en los §§ 166 a 171. La lectura de Studemund llenó algunos huecos del § 170, revelando la existencia de los *interdicta secundaria*.

(6) *Utrubi* se pone por *utrum hic aut ibi*. La fórmula de este interdicto (L. 1, pr., D., *utrubi*, XLIII, 31) no apunta más que el conflicto sobre la posesión de un esclavo. Hay que suponer que fué creada primero para este uso, extendiéndose después para toda clase de muebles.

(7) Gayo, IV, § 152: *Annus autem retrorsus numeratur. Itaque si tu verbi gratia VIII mensibus possideris prioribus, et ego VII posterioribus, ego potior ero quod trium priorum mensium possessio nihil tibi in hoc interdicto prodest, quod alterius anni possessio est.*

(8) En materia de usucapión, la *accessio possessionum* obedece a otros principios.—V. n.° 207.

N. del T.—Interdicto *quorum bonorum*. Toma su nombre de las primeras palabras de su fórmula: *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de is bonis pro haerede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo fecisti ut desineret possidere, id illi restituas.* L. 1, D., *quorum bon...*

Este interdicto podía, pues, tener por efecto, y en esto consistía, sin duda, su utilidad primitiva, poner en posesión de los bienes de la sucesión a una persona que no habría podido ejercitar la *petitio haereditatis*, porque su derecho hereditario no estaba reconocido por el Derecho civil. Mas en la época de la jurisprudencia clásica, las personas llamadas a la sucesión por el Derecho pretorio podían ejercitar una acción llamada *possessoria haereditati petitio*, que era para la *possessio bonorum* lo que la verdadera *haereditatis petitio* era para la sucesión civil (V, 2, D., *de posses. haered.*). Se ha preguntado de qué servía el interdicto *quorum bonorum*, que no constituía más que una declaración de derecho provisional, mientras que la acción *possessoria* se refería al fondo y terminaba siempre del todo el litigio, pudiendo servir, aun después de la creación de esta acción. Se puede contestar que, además de la ventaja indudable de la celeridad, el interdicto autorizaba al *bonorum possessor* a hacerse poner en posesión de todo lo que poseía el difunto, aun de una manera ilícita, mientras que en la *petitio haereditatis possessoria* era preciso probar que el difunto tenía una justa causa de poseer. Es cierto en todos los casos que el interdicto *quorum bonorum* no se daba sino contra los detentadores de cosas corporales, mientras que la acción *possessoria* se aplicaba también a los créditos.

Desde luego, como se expresa en el texto, el interdicto *quorum bonorum* sólo se da a fa-

Justiniano borró la diferencia que separaba a los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, decidiendo que en los dos casos la posesión fuese atribuída al poseedor actual, cuya posesión estaba exenta de vicios, con relación a la otra parte (I, § 4, *in fine*, *de interd.*, IV, 15).

III. *De los interdictos «tam adipiscendae quam recuperandae possessionis»*.—Paulo señalaba estos interdictos en la L. 2, § 3, D., *de interd.*, XLIII, 1, pero sin explicar en qué consistían. Este problema preocupó mucho a nuestros antiguos comentaristas, creyendo Cujas que era una alteración del texto (Cf. *Observ.* IV, 11). Se resolvió en el año 1835, por el descubrimiento del fragmento atribuído a Ulpiano, y conocido bajo el nombre de *fragmentum vindobonense* (V. n.º 58, 1, 2). El capítulo IV de este fragmento cita dos interdictos de este género; los interdictos *quem fundum* y *quam hereditatem* indicaban su objeto. Se refieren a una particularidad del procedimiento.

---

vor del que es llamado a la sucesión por el Derecho pretorio contra el que detiene las cosas hereditarias, *pro herede* o *pro possessore*. Si el detentador poseyese por otro título, por ejemplo, *pro donato* o *pro empto*, no habría lugar al interdicto *quorum bonorum*, que supone un conflicto sobre la calidad de heredero, y que tiene por efecto dar en este conflicto la posesión provisional, y, por consiguiente, el papel de demandado al peticionario, al que es llamado a la sucesión por el Derecho pretorio.

Por último, si alguno, después de haber tenido la posesión de la cosa hereditaria, venía a perderla, el interdicto *quorum bonorum* era inútil para él. Pero podía recurrir a otro interdicto, por ejemplo, el *unde vi*, de que más adelante se habla.

N. del T.—Interdicto *salviano*.—Resulta que, si bien la ley 1, c. 8, 9, parece decir lo contrario, el interdicto *salviano* se daba, no sólo contra el mismo arrendatario, sino también contra los terceros detentadores (Theoph. *hic.*, y L. 1, c. 43, 33). El interdicto *salviano* concurría con el mismo fin que la acción serviana, pero por vías diferentes. Este interdicto, que no era más, como los interdictos en general, que una declaración de derecho provisional, daba al que lo obtenía la ventaja de utilizar el papel de demandado en la acción que otro acreedor hipotecario podía intentar para hacerse reconocer un derecho de prenda anterior.

Por lo demás, no parece que hubiese habido un interdicto *cuasi salviano*, como hubo una acción *cuasi serviana*. Nada autoriza a creer que el interdicto *salviano* se haya aplicado a otros acreedores hipotecarios que al dueño de un fundo rústico.

N. del T.—Interdicto *unde vi*.—He aquí la fórmula del mismo: *Unde tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit: de eo quoque ille tunc tibi habuit, tantummodo intra annum post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo.* L. I, D., *de vi*. Se ve por este texto que el interdicto *recuperandae possessionis* no podía servir más que en el año del desposeimiento, así como el interdicto *retinendae possessionis* no se daba sino en el año del *tumulto* (*L. 1, D., uti possid.*).

La violencia, que hace perder la posesión puede ser física, lo mismo que moral, como la amenaza de peligros graves y próximos.

Ya indica el autor que el interdicto *unde vi* queda limitado a los inmuebles. La Const. 7, Cod. *unde vi*, 8, 4, citada por algunos para probar que este interdicto se aplica también a las cosas muebles, contiene solamente la prohibición de hacerse justicia por sí mismo. Para recobrar la posesión de cosas muebles servía en el Derecho antiguo el interdicto *utrubi*. En el Derecho justinianeo existen otros medios legales.

N. del T.—Interdicto *de precario*.—Sirve, como el texto indica, para que el cedente pueda exigir la cosa, si el cesonario rehusa restituirla: el cedente tiene esta acción en apoyo de su anterior posesión, sin necesidad de fundarse, como podía hacerlo, en la relación contractual mediada entre él y el precarista (Ulpiano, fr., 2, *de precario*, 43, 26). En el Derecho antiguo no hacía del precario acción contractual, y precisamente por esto se introdujo el interdicto *de precario*. En el Derecho clásico, el *precarium* es considerado también como relación obligatoria.

N. del T.—Interdicto *de clandestina possessione*.—Producía, respecto de las usurpaciones clandestinas de inmuebles, los mismos efectos que el interdicto *unde vi*, en el caso de expulsión violenta. Tiene razón el autor al afirmar que cayó en desuso, puesto que, una vez establecido el principio de que la posesión de un inmueble no se pierde sin conocimiento del poseedor, tal interdicto resultaba en absoluto superfluo.

N. del T.—Interdictos *retinendae possessionis*.—Se conceden al poseedor cuya posesión se perturba, lo cual tiene lugar cuando la voluntad de un tercero se opone a la voluntad del poseedor, sea que el tercero ejercite él mismo el poder sobre la cosa (si uno abre una zanja en un fundo que yo poseo, o siembra en éste, o edifica sobre él, o echa sobre el mismo el lodo de su camino, o pasa por el fundo, etc.), sea que impida al poseedor ejercitar el suyo (si uno me impide edificar sobre el fundo que poseo, o repararlo, o disponer de las plantas que crecen en el mismo, etc.). De estas perturbaciones nace en el poseedor el derecho de pedir la cesación de las mismas, o sea la conservación de la posesión, y la reparación de los daños sufridos a consecuencia de la lesión ya realizada. En el antiguo Derecho Romano no se podía reclamar la reparación del daño sino en virtud de perturbaciones ocurridas

El demandado en la acción *in rem* debe suministrar la caución *judicatum solvi*. Si la rehusa, y el demandante ofrece darla, el pretor, por medio de estos interdictos, ordena al demandado restituir la posesión al demandante. De manera que los papeles quedan invertidos, y el demandante puede así adquirir una posesión que jamás ha tenido, o bien recobrar una posesión perdida. El interdicto era llamado *quem fundum*, en caso de *rei vindicatio; quam hereditatem*, en la petición de herencia, y *quem usufructum*, si se trataba de la acción confesoria en reclamación de un usufructo (Fr. Vat., § 92).

---

después del pronunciamiento del interdicto (Ulpiano, fr., 3, §§ 9 y 11, *uti possidetis*, 43, 17).

Los interdictos *retinendae possessionis* sirven, la mayoría de las veces, de introducción preliminar al juicio petitorio, es decir, sobre la propiedad. Esta función preparatoria es de tal importancia, que en el cuerpo del Derecho civil justinianeo se habla exclusivamente de ella (Inst., § 4, *de int.*, 4, 15, y fr. 1, §§ 2 y 3, *uti poss.*, 43, 17, ya citado), lo que indujo a algunos autores a no considerar los interdictos *retinendae possessionis* más que desde este solo punto de vista. La teoría dominante considera esta función de los interdictos *retinendae possessionis*, especialmente del *uti possidetis*, como la primitiva y fundamental. Sin embargo, no sólo eran útiles como preliminares de la contienda sobre el derecho de propiedad, sino que podían también servir para obtener la protección contra una perturbación o amenaza de perturbación de posesión que, sin implicar una pretensión a la propiedad por parte del que lo había causado, atentaba a la posesión.

N. del T.—Interdicto *uti possidetis*.—Otorgado al contendiente que, en el momento del interdicto, tiene una posesión no viciosa respecto *ab adversario*, poco importa que dicha posesión sea viciosa respecto de otro. Así no se me rechazaría un interdicto contra Ticio porque hubiese quitado la posesión con violencia a Mevio. Este principio está conforme con la regla de que no se puede excepcionar por el derecho de un tercero.

La posesión precaria de los romanos era bien diferente de la posesión a título precario de las leyes modernas. El *praecarium* es una convención por la cual, a ruegos de una persona, se le concede la posesión de una cosa, a condición de revocar de buen grado esta concesión. Esta convención, que acompañaba con frecuencia a ciertos contratos, como la venta, en el caso en que, no habiendo sido pagado el precio, la cosa no se entregaba al comprador más que como un simple precario, hasta que se hubiera hecho el pago, fué sancionada por el Derecho pretorio mediante el interdicto *de precario*, dado al dueño que viene a tomar de nuevo la posesión de la cosa. Hay que notar que el que retenía la cosa en virtud del *praecarium* era, relativamente a los terceros, un verdadero poseedor, y obtenía contra ellos, en caso de perturbación por su parte, el interdicto *uti possidetis*. En esto difería del comodatario, que, no siendo más que un simple detentador relativamente a los terceros, estaba obligado, en caso de perturbación, a llamar en su ayuda al propietario, en nombre del cual detenía (L. 4, § 1, y 1, 17, D., *de precario*). Hoy se dice que todos los que no poseen a título de propietario, por ejemplo, el usufructuario, el arrendatario, poseen a título precario.

El interdicto *quorum bonorum*, y en general los *adipiscendae possessionis*, se fundan en el derecho a la posesión *(jus possessionis)*; es preciso para obtenerlos probar que se tiene el derecho de poseer. El interdicto *uti possidetis*, y en general los *retinendae* o *recuperandae possessionis*, se fundan en el hecho mismo de la posesión; basta para obtenerlos probar que se poseía, con tal, por otra parte, que la posesión tuviese los caracteres que se requerían: y que así, cuando se tratase de conservar una posesión, no hubiera sido violenta, ni clandestina, ni precaria, respecto del que la combate.

N. del T.—Interdicto *utrubi*.—Este interdicto decía: *utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus in eum ducat, vim fieri veto*. Gayo, IV, 160. ¿Cómo se podía considerar el interdicto *utrubi* como un interdicto *retinendae possessionis*, cuando aquel a quien se concedía no estaba en posesión en el momento del litigio? Probablemente porque el que había poseído durante la mayor parte del año era considerado, por una ficción legal, como poseedor aun después de haber perdido la posesión por actos de violencia contra los cuales reclamaba (V. Themis, tit. V, pág. 359).

N. del T.—Interdictos *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*. El *fragmentum vindobonense*, de que el autor habla, ha hecho conocer los dos interdictos dobles que se mencionan en el texto: *qualia sunt interdicta quem fundum et quam haereditatem; nam si fundum vel haereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi: deinde amissi possessionem*. Para entender este fragmento, es preciso recordar que en la acción real, el demandado estaba obligado, para conservar la posesión y el carácter de demandado, a dar caución para la restitución de la cosa y de sus accesorios en el caso de que perdiera el pleito *(praedes litis et vindiciarum, o la cautio judicatum solvi)*. Si rehusaba darla *(si lis non defendatur)*, el pretor transfería la posesión y con ella el papel de demandado al demandante por los interdictos llamados *quem fundum*, si se trataba de un fundo reivindicado; *quam haereditatem* si se trataba de una petición de herencia, y *quem usufructum (Fr. Vat.*, § 92) si se trataba de un usufructo. Mediante estos interdictos, el demandante adquiría, pues, por la primera vez, la posesión, si no la había tenido nunca; la recobraba si había poseído anteriormente la cosa litigiosa. Estos interdictos habían caído en desuso con las formas del procedimiento de donde se derivaban; por eso no habla de ellos Justiniano.

Capítulo VI.—De la "in integrum restitutio".

811.—Cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de un principio de Derecho civil, y este resultado era contrario a la equidad, podía dirigirse al pretor, solicitando de él la *in integrum restitutio*. Se llamaba así la decisión en virtud de la cual el pretor, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruía los efectos poniendo las cosas en el estado en que estaban antes (1).

La *in integrum restitutio* se desarrolló bajo el procedimiento formulario, lo mismo que los interdictos, no encontrándose ningún trazo cierto bajo las acciones de la ley. Siendo una emanación del *imperium*, sólo podía ser pronunciada por los magistrados superiores que estaban de él investidos; tales como los pretores en Roma, los gobernadores en provincias, y más tarde el prefecto de la ciudad, el prefecto del pretorio, y el emperador (L. 16, § 5; L. 17; L. 18, D., *de min.*, IV, 4. L. 26, § 1, D., *ad munip.*, L. 1).

Sólo se podía pedir la *in integrum restitutio* durante un año útil, a partir del momento en que fué posible solicitarla. Justiniano llevó este término hasta cuatro años continuos (V. n.º 126, nota 3). El magistrado estatuía él mismo, *extra ordinem*, no dando lugar en Derecho a la demanda más que después de examen, *causa cognita*, y después también de asegurarse que el asunto reunía todas las condiciones exigidas (2).

La concesión de la *in integrum restitutio* tenía algunas consecuencias que variaban según la naturaleza del acto anulado. Si era una adición de herencia, el heredero quedaba extraño a la sucesión; cuando era una traslación de propiedad, el enajenante era considerado como no habiendo cesado de ser propietario, y si se trataba de una obligación contraída, el deudor estaba libre.

En los casos en que la *in integrum restitutio* tenía por efecto restablecer en beneficio del demandante un derecho que había perdido, el pretor le daba la acción en que estaba la sanción. Por regla general, la acción cuyo ejercicio se hacía posible después de la rescisión del acto, que la había extinguido primero, se llamaba *rescissoria* o *restitutoria* (Ulpiano, L. 28, §§ 5 y 6, D., *ex quib. caus.*, 6).

812.—Ya se comprende que un procedimiento que tenía por objeto anular un acto civilmente válido no podía ser más que una vía excepcional. El magistrado no permitía recurrir a él nada más que en condiciones determinadas: 1.ª Era necesario que el acto atacado hubiese causado o fuese susceptible de causar una lesión de cierta gravedad (Callistrato, L. 4, D., *de in int.* IV, 1). 2.ª Era preciso que el demandante no tuviese a su disposición, para evitar el perjuicio, o hacerse in-

---

811. (1) Paulo, S. I, 7, § 1: *Integri restitutio et retigrandae rei vel causae actio.*

(2) Modestino, L. 3, D., *de in int.*, IV, 1: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilet ut justitiam aerum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.*

N. del T.—Desde luego, no puede desconocerse que la *restitutio in integrum* era una vía o remedio legal de origen pretorio. Por ella, el pretor operaba el restablecimiento de un estado anterior de derecho, motivado en consideraciones de equidad; el magistrado tenía por no ocurridos determinados hechos o actos jurídicos, a los cuales el derecho estricto atribuía ciertas consecuencias, y ponía a las partes en la misma situación en que se hubieran encontrado, de no haber ocurrido aquellos hechos o actos.

N. del T.—La restitución podía obtenerse por vía de acción y por vía de excepción. En el primer caso, era preciso que se pidiese en un plazo, que se extendió a cuatro años por Justiniano (L. 7, c. *de temp.*). Para obtenerla por vía de excepción, el plazo era ilimitado.

N. del T.—La *restitutio in integrum*, volviendo a colocar a las partes en el estado en que estaban antes del acto que había producido la lesión, destruía todas las consecuencias de este acto. Si, por ejemplo, la cosa vendida había sido entregada, debía ser restituída con los frutos que hubiese producido. Por el contrario, el precio pagado debía ser devuelto con los intereses (L. 24, 27, § 1, D., *de minor.*).

demnizar, ningún otro recurso, ni civil ni pretoriano (Ulpiano, L. 16, pr., D., *de min.*, IV, 4). En fin, hacía falta que el magistrado encontrase en los hechos que le estaban sometidos una causa particular que legitimase su decisión.

Estas causas, por las cuales concedía el pretor la *in integrum restitutio*, terminaron por ser precisadas y publicadas en el edicto. Los textos de la época clásica enumeran seis: la *violencia*, el *dolo*, la *capitis deminutio*, el *error* excusable, la *ausencia* necesaria y la *minoridad* (1). Esta última causa ya la hemos estudiado (V. n.º 126). Así que sólo hablaremos de las causas por las cuales la *in integrum restitutio* se concedía aun a los mayores.

1. *Violencia* y *dolo*.—Ya sabemos que el pretor concedía una acción y una excepción a las víctimas de violencia y de dolo (V. n.º 280, 1 y 2). Les ofrecía también el recurso de la *in integrum restitutio*. Este recurso excepcional, sin duda, no se debió conceder hasta después de la creación de las acciones *metus causa* y *de dolo* (2). Es un remedio casi siempre más eficaz que se añadió a las acciones, sin hacer desaparecer su utilidad.

En efecto, por una parte, la *in integrum restitutio* procuraba generalmente a la parte lesionada una reparación más completa. Por ejemplo, una persona ha transferido la propiedad de una cosa, bajo el imperio del dolo del adquirente, que la enajenó en seguida; la acción *de dolo* ejercitada contra él no puede hacer obtener al demandante nada más que una indemnización, sufriendo, en caso de insolvencia del demandado, el concurso de otros acreedores; mientras que la *in integrum restitutio* le devolvía la propiedad perdida y la *rei vindicatio*, que era la sanción.

Ocurría igual si por medio del dolo o violencia de un insolvente se había repudiado una sucesión ventajosa, pues sólo la *in integrum restitutio*, que rescinde la repudiación y permite al heredero hacer adición, es susceptible de establecer suficiente reparación. Además, las acciones *metus causa* y *de dolo* podían, por sí solas, satisfacer al demandante, cuando el perjuicio resultante de la violencia o del dolo era de naturaleza tal que hacía completamente imposible restablecer las cosas en su estado primitivo (Paulo, L. 18, § 1, D., *de dolo*, IV, 3).

En todos los casos, pertenecía al magistrado que estatuía *causa cognita*, acordar a la parte lesionada la *in integrum restitutio*, o bien la acción (V. n.º 788, 2, c).

2. *Capitis deminutio*. (Véanse núms. 314, 2; 700, 2 y 702). Cuando un deudor había sufrido *capitis deminutio minima*, la *in integrum restitutio* corregía el rigor del Derecho civil que declaraba sus deudas extinguidas. El pretor permitía a los acreedores perseguirle como si no hubiese habido cambio alguno en su estado, y la fórmula de las acciones que ejercitaban contra el *capite minutus* descansaba sobre esta ficción (Gayo, IV § 38). Este favor, sin embargo, no se limitaba al plazo ordinario de un año, y el pretor le concedía sin examen (Ulpiano, L. 2, §§ 1 y 5, D., *de cap. min.*, IV, 5). En caso de *capitis deminutio maxima* o *media*, la *in integrum restitutio* no se concedía; el pretor solamente permitía a los acreedores obrar contra aquellos que habían recogido el patrimonio del *capite minutus* (L. 2, pr. L. 2, §§ 2 y 3, D., *eod.*).

---

812. (1) Paulo, S., I, 7, § 2: *Integri restitutionem praetor tribuit ex his, quae per metum, dolum et status permutationem, et justum errorem et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur.*—Ad. Ulpiano, L. 1 y L. 2, D., *de in int.*, IV, 1.

(2) Este punto está en controversia; pero la anterioridad de la acción resulta más que nada del pasaje de Cicerón (*De offic.*, III, 14), donde afirma que antes de la creación de la acción *de dolo* por Aquilio Galo, aquel que había contraído, bajo el imperio del dolo, una obligación de derecho estricto, no tenía recurso legal; por tanto, no podía obtener la *in integrum restitutio*.

3. *Error excusable.*—En un principio, el error no suministraba por él mismo una causa suficiente de *in integrum restitutio* en beneficio de un mayor. Los textos sólo indican su aplicación en materia de procedimiento en las hipotecas especiales, donde se trate de un error excusable, *justus error*. Por eso la *in integrum restitutio* se concedía: a) Al demandado que había omitido hacer insertar en la fórmula una excepción perentoria (Gayo. IV, § 125), con tal de que la sentencia no hubiese sido pronunciada todavía (L. 2, C., *sent. resc.* VIII, 50); b) Al demandante que había cometido una *plus petitio* en la *intentio* de la fórmula, pero, en casos excepcionales, donde el error, por así decirlo, hubiese sido inevitable (I, § 33, *de act.*, IV, 6); c) Al demandado, cuando había exageración en la *condemnatio* de la fórmula (Gayo, IV, § 50).

4. *Ausencia necesaria.*—Podía ocurrir que alguna persona, por consecuencia de una ausencia necesaria, como la que resulta de la cautividad o del ejercicio de un cargo público, fuese privada de ciertos derechos por no haber podido hacerlos valer en tiempo útil. El mismo peligro era de temer en casos de ausencia de un tercero, contra el cual no había sido posible obrar.

En estos casos y en todos los demás donde alguna circunstancia análoga produjera los mismos inconvenientes que la ausencia, el pretor acordaba la *in integrum restitutio* a la parte lesionada (L. 1, § 1, D., *ex quib. caus.*, VI, 6). Veamos un ejemplo: Ticio, en vías de usucapir una cosa perteneciente a Mevio, cae en cautividad. Mevio no puede ejercitar la *rei vindicatio* contra el ausente ni impedir la usucapión, que se realiza (3). El pretor viene en su auxilio, y durante el año que sigue al regreso del cautivo permite a Mevio obtener la *in integrum restitutio*. Desde entonces queda rescindida la usucapión; Mevio recobra la propiedad que había perdido, y, como todo propietario, puede ejercitar contra el poseedor, bien la *rei vindicatio* (I, § 5, *de act.*, IV, 6), o bien la acción publiciana, si así lo prefiere (4).

Según ciertos autores, el pretor daba aquí una acción especial, que llaman *publiciana rescisoria* o acción *contraria a la publiciana*. La fórmula de esta acción descansaba sobre una ficción contraria a la de la publiciana ordinaria, a saber: que una usucapión terminada no se había cumplido. Pero no hay razón plausible que justifique esta opinión. La acción publiciana, nombrada por algunos textos, no es aquí otra que la publiciana ordinaria; pues, una vez rescindida la usucapión, el demandante puede como propietario ejercitar a su elección la *rei vindicatio* o la acción publiciana (V. n.º 778, *in fine*).

---

(3) Hay que suponer que la posesión es continua en beneficio del ausente, por un hijo colocado bajo su potestad, y que tiene la cosa en su peculio (L. 23, § 3, D., *ex quib. caus.*, IV, 6).

(4) Cf. Papiniano, L. 57, D., *mand.*, XVII, 1, Paul., L. 35, pr., D., *de oblig.*, XLIV, 7.

N. del T.—La restitución por entero era, en efecto (L. 16, D., de *minor.*), un medio *extremo* inventado por los pretores para suplir el Derecho civil o para evitar sus rigores; era un *extraordinarium auxilium*.

N. del T.—La menor edad, como causa de restitución, no es tratada en este lugar por el autor, quien se remite a la doctrina expuesta en el número 126 de la obra. Ténganse en cuenta las disposiciones del plebiscito del siglo VI de Roma, la ley *Praetoria de circumscriptione adolescentium*, y las disposiciones contenidas en el fr., 9, §§ 2 y 5, *de minoribus*, IV, 4; y Constitución 1, 4, *si minor se majorem dixerit*, II, 43, sobre la pérdida por el menor de todo derecho a la restitución, cuando por su parte concurriera alguna inmoralidad en el acto, especialmente si al celebrarlo se hubiese hecho pasar dolosamente por mayor de edad. La Constitución I, C., *si adv. del.*, II, 34, establece el mismo principio en términos generales. El orden mismo de los conceptos demuestra que en esta Constitución se requiere contraponer el dolo a la culpa. Savigny, en su Sistema (VIII, par. 321). lee *sed extra venit* en vez de *ex contractu*. Se cree justa la versión *ex contractu*, cuya expresión puede significar por negligencia.

N. del T.—En los casos de violencia y dolo, véanse Paulo, fr., 21, § 5, *quod metus causa*, IV, 2: y Papiniano, fr., 85, *de adquir. vel omitt. hereditate*: XXIX, t.

ÍNDICE

INTRODUCCION — Págs.

§ 1. Del Derecho en general ... 15
§ 2. Del Derecho Romano. Su utilidad ... 17
§ 3. Noción, divisiones y fuentes del Derecho, según los jurisconsultos romanos ... 18
§ 3 bis. Derecho subjetivo ... 23
§ 4. Formación y desarrollo del Derecho Romano ... 27

PRIMER PERIODO

DE LA FUNDACIÓN DE ROMA HASTA LA LEY DE LAS XII TABLAS

I. *Estado social bajo los primeros reyes. Los comicios por curias* ... 28
II. *Reformas de Servio Tulio. Los comicios por centurias* ... 32
III. *La República. Los tribunos. Los «concilia plebis». Los comicios por tribus* ... 34
IV. *Estado del Derecho antes de la ley de las XII tablas* ... 35
V. *La ley de las XII tablas* ... 37

SEGUNDO PERIODO

DE LA LEY DE LAS XII TABLAS AL FIN DE LA REPÚBLICA

I. *Progreso de los plebeyos. Fusión de los dos órdenes* ... 39
II. *Desarrollo del Derecho. Leyes. Plebiscitos. Costumbre. «Interpretatio de los pontífices y jurisconsultos. Edictos de los magistrados* ... 41

TERCER PERIODO

DEL ADVENIMIENTO DEL IMPERIO A LA MUERTE DE ALEJANDRO SEVERO

I. *Advenimiento del Imperio. «Lex Regia»* ... 47
II. *Fuentes nuevas y progreso del Derecho privado. Senadoconsultos. Constituciones imperiales. Edicto perpetuo. «Responsa prudentium»* ... 47

CUARTO PERIODO

DE LA MUERTE DE ALEJANDRO SEVERO A LA MUERTE DE JUSTINIANO

I. *Decadencia del Derecho. Ley de Citas* ... 55
II. *Trabajos de codificación anteriores a Justiniano* ... 57
III. *Leyes romanas de los bárbaros* ... 58
IV. *Trabajos legislativos de Justiniano* ... 60
§ 5. Del destino del Derecho Romano en Oriente y Occidente ... 64
§ 6. Estado actual de las fuentes del Derecho Romano ... 68
I. *Derecho anterior a Justiniano* ... 69
II. *Legislación de Justiniano* ... 72
III. *Derecho posterior a Justiniano* ... 73
§ 7. Objeto del derecho privado. Plan del tratado ... 73

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

Noticias generales.—Divisiones.

PRIMERA DIVISIÓN: ESCLAVOS Y LIBRES — Págs.

Capítulo I. De los esclavos ... 76
§ 1. Generalidades ... 76
§ 2. Causas de la esclavitud ... 77
§ 3. De la condición de los esclavos ... 78
Capítulo II. De las personas libres ... 81
Sección I. De los ciudadanos y no ciudadanos ... 81
§ 1. De los ciudadanos ... 81
§ 2. De los no ciudadanos ... 82
§ 3. De la adquisición y pérdida del derecho de ciudadanía ... 84
§ 4. Concesión del derecho de ciudadanía a todos los individuos del Imperio ... 85
Sección II. Ingenuos y libertinos ... 86
§ 1. De los ingenuos ... 86
§ 2. De los libertinos ... 86
I. *Cómo se adquiere la libertad* ... 87
II. *De la condición de los manumitidos* ... 90
III. *Ultimo estado del Derecho* ... 93
Apéndice. Del colonato ... 93

SEGUNDA DIVISIÓN: PERSONAS «ALIENI JURIS» Y «SUI JURIS»

§ 1. Generalidades ... 95
§ 2. De la familia y del parentesco: cognación, agnación. De la *gens* y de los derechos de gentilidad ... 95
Capítulo I. De las personas *alieni juris* ... 100
Sección I. De la potestad paterna ... 100
§ 1. Caracteres de la potestad paterna ... 100
§ 3. Fuentes de la potestad paterna ... 103
I. *De «justae nuptiae»* ... 103
Apéndice. Otras uniones lícitas ... 110
II. *De la adopción* ... 113
III. *De la legitimación* ... 117
§ 3. Disolución de la autoridad paterna ... 119
Sección II. Potestades caídas en desuso bajo Justiniano ... 121
§ 1. De la *manus* ... 121
§ 2. Del *mancipium* ... 123
Capítulo II. De las personas *sui juris* ... 124
Generalidades ... 124
Sección I. De la tutela ... 125
§ 1. De la tutela de los impúberos ... 125
I. *Generalidades* ... 125
II. *De la designación del tutor* ... 126
a) *Derecho común* ... 127
b) *Hipótesis especiales* ... 129
III. *De las funciones del tutor* ... 130
I. *Formalidades impuestas al tutor antes de entrar en funciones* ... 130
II. *«Auctoritas» y «gestio» del tutor* ... 131
III. *Aplicaciones de la «auctoritas» y de la «gestio»* ... 133
IV. *Restricciones a los poderes del tutor* ... 135
V. *Consecuencias de la pluralidad de tutores* ... 136
VI. *Del fin de la tutela. De la obligación de rendir cuentas y de las garantías del pupilo* ... 137
§ 2. De la tutela perpetua de las mujeres púberas ... 140
Sección II. De la curatela ... 142
§ 1. Generalidades ... 142
§ 2. De la curatela de los *furiosi* ... 143
§ 3. De la curatela de los pródigos ... 144
§ 4. De la curatela de los menores de veinticinco años ... 145
§ 5. De la curatela de los pupilos ... 149
§ 6. Reglas comunes a las diferentes curatelas ... 150
Apéndice I. De la *capitis deminutio* ... 150
Apéndice II. De la infamia ... 153
Apéndice II. bis ... 154
Apéndice III. De las personas morales ... 163

LIBRO SEGUNDO

DE LAS COSAS

Generalidades: Cosas fuera del patrimonio y cosas en el patrimonio de los particulares. Págs.

§ 1. De las cosas *divini juris* y de las cosas *humani juris* ... 166
§ 2. De las cosas *mancipi* y de las cosas *nec mancipi* ... 169
§ 3. De las cosas corporales y de las cosas incorporales ... 170
I. *Cosas corporales* ... 170
II. *Cosas incorporales* ... 171
De los derechos reales y de los derechos de crédito ... 171

PARTE GENERAL

EL DERECHO EN SU ASPECTO SUBJETIVO.—NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS

Generalidades ... 173
Capítulo I. Hechos y negocios jurídicos ... 174
II. Forma interna de los negocios jurídicos ... 182
III. Forma externa de los negocios jurídicos ... 198
IV. Elementos o cláusulas accidentales del negocio jurídico ... 201
V. Interpretación del negocio jurídico ... 211
VI. Invalidez, conversión y convalidación del negocio jurídico ... 213
VII. Ejercicio y protección de los derechos nacidos de los negocios jurídicos. 217
VIII. Extinción de los derechos nacidos de los negocios jurídicos ... 225

PRIMERA PARTE.—DE LOS DERECHOS REALES

Generalidades ... 229
Capítulo I. De la propiedad ... 229
§ 1. Nociones generales ... 229
I. *Elementos y caracteres del derecho de propiedad* ... 229
II. *Organización de la propiedad romana* ... 231
III. *Origen y desarrollo de la propiedad inmueble* ... 233
IV. *Extinción de la propiedad. Transferencia de la propiedad «ad tempus»*. 236
§ 2. De la posesión ... 238
§ 3. De la adquisición de la propiedad. Divisiones de los modos de adquirir ... 244
§ 4. De los modos de adquisición del derecho natural ... 245
I. *De la ocupación* ... 245
II. *De la tradición* ... 247
III. *Otros casos de adquisición según el derecho natural* ... 251
I. *Adquisición resultante de la accesión* ... 252
II. *Adquisiciones resultantes para los propietarios ribereños de la vecindad de un curso de agua* ... 256
III. *De la especificación* ... 257
IV. *De la confusión y de la mezcla* ... 258
V. *De la adquisición de los frutos* ... 259
§ 5. De los modos de adquisición del Derecho civil ... 262
I. *De la «mancipatio»* ... 262
II. *De la «in jure cessio»* ... 264
III. *De la usucapión* ... 265
a) *De la usucapión en el Derecho clásico* ... 266
b) *De la «proescriptio longi temporis»* ... 272
c) *De la usucapión en el Derecho de Justiniano* ... 274
IV. *De la «adjudicatio»* ... 276
V. *De la «lex»* ... 276
Capítulo II. De las servidumbres ... 277
§ 1. Noción y principios comunes ... 277
§ 2. De las servidumbres reales o prediales ... 278
§ 3. De las servidumbres personales ... 286
I. *Del usufructo* ... 287
Del cuasi-usufructo ... 292
II. *De las otras servidumbres personales* ... 293

Págs.

Capítulo III. De los derechos reales pretorianos ... 294
§ 1. De la superficie ... 294
§ 2. *Del «jus in agro vectigali» y de la enfiteusis* ... 295
§ 3. De la hipoteca ... 296
Capítulo IV. Del poder de enajenar y de adquirir ... 305
§ 1. Del poder de enajenar ... 306
§ 2. Por quién se adquiere ... 307
I. *De la adquisición por los esclavos* ... 307
II. *De la adquisición por los hijos de familia. Teoría de los peculios* ... 308
III. *De la regla «nihi per extraneam personam adquiri posse»* ... 310

SEGUNDA PARTE.—DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO U OBLIGACIONES

Generalidades ... 313
I. *Definición y elementos de la obligación* ... 313
II. *Divisiones de las obligaciones* ... 315
III. *Fuentes y desenvolvimiento de las obligaciones* ... 315
Capítulo I. De las obligaciones nacidas de los contratos ... 317
§ 1. Noción y desarrollo de los contratos ... 317
§ 2. De las principales divisiones de los contratos ... 323
§ 3. De los elementos generales de los contratos ... 325
I. *Del consentimiento* ... 325
II. *De la capacidad de las partes* ... 328
III. *Del objeto* ... 330
§ 4. De la causa en las obligaciones contractuales ... 332
Sección I. De los contratos formados *verbis* ... 333
§ 1. Generalidades ... 333
§ 2. De la estipulación ... 334
I. *Principios generales de la estipulación* ... 334
II. *De las modalidades de la estipulación* ... 337
III. *De las promesas y de las estipulaciones por otro* ... 345
IV. *De la correalidad* ... 347
V. *De las estipulaciones y de las promesas accesorias* ... 355
A) Del *adstipulator* ... 355
B) De los *adpromisores* ... 356
a) *Generalidades* ... 356
b) *De los «esponsores» y de los «fidepromissores»* ... 358
c) *De los fiadores* ... 360
Apéndice. *Del senadoconsulto Veleyano* ... 365
VI. *De las estipulaciones pretorianas, judiciales y comunes* ... 368
§ 2. De los demás contratos *verbis* ... 371
Sección II. Del contrato formado *litteris* ... 371
I. *De los «nomina transcriptitia»* ... 372
II. *De los «chirographa» y de los «syngraphae»* ... 374
III. *De la excepción «non numeratae pecuniae»* ... 375
IV. *Del contrato «litteris» bajo Justiniano* ... 376
Seccion III. De los contratos formados *re* ... 376
§ 1. Generalidades ... 376
§ 2. Del *mutuum* ... 377
De la tasa del interés ... 381
§ 3. De los demás contratos formados *re* ... 382
I. *Reglas comunes* ... 382
II. *Del «comodato»* ... 383
III. *Del depósito* ... 385
IV. *Del «pignus» o contrato de prenda* ... 386
Sección IV. De los contratos consensuales ... 388
§ 1. Generalidades ... 388
§ 2. De la venta ... 389
§ 3. Del arrendamiento ... 401
I. *Del arrendamiento de cosas* ... 401
II. *Del arrendamiento de servicios* ... 404
III. *De la enfiteusis* ... 405
§ 4. De la sociedad ... 405
§ 5. Del mandato ... 412
I. *Formación y caracteres del mandato* ... 413
II. *Efectos del mandato* ... 414
III. *De las relaciones del mandante y del mandatario con los terceros* ... 415
IV. *De la extinción del mandato* ... 417
V. *Del «mandatum credendae pecuniae»* ... 417
Sección V. De las demás convenciones sancionadas ... 419
§ 1. De las convenciones sancionadas por el Derecho civil ... 419
I. *De los «pacta adjecta»* ... 419

Págs.

II. *De los contratos innominados* ... 421
§ 2. De las convenciones sancionadas por el Derecho pretoriano ... 427
I. *Del pacto de «constituto»* ... 427
II. *Del juramento* ... 430
§ 3. De las convenciones sancionadas por las Constituciones imperiales ... 431
I. *De las donaciones entre vivos* ... 431
Apéndice I. *De las donaciones «mortis causa»* ... 436
Apéndice II. *De las donaciones entre cónyuges* ... 438
II. *De la dote* ... 440
I. *Noción y desarrollo histórico de la dote* ... 440
II. *De la constitución de la dote* ... 441
III. *Derechos del marido sobre la dote durante el matrimonio* ... 442
IV. *Restitución de la dote* ... 443
Apéndice. *De la donación «propter nuptias»* ... 446
Capítulo II. De las obligaciones nacidas *quasi ex contractu* ... 447
§ 1. De la gestión de negocios ... 447
§ 2. De la tutela y de la curatela ... 449
§ 3. De la indivisión ... 449
§ 4. De la adquisición de una herencia ... 450
§ 5. Del pago de lo indebido ... 451
§ 6. De otras obligaciones nacidas *quasi ex contractu* ... 453
Capítulo III. De las obligaciones nacidas *ex delicto* ... 454
§ 1. Generalidades. Desarrollo histórico de los delitos ... 454
Caracteres de la obligación *ex delicto*. Principales delitos *privados* ... 454
§ 2. Del *furtum* o hurto ... 456
§ 3. Del daño causado injustamente ... 460
§ 4. Del robo y del daño con violencia ... 463
§ 5. De la injuria ... 164
Capítulo IV. De las obligaciones nacidas *quasi ex delicto* ... 465
Capítulo V. Del efecto y de la inejecución de las obligaciones ... 466
§ 1. De la inejecución de las obligaciones. Teoría de la falta ... 467
§ 2. Del retraso de la ejecución de las obligaciones. Teoría de la demora ... 471
§ 3. De los daños e intereses y de la *stipulatio poenae* ... 474
Capítulo VI. De la adquisición y de la cesión de las obligaciones ... 476
§ 1. Por quién se hace uno acreedor ... 476
§ 2. Por quién se hace uno deudor ... 478
I. *De los contratos hechos por las personas «alieni juris»* ... 478
Del senadoconsulto Macedoniano ... 481
II. *De los delitos cometidos por las personas «alieni juris». De las acciones «noxales»* ... 482
§ 3. De la cesión de los créditos ... 484
Capítulo VII. De la extinción de las obligaciones ... 487
§ 1. Generalidades ... 487
§ 2. De las causas que extinguen la obligación *ipso jure* ... 490
I. *Del pago* ... 490
Divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones ... 492
II. *De la novación* ... 493
III. *De la «aceptilación»* ... 497
De la estipulación aquiliana ... 499
IV. *Del mutuo disentimiento* ... 499
V. *De la confusión* ... 500
VI. *De la pérdida de la cosa debida* ... 501
§ 3. De las causas que dan una excepción al deudor ... 501
I. *Del pacto de remisión* ... 501
II. *De la compensación* ... 503
Apéndice. *De las obligaciones naturales* ... 506

TERCERA PARTE.—DE LOS MODOS DE ADQUIRIR «PER UNIVERSITATEM»

Capítulo I. De la adquisición por sucesión ... 511
Generalidades ... 511
Sección I. De la sucesión testamentaria ... 514
§ 1. De la designación del heredero ... 514
I. *De la forma de los testamentos* ... 514
II. *De la capacidad de testar* ... 518
III. *De la desheredación* ... 520
IV. *De la institución del heredero* ... 524
V. *De las sustituciones* ... 530
I. *De la sustitución vulgar* ... 530
II. *De la sustitución pupilar* ... 531
III. *De la sustitución cuasi-pupilar* ... 532
VI. *De la nulidad y de la invalidación de los testamentos* ... 533
a) *Causas de nulidad «ab initio»* ... 533

Págs.

b) *Causas de invalidación* ... 534
VII. *Del testamento inoficioso* ... 537
a) *De la querella de inoficiosidad en el Derecho clásico* ... 538
b) *Reformas del Bajo Imperio* ... 541
c) *Reformas de Justiniano* ... 543
§ 2. De la adquisición de la herencia ... 544
I. *Cómo se adquiere la herencia* ... 544
1. *Herederos necesarios* ... 545
2. *Herederos suyos y necesarios* ... 545
3. *Herederos voluntarios* ... 546
II. *Efectos de la adquisición de la herencia* ... 549
III. *Remedios a los efectos de la adquisición de la herencia* ... 550
1. *Heredero necesario «Bonorum separatio»* ... 550
2. *Heredero suyo y necesario «Jus abstinendi»* ... 550
3. *Del beneficio de inventario* ... 551
4. *De la «bonorum separatio» de los acreedores hereditarios* ... 552
IV. *Del acrecentamiento entre coherederos* ... 553
§ 3. De las cargas impuestas al heredero ... 555
A) De los legados ... 555
I. *Definición y forma de los legados* ... 555
I. *Derecho antiguo* ... 556
II. *Senadoconsulto Neroniano* ... 558
III. *Supresión de las fórmulas* ... 558
VI. *Reforma de Justiniano* ... 559
II. *Adquisición de legados. Teoría del «dies cedit»* ... 560
III. *Del objeto de los legados* ... 561
IV. *Modalidades de los legados* ... 565
V. *De la nulidad y de la revocación de los legados* ... 567
I. *Legados nulos «ab initio»* ... 567
II. *De la regla catoniana* ... 568
III. *Legados válidos, pero hechos ineficaces* ... 569
VI. *Del acrecentamiento en los legados. De las leyes caducarias* ... 571
A) De la ley Falcidia ... 576
B) De los fideicomisos ... 579
I. *Generalidades* ... 579
II. *De los fideicomisos de herencia* ... 580
III. *De los fideicomisos particulares* ... 582
Apéndice. De los codicilos ... 583
Sección II. De la sucesión *«ab intestato»* ... 584
Generalidades ... 584
§ 1. Apertura y adquisición de la sucesión *«ab intestato»* ... 585
§ 2. Sistema de las XII tablas ... 586
§ 3. Sistema del Derecho pretoriano. Teoría de las *«bonorum possessiones»* ... 587
A) Nociones generales ... 588
B) Estudio de las *«bonorum possessiones ab intestato»* ... 591
I. *Bonorum possessiones edictales* ... 591
a) *Unde liberi* ... 592
De la collatio bonorum ... 592
b) *Unde legitime* ... 595
c) *Unde cognati* ... 595
d) *Unde vir et uxor* ... 596
II. *Bonorum possessiones decretales* ... 596
§ 4. Reformas de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales ... 596
I. Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano ... 597
II. Reformas de las constituciones imperiales ... 598
§ 5. Sucesión de manumitidos, del ingenuo emancipado y del hijo de familia ... 599
I. *Sucesión de los manumitidos* ... 599
II. *Sucesiones de un ingenuo emancipado y de un hijo de familia* ... 601
§ 6. Sistema de las Novelas 118 y 127 ... 602
Capítulo II. De otros modos de adquirir *«per universitatem»* ... 605
§ 1. *«In jure cessio hereditatis»* ... 605
§ 2. De la *«addictio bonorum libertatis causa»* ... 606
§ 3. Adquisiciones por reducción en potestad ... 606
I. *Adquisición por adrogación* ... 606
II. *Adquisición por «conventio in manum»* ... 607
III. *Adquisición por reducción en esclavitud* ... 607
§ 4. De la *«bonorum venditio»* y de la *«bonorum sectio»* ... 608

LIBRO TERCERO

DE LAS ACCIONES

			Págs.
		Generalidades	611
Capítulo	*I.*	De la organización judicial	612
	§ 1.	De la división de la instancia	612
	§ 2.	De los magistrados	613
	§ 3.	De los jueces	615
Capítulo	*II.*	De los tres sistemas de procedimiento	617
Sección	*I.*	De las acciones de la ley	617
	§ 1.	Noción y caracteres generales de las acciones de la ley	617
	§ 2.	Procedimiento de las acciones de la ley	619
	I.	*Marcha del proceso*	619
	II.	*Estudio especial de cada acción*	620
	§ 3.	Destino de las acciones de la ley	625
Sección	*II.*	Del procedimiento formulario	625
	§ 1.	Origen y desarrollo del procedimiento formulario	625
	§ 2.	Del procedimiento *in jure*	628
	I.	*Comparecencia de las partes. Debates «in jure» y entrega de la fórmula*	628
	II.	*Composición de la fórmula*	631
		1. *De las partes principales de la fórmula*	631
		2. *De las partes accidentales. Excepciones. Prescripciones*	634
	III.	*De la «litis-contestatio»*	636
	§ 3.	Del procedimiento *in judicio*	638
	I.	*Misión del juez. Debates y pruebas*	638
	II.	*De los diversos partidos que puede tomar el juez, y particularmente de la condena*	640
	III.	*Consecuencias de un error en la demanda. «Plus-petitio».—«Minus-petitio»*	642
	IV.	*De los efectos de la sentencia y de la excepción «rei judicatae»*	644
	§ 4.	Vías de recurso	645
	§ 5.	Vías de ejecución	646
	§ 6.	De la *cognitio extraordinaria*	647
Sección	*III.*	Del procedimiento extraordinario	648
Capítulo	*III.*	De las acciones	650
	§ 1.	1.ª división: Acciones *in rem* y acciones *in personam*	651
	§ 2.	2.ª división: Acciones civiles y acciones honorarias o pretorianas	652
		1. *Forma*	653
		2. *Duración*	653
	§ 3.	De las acciones *in rem* civiles	653
	I.	*De la «rei vindicatio»*	654
	II.	*De la acción negatoria*	657
	III.	*De la acción confesoria*	658
	IV.	*De la petición de herencia*	659
	§ 4.	De las acciones *in rem* pretorianas	660
	I.	*De la acción publiciana*	660
	II.	*De la acción cuasi-serviana e hipotecaria*	663
	§ 5.	De las acciones prejudiciales	664
	§ 6.	De las acciones *in personam* civiles. De las condiciones	665
	§ 7.	De las acciones *in personam* pretorianas	668
	I.	*De la acción pauliana*	668
	II.	*De la acción de dolo*	670
	III.	*De la acción «metus causa»*	672
	IV.	*De la acción de «eo quod certo loco»*	672
	§ 8.	3.ª división: Acciones *rei persequendae causa*, penales y mixtas	673
	§ 9.	4.ª división: Acciones del simple, del doble, del triple y del cuádruplo	675
	§ 10.	5.ª división: Acciones de buena fe, acciones de derecho estricto	675
	§ 11.	De las acciones arbitrarias	678
Capítulo	*IV.*	De las excepciones	680
	I.	Origen y desarrollo	680
	II.	Efectos	681
	III.	Divisiones	681
	IV.	Estudio de algunas excepciones	682
Capítulo	*V.*	De los interdictos	684
	§ 1.	Nociones generales	684
	I.	*Noción y origen*	684
	II.	*Procedimiento*	685
	III.	*Divisiones*	686
	§ 2.	De los interdictos posesorios	686
Capítulo	*IV.*	De la *in integrum restitutio*	692

ÍNDICE ANALÍTICO

Las cifras indican el número del tratado y sus subdivisiones.

La letra **n** significa **nota.**

A

Abandono noxal, 487.
Abdicare se tutela, 105, n. 2.
Ausencia, 812, 4.
Absolutoria esse omnia judicia, 751.
Abstención. V. *Jus abstinendi.*
Accensi, velati, 14, 3.
Acceptilatio, 510 a 512—519.
Accessio, modalidad, 303.
Accessio possessionum, 207, 810, III, 2.
Accesión, modo de adquirir, 182, 183 y s.
Acrecentamiento entre coherederos, 605.
— entre colegatarios, 632 y s.
Acursio, 55, 1.
Adquisición de la propiedad, 170 y s.
Adquisición de derecho natural (Modos de), 172 y s.
Adquisición de derecho civil (Modos de), 192 y s.
Adquisición *per universitatem* (Modos de), 170—531 y s.
Acción: noción, 707.
Acción *ad exhibendum*, 444, 2—452, 2—185.
— *aestimatoria (Quanti minoris)*, 368, a.
— *aestimatoria (Praescriptis verbis)*, 408, 1.
— *aquae pluviae arcendae*, 148 bis, b—799.
— *arborum furtim caesarum*, 447.
Acción *auctoritatis*, 365, n. 1.
— *calvisiana*, 689, n. 3—799.
— *civilis in factum*, 404, 406, n. 1.
— *commodati directa, contraria*, 353, II.
— *communi dividundo*, 387, 440, 739, 4—765.
— *conducti, ex conducto*, 376, II, 1.
Acción *confessoria*, 457, n. 1.
— confesoria, *in rem*, 774.
— *constitutae pecuniae, constitutoria*, 412, 414.
Acción *damni injuriae*, 457.
— *de arboribus succisis*, 447, 715, 1.
— *de dolo*, 788.
— *de effusis et dejectis*, 462, 2.
Acción *de eo quod certo loco*, 790.
— *de in rem verso*, 481, 4.
— *de moribus*, 435, n. 3.
— *de pauperie*, 488.
— *de peculio*, 481, 4.
— *depensi*, 319, 3—725, n. 1.
— *depositi directa, contraria*, 354, II.
— *de positis et suspensis*, 462, 3.
— *de rationibus distrahendis*, 179, 1.
— *de tigno, juncto*, 185 *in fine.*
Acción *empti, ex empto*, 358, 366, 368 *in fine*, 499, 1.
— de complemento de la cuarta legítima, 584, 2.
— de petición de herencia, 775.
— de reivindicación. V. *Rei vindicatio.*
— *exercitoria*, 481, 2.
Acción *ex stipulatu*, 290, 366, 368, 435, 796, 2.
— *ex testamento*, 608, 2—610, 612, 2—442—695, 2.
Acción *familiae erciscundae*, 440, 739, 4—765.
— *faviana*, 689, n. 3, 795.
— *fiduciae*, 242, 272 y n. 1.
— *finium regundorum*, 441, 739, 4—765.
— *furti manifesti, nec manifesti*, 450, 451, 796, 2.
— *furti concepti, non exhibiti, oblati, prohibiti*, 453.
Acción hipotecaria, 244, 250 a, 251—781.
Acción *incerti*, 404, 406, n. 1.
— *in factum praescriptis verbis*, 404, 406.
— *in factum*, en reparación de un daño, 458, 3—185, B. 788, 1.
— *injuriarum*, 461, 2—325, 2.
— *injusti repudii*, 432.
— *institoria*, 481, 2.
— *institoria utilis, quasi institoria*, 393, 394.
Acción *judicati*, 758, 725, n. 1.
— *jurisjurandi*, 415.
Acción *legis Aquiliae*, 457, 458.
— *locati, ex locato*, 376, II, 2.

Acción *mandati directa*, 391, 1—*mandati contraria*, 391, 2—396, 397, 319, 3—326, 1.
— *metus causa*, 789.
Acción negatoria, 773.
— *negotiorum gestorum directa, contraria*, 438, II—319, 3—326, 1.
— *operarum*, 75, 2, b—337.
Acción pauliana, 786, 799.
— *pignoratitia directa, contraria*, 356, II.
— *praescriptis verbis*, 404, 406.
— *pro socio*, 380, 386, 310.
— *pro tutelae*, 119, n. 5.
— *publiciana*, 777 y s.
Acción *quanti minoris*, 368, a.
—quasi-serviana. V. Acción hipotecaria.
— *quod jussu*, 481, 1.
Acción *receptitia*, 410, n. 2—414.
— *redhibitoria*, 368, a.
— *rei uxoriae*, 432, 435.
— *rerum amotarum*, 451, 2.
Acción *rescissoria, restitutoria*, 811, 333.
— rutiliana, 705, 2.
Acción *sacramenti*. V. *Sacramentum*.
Acción serviana de *bonorum emptor*, 702, 2.
— serviana *in rem*, 224.
— *servi corrupti*, 447.
— subsidiaria, 110 bis, 3—132, 3.
Acción *tributoria*, 481, 3.
— *tutela directa, contraria*, 119, 439.
Acción *venditi, ex vendito*, 358, 369, 370, 373.
— *vi bonorum raptorum*, 459.
Acciones (Concurso de), 792, 2.
— (Duración de las), 767, 2.
— (Transmisibilidad de las), 792, 1.
Acciones *adjectitiae qualitatis*, 480.
— arbitrarias, 798 y s.—732, 752, 753.
— simples, dobles, 793.
— civiles, 766, 767—civiles *in personam*, 783 y s.—civiles *in rem*, 768 y s.
— contrarias, directas, 352, 3—376, 3.
— de buena fe, de derecho estricto, 794 y s.
Acciones de la ley: noción, caracteres, 714 y s.—procedimiento, 717 y s.—destino, 727.
Acciones dobles, 750.
— edilicias, 766, 368.
— ficticias, 767, 1.
— honorarias. V. pretorianas.
— *in bonum et aequum conceptae*, 796, n. 4.
— *in factum, in jus*, 740, 1, c. 272.
— *in personam, in rem*, 763, 764.
— mixtas, 791, 792.
— mixtas *tam in rem quam in personam*, 765.
— noxales, 485 y s.
— penales, 791, 792.
— perpetuas, temporales, 767, 2.
— populares, 135, 3—462, 3—715, 4—747, 2, b.
— prejudiciales, 782, 740, 2.
— pretorianas, 766, 767—pretorianas *in personam*, 785 y s.—pretorianas *in rem*, 776 y s.
— *rei persequendae causa*, 791, 792.
— útiles, directas, 767, 1.
Addicere, addictio, 195, n. 1—710, n. 4.
Addictio in diem, 372, 1.
Addictio libertatis causa, 698.
Addictus, 724, a.
Adición de herencia, 593, 597, 600.
Adjectiones, 741.
Adjectus solutionis gratia, 303.
Adjudicato, 213, 739, 4—765.
Adminicula, 401, n. 5.
Administración (libre), 256, 1, b.
Adopción, 92, 93, II y III—672, 687, 3.
Adpromissio, adpromissores, 314, 317 y s.
Adrogación (adquisición por), 700.
Acreedor, 264, a.
Adscribere, adscriptio, 537, II y III.
Adsertor libertatis, 74, 1, 2—782, 1.
Adsignatio libertorum, 689, n. 1.
Adstipulatio, adstipulator, 314, 315, 316.
Adventicia (Dote), 433.
Adventicios (Bienes), 260, 3—693.
Adversaria, 339.
Adversus hostem aeterna auctoritas, 197, n. 2.
Aerarii, 135, n. 2.
Aerarium, 158, n. 1—642, n. 1—663, n. 1.
Aes alienum, 270, 1.
Aes et libra, 193, 270, 1—494, 536, 2.
Aes rude, signatum, 360, n. 5.
Aestimatum, 408, 1.
Affectus jurandi, 448, 2.
Affines, Affinitas. V. Parentesco.
Ager privatus, 156, 157.
— *publicus*, 156, 157.
Agere, 32, n. 4—707, n. 2—739, n. 2.
— *cum* o *sine periculo*, 808.
Agnación, agnados, 80, 2.
Agnados (Sucesión de los), 662, 686, 694.
Agrarias (Leyes), 157.
Agri arcifinales, 156, n. 9.
— *assignati*, 156, 1, c.
— *emphiteuticarii*, 240.
— *limitati*, 156, 1.
— *occupatori*, 156, 2.
— *quaestorii*, 156, 1, b.
— *subcesivi*. V. *Subcesiva*.
— *vectigales*, 239, 240.
— *viritani*, 156, 1, a.
Agrimensor, 156, 1 y n. 7.
Alarico (Breviario de), 49, 2—54, 58, III, 2.
Album pretoris, 36.
Aliciato, 55, 3.
Alieni juris (Personas), 78, 82 y s.
Aluvión, 86, a.
Ἀναχαθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων, 53.
Anastasiana (Lex), 687, 2.
Animal (Daño causado por un), 488.
Animales salvajes, 172, 1.
Animus domini, rem sibi habendi, 164 y 1.
— *novandi*, 508.
Año útil, continuo, 126, n. 4.
Antestatus, 193, n. 2.
Anticresis, 243 y n. 4.
Ἀντίφερνα, 436.
Antiquum in caducis (jus), 638, 641.
Apelación, *appellatio*, 757, 3—761, 3.
Acueducto (servidumbre de), 220, 1—219, n. 2.
Aquilio Galo, 34, 513, 788.
Arbitrer, 712, 1 y n. 1.
Arbitrium judicis, 732, 752, 753, 798.
— *liti aestimandae*, 721.
Arca, 339.
Arcaria nomina, 339.
Argentarii, 341, 350, c.—383, 2, a—410, n. 2.
Aristón, 404.
Arras, 359, 86, n. 3.
Arrendamiento, 375, y s.
As, sus divisiones, 351, n. 2—555.
As libralis, 14, n. 4.
Ascendiente emancipador (Derechos de sucesión del), 692, 97.
— (Derechos de tutela del), 108, II—97.
Assidui, 14, 3—714, n. 1.
Auctio, 704, n. 1.
Auctoritas, garantía, 197, n. 2—365.

Auctoritas patrum, 12, n. 8—15—26—28, 2.
Auctoritas tutoris, 110 y s. 117.
Augures, Auspicios, 12, n. 6.
Aulo Agerio, 739, n. 2.
Auténticas, *authenticae*, 55, 1.
Authenticum corpus Novellarum, Authentica, 50, 5 b.—55, 1.
Autoridad de cosa juzgada, 756.
Autun (Manuscrito de), 58, n. 1.

B

Banqueros. V. *Argentarii*.
Bárbaros, 69, n. 2.
Bárbaros (Leyes romanas de los), 49. 58, III, 2.
Bartolo, bartolistas, 55, 2.
Basílicas, 53, 60.
Bendición nupcial, 87, n. 1.
Beneficio de cesión de acciones, 327, 310, 2—250, a.
— de competencia, 806.
— de discusión o de orden, 325, 2.
— de división, 325, 1.
Beneficio de inventario, 598, 597, 600.
Bigamia, 86, n. 11.
Bona, 140, 4.
Bona adventitia, 260, 693.
— *paterna avitaque*, 123.
Bona vacantia, 661, n.
— *vi rapta*, 459.
Bonitaria (Propiedad), 151, 152, 153.
Buena fe, 165, 185, 190, 203, 210, 2—212, 443, II—779.
Bonorum cessio, 705, 2—806, e.
Bonorum distractio, 706, 758, b—761, 4, b.
Bonorum emptor, 705, 2.
Bonorum possessio, nociones generales, 664, 665 y s.
Bonorum possessio (Adquisición, repudiación de la), 666.
Bonorum possessio contra tabulas, 545, 546, 689, 2.
— *ex edicto Carboniano*, 680, 1.
— *furiosi nomine*, 680, 3—590 *in fine*.
— *secundum tabulas*, 537, II—551, 2, a—571, 2—573.
— *unde cognati*, 678, 663.
— *unde decem personae*, 692.
— *unde legitimi*, 677, 689, 2, b.
— *unde liberi*, 672.
— *unde vir et uxor*, 679.
— *ventris nomine*, 680, 2.
Bonorum possessiones ab intestato, 670, s.
— testamentarias, 670 y n. 1.
— *cum re, sine re*, 668.
— *decretales*, 680—*edictales*, 671 y s.
Bonorum possessiones (Orígenes), 665.
Bonorum sectio, sector, 704.
Bonorum separatio, 602, 603, 604.
Bonorum separatio del heredero necesario, 596, 1.
Bonorum venditio, 703 y s.—758, a—761, 4.
Breviario de Alarico. V. Alarico.
Borgoñones (Ley romana de los), 49, 3.
Botín, 172, 2.

C

Caduca, in causa caduci, 639, b.
Caduca, jus vindicandi, 639 bis—640.
Candidatus principis, 40.
Canon, *pensio*, 379.
Capacidad de enajenar, 256.
— de contratar, 281.
— de obligarse *ex delicto*, 446.
— de testar, 539, 540.
— de ser heredero, 551 y s.
Capacidad del pupilo, 112 y s.
— del menor de veinticinco años, 124 y s.
Captendi (jus), 554.
Capite censi, 14 *in fine*.
Capitis deminutio, 113 y s.
Capitón (Ateyo), 44.
Cautivo, cautividad, 64, 2, a—90, 2—540.
Caput, status, 133, 14, 2.
Casio Longino, Casiano, 44 y n. 2.
Casus, caso fortuito, 465.
Catoniana (Regla), 628 y s.
Caza, 172, 1.
Causa, sentido de la palabra, 284.
Causa, en los contratos, 268, 284, 285.
Causa (Justa), V. Justa causa.
Causa civilis, 268, n. 5.
— *liberalis*, 782, 1.
— *perpetua dotis*, 442 y n. 2.
— *perpetua servitutis*, 218, 3.
— *petendi*, 756, 2.
— *rei accessiones*, 771.
Causae peroratio, 749.
— *probatio*, 75, I, 2, c.
Cautio, sentido de la palabra, 335, n. 2.
Cautio damni infecti, 335, I, 1.
— *de dolo*, 335, II, 1—771.
— *de persequendo servo*, 335, II, 2—771.
— *judicatum solvi*, 764, 4—735, 725, n. 1—758, 1.
— *legatorum*, 335, I, 2.
— muciana, 623, n. 1.
— *ratam rem, de rato*, 335, III, 2—725.
Cautio del usuario, 235.
— del usufructuario, 231, 234.
— de los curadores, 132, 3.
— del tutor, 109 bis, 2—119 bis, 2—335 III, I.
Cautio chirogrhapum, 342.
Celibatarios, 637.
Censo, 14, 2—76, n. 1.
— (Manumisión por), 74, I, 1—76.
Censor, 25 y n. 2—135, I.
Centenarius, 689, 3.
Centesima usura, 351.
Centunviros, 712, 2.
Centurias, 14, 3—28, n. 4.
— (Comicios por). V. Comicios.
Ceritum (Tabulae), 135, n. 2.
Cessio in jure, 195, 196.
Cesión de créditos, 489 y s.
Cessicius (tutor), 120, 1.
Cargas del heredero, 606 y s.
Chirographum, 342 y s.
Cosa juzgada, 756.
Cosas: noción, divisiones. V. *Res*.
Cosas fungibles, 283, n. 3.
— *in genere*, cuerpos ciertos, 283, a.
Ciego (Testamento del), 537, n. 10.
Cincio Alimencio, 420.
Ciudad (Derecho de), 67, 68 y s.
— (Adquisición del derecho de), 70, 1.
— (Pérdida del derecho de), 70, II.
Ciudadanos, 68, 71.
Clam, vi, precario. V. *Vi*.
Clandestinidad de la hipoteca, 252.
Clases, 14, 3.
Classici testes, 193.
Cláusula codicilar, 656 *in fine*.
— penal, 474, 475, 290.
Clausula doli, 280, 1, a—291, 788, I, 2.
Clientes, 11, 2.

Código de Justiniano, 50, 1 y 4.
Código Gregoriano, 48, 1.
— Hermogeniano, 48, 1.
— Teodosiano, 48, 2.
Codex acepti et expensi, 339.
Codicilo, 656.
Coemptio, 98, 1, c.
— *fiduciae causa*, 99.
Cognación, cognados, 80, 1—678, 694.
Cognitio extraordinaria, 759, 760.
Cognitor, 735.
Cognomen, 81, n. 2.
Collatio bonorum emancipati, 674.
Collatio dotis, 675, 676.
Collatio legum mosaicarum et romanorum, 58, II, 2.
Collationes Novellarum, 55, 1.
Colliberti, 383, 1, *in fine*.
Colonato, colonos, 77.
— Colono parciario (aparcero), 376, n. 2.
Colonias latinas, romanas, 69, 2, b.
Comicios por centurias, 15, 16, 28, 2—39.
—por curias, 12, 3—28, 1—39.
— por tribus, 18, 28, 3—39.
Comitia calata, 537, I, 1.
Comitiatus maximus, 28, 2.
Comentaristas, bartolistas, 55, 2.
Commercium, 68.
Commissoria (Ley), en la venta, 370, 4—372, 373—en la prenda, 246, a.
Comodato, 313.
Comunidad. V. Indivisión.
Compensación, 521 y s.
Comperendinus dies, 718.
Comprador (Obligación del), 369, 370.
Compromiso, 712, n. 1.
Cuentas de tutela, 119.
Concilia plebis, 18, 26, 29, 39.
Concurso de acciones, 792, 2.
— de causas lucrativas, 631, 1, a.
— de acreedores hipotecarios, 251, 252, 253.
Concubinato, 91, I.
Condenación a las bestias y minas, 64, 2, b. 1.°
Condenación pecuniaria, 716, 752.
Condenas civiles (Objeto de las), 716, 752, 759, 761, 2, c.
Condemnatio, 739, 3—740, 2.
Condicere, 733, n. 3.
Condictio, acción de la ley, 723.
Condictio, bajo el sistema formulario, 730, 783, 784.
Condictio causa data causa non secuta, 403, n. 1—444, 1, a.
— *certae creditae pecuniae*, 784, 1—340, 3—384 *in fine*, 290, 291, 740, 1, b.
— *certi*, 784, 2.
— *certi generalis*, 784, 3.
— *ex lege*, 416, 784.
— *ex paenitentia*, 407.
— *furtiva*, 452, 3—444, I, c.
— *incerti*, 784, 3—740, 1, b.
— *indebiti*, 443.
— *ob rem dati, ob causam datorum*, 403, 406, 407, 444, 1, a.
— *ob turpem, vel injustam causam*, 444, 1, b.
— *sine causa*, 444, 1, d—784.
— *triticaria*, 784, 2—348 *in fine*.
Condición: noción, 295.
Condición casual, potestativa, mixta, 296, c.
Condición lícita, ilícita, 296, b.
— posible, imposible, 296, a.
— resolutoria *ad quam*, 297, 298, 299,
— suspensiva, *ex qua*, 297, 297 bis.
— tácita, 623, 1.
Condiciones en los contratos, 295, y s.—349, 371 y s.—381, 411, 2—430, 474, 2.
— en las instituciones de herederos, 557, 558.
— en los legados, 622, 623.
— (Diversas especies de), 296.
Conductio, conductor, 375, 377, 2.
Confarreatio, 98, 1, b.
Confesión. *Confessio in jure, confessus*, 724, 731, 1, b—703.
Confiscación, 531, 6, n. 1.
Confusión de derechos, 515, 224, 3—254, 2.
Confusión, mezcla, 187 bis.
Cónyuge pobre, 696, 1.
Conjunctio re et verbis, re tantum, verbis tantum, 640, 643.
Conjunctim (Legado hecho), 634, 643.
Connubium, 68, 86, 4—91, II.
Consanguíneos (Hermanos y hermanas), 662, 687, 2.
Consejo, en caso de manumisión, 74, n. 6.
Consentimiento del curador, 121, 128.
— en los contratos, 276, 280.
— en el matrimonio, 86, 2 y 3.
Consignación, 501.
Consilium fraudis, 786, I, 2 y 3—74, II, 2, c.
Consilium de los magistrados, 32.
Consilium, auditorium principis, 41 *in fine*.
Consolidación, 233, 6.
Consortium, 383, 1.
Constituto, 409, 410 y s.
— *debiti alieni*, 412 b—413.
Constituto posesorio, 177.
Constitución de la dote, 433, 336.
Constituciones imperiales, 41.
Construcción con los materiales de otro, 184, c—185, B, b.
— sobre el suelo de otro, 184, c—186, A
Consuetudo (Longa), 222, 2.
Cónsules, 17.
Consultatio veteris jurisconsulti, 58, II, 3.
Contextu (Uno), 288, 3—537, I, 3 y III.
Contrato: noción, 268.
Contratos consensuales, 273, 357 y s.
— innominados, 274, 1, b—402 y s.
— *litteris*, 271, 1—338 y s.
— *re*, 271, 2—272, 345 y s.
— sinalagmáticos, unilaterales, 276, 3.
— *verbis*, 270, 2—286 y s.
Contratos (Desenvolvimiento histórico de los), 269, 270 y s.
— (Divisiones de los), 276.
— (Elementos generales de los), 278 y s.
Contratos celebrados por los esclavos, 480.
— por los hijos de familia, 483, 484.
Contrectatio, 448, 1.
Contubernium, 91, III.
Contumacia, resistencia, 753, 772.
Contumacia, defecto, 749, 761, 1.
Conventio in manum (Adquisición por), 701.
Convención. V. Pacto.
Copropiedad. V. Indivisión.
Cuerpo cierto, 283, a.
Corpus habere, 136, n. 1.
Corpus juris civilis, 55, 1.
Correalidad, 305 y s.
Correi, duo rei, 305.
Coruncanio (Tiberio), 32.
Cotutores, 117, 105 *in fine*.
Costumbre, 30, 39, 46.
Cretio, 591, a—593, 594.
Crimen expilatae hereditatis, 208, 1 *in fine*.
— *suspecti tutoris vel curatoris*, 119, 1, a—132, 2.
Crimina publica, 445, 2.

Crianza de animales, 188, 228, 231.
Cujacio (Cujas), 55, 3.
Culpa. V. Falta.
Culto privado, 79, 1—81, 85, 92, 93, 1, 1—98, 1, b. y 2—208, 1—532.
Curatela: generalidades, 122.
Curatela del *furiosus*, 122.
— del *mente captus*, 122 *in fine*.
— del menor de veinticinco años, 124, 127 y s.
— del pródigo, 123.
— del pupilo, 131.
Curador de la *bonorum venditio*, 705, 1.
Curia, división de la tribu, 11, 1—12, 3.
Curia de las ciudades municipales, 95, 2.
Curias (Comicios por). V. Comicios.
Custodia, 465, 467, n. 3.
Cuarta Antonina, *Divi Pii*, 93, I, 3.
— del cónyuge pobre, 696, 1.
Cuarta Falcidia, 644, 645.
— legítima, 579, 580, 585.
— Pegasiana, 651, 653.
— Afiniana (Sabiniana), 687, 3.
Cuasi contrato, cuasi delito, 266 y n. 3.
Cuasi posesión, 165 bis—222, 2.
Cuasi tradición, 222, 2 y 3.
Cuasi usufructo, 234.
Cuestores, 32, n. 7—711, 1, c.

D

Damnare, damnatio, 721, 722, 270, n. 2—494, n. 4.
Damnas, 608, 2—634, 2.
Damnatio partes facit, 634, n. 2.
Damnationem (Legado *per*), 608, 2.
Damnum emergens, 473, n. 1.
— *infectum*, 335, I, 1.
— *injuria datum*, 454 y s.
Daños e intereses, 473, 474.
Dare, 264, c.
Datio in solutum, 499, 1.
Datio mutui, 247, 1.
Datio ob rem, 403, 444, 1, a.
Decenviros, 21.
Decenviros *stlitibus judicandis*, 712, 2.
Decisiones (Quinquaginta), 50, 2.
Declaración de voluntad, pág. 190.
Decreta, constituciones, 41.
Decretum del magistrado, 759, 807, n. 3.
Decurias, *gentes*, 81, n. 8.
Decuriones, 95, 2—125.
Dedicticios (Manumitidos), 74, II, 2, d—75, I, 3.
— (Peregrinos), 69, 1.
Deditio, 69, n. 3.
Deditio noxalis. V. Abandono noxal.
Deductio del bonorum emptor, 523, b.
— *mulieris*, 87.
— *servitutis*, 222, 232.
Defensor, 735, n. 4.
Defensores civitatis, 711, 2 *in fine*.
Delación de la herencia, 590, 1.
Delegación, 506, n. 3.
Delegación de la *jurisdictio*, 710, 1.
Delibatio hereditatis, 607, c.
Deliberar (Plazo para), 591.
Delitos: noción, 445.
Delitos privados, 445, 448 y s.
— públicos, 445, 2.
— de los hijos en potestad, 485 y s.
— de los esclavos, 485 y s.
Demonstratio, 739, 1—740, 1.
Denegatio actionis, 737, 1.
Denunciatio litis, 734, 761, 1.
Depensi. V. Acción *depensi*.
Deportación, 70, II, b.
Depósito, 272, 354, 355.
Depósito irregular, 355, 1.
— miserable, necesario, 354, II, 1 *in fine*.
Derecho, noción, sentido de la palabra, 1, 2, 5.
Derecho civil. V. *Jus civile*.
— de gentes. V. *Jus gentium*.
— escrito, no escrito, 6, 3, 7.
— griego, 21.
— natural, 1. V. *Jus naturale*.
— positivo, 1.
— pretoriano. V. *Jus praetorium*.
— privado, público, 6.
Derecho Romano, 3.
— subjetivo n. 8, § 3 bis y pág. 173.
— (Destino del), 53 y s.
— (Divisiones, fuentes del), 6, 7, 8, 57 y s.
— (Estado actual de las fuentes del), 57 y s.
— (Formación y desenvolvimiento del), 9 y s.
— (Utilidad del estudio del), 4.
Derechos de crédito, personales, 144, 262 y s.
Derechos de familia, 144.
Derechos reales, 144, 141 y s.
Derechos reales comparados con los derechos de crédito, 145.
Derechos reales civiles, 147 y s.
— pretorianos, 238 y s.
Desheredación, 541 y s.
Desheredación de los póstumos, 571, 1.
Derelictae (Res), 181, 2.
Designación del heredero testamentario, 536 y s.
— del tutor, 104 y s.
Destitución de tutores y curadores, 119, 1, a—132, 2.
Detentio nuda, 164, n. 2.
Deudor, 264, b.
Devolución, 662, 666, 668, 683, 694.
Dicatio, 70, 11, c.
Dicere, 710, n. 4.
Dictio dotis, 336.
Dies. V. Término.
Dies cedit en los legados, 614, 615.
— en las obligaciones, 294, n. 1—297, n. 2.
Dies fasti, 32, 715, 2.
Dies interpellat pro homine, 470, 1.
Dies justi, 724.
Dies venit, 294, n. 1—297, n. 2.
Diffarreatio, 98, 3.
Digesto, 50, 2.
— (Ediciones del), 59, 1.
Digestum vetus, novum, 55, n. 2.
Diligentia, 467, n. 2 y 3.
Discusión (Beneficio de), 325, 2.
Distratio bonorum, 706, 758, b—761, 4, b.
Divisibilidad de las obligaciones, 500, 595 *in fine*.
División (Beneficio de), 325, 1.
División de las estipulaciones, 335.
Divorcio, 90, 3.
Do, dico, addico, 710, n. 4.
Dolo, 280, 1—788, 804, 812, 1.
Dolo (Acción de), 280, 1—804.
— (Excepción de), 280, 1—804.
— (*In integrum restitutio* en caso de), 280, 1—812, 1.
Dolus bonus, malus, 280, 1.
Dolus pro possessione est, 775, I y 3—770, 2.
Dominium ex jure quiritium, 150 y s.
— *nudum*, 151, 154.
— *ex utroque jure*, 151, 152.
Dominus, 65, 154, 388, 438.
Dominus litis, 491, 747, 2, b.

Domus, 79, 1 y n. 2.
Donación *ante nuptias, propter nuptias*, 436.
— entre ascendientes y descendientes, 422.
— entre desposados, 436.
— entre esposos, 431.
— entre vivos, 416, 417 y s.
— inoficiosa, 584, 1.
— *mortis causa*, 420 y s.
— *sub modo*, 425, 1.
Donaciones (Excepciones a la irrevocabilidad de las), 425.
— (Restricciones a las), 420 y s.
Donello, 55, 3.
Dorotco, 50, 3.
Dositheanum fragmentum, 58, 1, 4.
Dote, noción histórica, 432.
— (Constitución de la), 433, 336.
— (Derecho del marido sobre la), 434.
— (Restitución de la), 435.
Dote adventicia, 433, 1.
— profecticia, 433, 1—435, A, 1.
— recepticia, 435, A, 1.
Duo rei stipulandi vel promittendi, 305.
Dúplica, 743.
Duumviri juridicundo, 711, 1, b.

E

Edicta, constituciones, 41, a.
Edictum novum, translatitium, 36, n. 3
— *perpetuum*, 36, n. 1—42.
Ediles curules, *cereales*, 25, 711, 1.
Edicto *de alter utro*, 435, A, 1 y B, 1.
Edicto de los ediles, 35, 368.
— de Teodorico, 49, 1—58, III, 2.
— del pretor, 35, 36, 37.
— perpetuo de Salvio Juliano, 42.
Editio actionis, 737 y n. 1.
Effusis et dejectis (De), 462, 2.
Egeat (Ne), 806, d.
Emancipación, 97.
Emancipado (Sucesión de un), 692.
Emblemata Triboniani, 51, n. 4.
Emptio venditio, 358 y s.
Enajenación de la cosa legada, 631, 2, a.
— de los bienes de los pupilos y de los menores, 116, 2—132, 1.
Enajenar (Capacidad de). V. Capacidad.
Enfiteusis (Derecho real de), 239, 240.
— (Contrato de), 379.
Enriquecimiento sin causa, 444, 1—784.
Enseñanza del Derecho Romano en la Edad Media, 55, 1 *in fine*.
Enuptio (Gentis), 81, n. 6.
Envío en posesión, 335, I—705, 1—710, n. 3—736, 745.
Ἐκλογὴ τῶν νόμων, 53.
Epistola principis, 41, c.
Epitome Gaii, 49, 2—58, I, 1.
— *Juliani*, 50.
Ercto non cito, 383, n. 2.
Ereptorium, 214.
Error en los contratos, 279.
— en la fórmula, 754, 803 bis, 3—812, 3.
— de derecho, de hecho, 203, 433, I, 2.
— *(In integrum restitutio* en caso de), 812, 3.
— *Erroris causae probatio*, 94.
Esclavitud, nociones generales, 63.
— (Causas de reducción en), 64.
Esclavos (Condición de los), 65.
—(Adquisición por intermedio de los), 258, 259, 477.
Escolios de las Basílicas, 53.
Ἐπαναγωγὴ τοῦ νομοῦ, 53.
Escuelas o sectas de jurisconsultos, 44.
Escrito (Redacción de un), 289.
Escritura, 184, b—268, 238 y s.
Especificación, 187.
Esponsales, 86, n. 3.
Estelionato, 252, a.
Estipulación, origen, 270, 2.
— (Noción, forma de la), 287, 288.
— (Efectos, utilidad de la), 290, 291, 292.
— (Modalidades de la), 293 y s.
Estipulación Aquiliana, 513.
— *duplae*, 365, 366, 368.
— *paenae*, 474, 475.
— *rem licere habere*, 365, 368.
Estipulaciones (Divisiones de las), 335.
Estipulaciones y promesas accesorias, 314 y s.
Estipulaciones y promesas por otro, 394.
Estipulaciones convencionales, 335.
— comunes, 335, III.
— *emptae y venditae hereditatis*, 649, 697, n. 1.
— judiciales, 235, II.
— *partis et pro parte*, 621, 1—649.
— pretorianas, 335, I.
Eventus damni, 768, I, 2.
Evicción, 365 y s.
Evicción (Garantía de la). V. Garantía.
Excepción: noción, 724, 801.
Excepción: Origen, desenvolvimiento, 802.
Excepción de división, 325, 1—802.
— de dolo, *doli mali*, 280, 1—801, 804.
— de pacto, *pacti conventi*, 218, 2—294, 2—298, 517, 802.
— del S. C. Macedoniano, 404, 2, 802.
— del S. C. Trebeliano, *restitutae hereditatis*, 650.
— del S. C. Veleyano, 333, 802.
— *jurisjurandi*, 415.
— *justi dominii*, 770, 1—802.
— *legis Cinciae*, 420, 421, 802.
— *legis Plaetoriae*, 125.
— *litis dividuae*, 754, 2.
— *metus causa*, 280, 2—802, 804.
— *non numeratae pecuniae*, 343.
— *rei judicatae vel in judicium deductae*, 747, 1—755, n. 3—756.
— *rei venditae et traditae*, 152, 366, n. 6—421, 780, 1.
Excepciones (división de las), 803 bis.
— (Efectos de las), 803.
Excepciones *cognitoriae, procuratoriae*, 803 bis, n. 1.
— dilatorias, temporales, 803 bis, 3.
— *in factum compositae*, 805.
— perentorias, perpetuas, 803 bis, 3
— *personae cohaerentes, rei cohaerentes*, 803 bis, 2.
Excusas de tutores y curadores, 103, 121, n. 1.
Ejecución de juicios. V. Vías de ejecución.
Exercitor, 481, 2.
Existimatio, 135, n. 1.
Expilatae hereditatis (Crimen), 208, 1 *in fine*.
Expensilatio, 340, 2.
Expiración, 761, 2, c.
Expromissio, expromissor, 506 *in fine*.
Extinción de la hipoteca, 254.
— natural de las personas físicas. Apéndice II bis, pág. 154.
— de las obligaciones, 493 y s.
— de las servidumbres prediales, 224.
— del usufructo, 233.
— del uso, 235.
— de la propiedad, 159 y s.
Extraneus, 93, n. 7.

Extraordinario (Procedimiento), 760, 761.
Extravagantes *(Novellae)*, 55, 1.

F

Facere, non facere, 264.
Factio testamenti, 539 y n. 1—551, 627, n. 3.
Falsa causa demonstratio, 627, n. 3.
Falta: noción, grados, 467.
Falta en las obligaciones de buena fe, 468, 1.
— de derecho estricto, 468, 2.
Faltas (Teoría de las tres), 468, n. 5.
Familia: sentido de la palabra, 79 y n. 1.
Familiae emptor, 537, 1, 2.
Familia romana (Constitución de la), 79, 80.
Farreum, 98, 1, b.
Farreus (Jupiter), 98, 1, b.
Fenus, 350, n. 1.
— *nauticum*, 350, b.
— *unciarum, semi-unciarum*, 351.
Ferruminatio, 105, B, b.
Festuca, 720.
Fianza: generalidades, 316, 318.
— (Diversas formas de), 318.
Ficticias (Acciones), 767, 1, b.
Ficción de la ley Cornelia, 540, 2 *in fine*.
Fictus possessor, 770, 2, c.
Fideicomisos: noción, comparación con los legados, 646, 647.
Fideicomisos de herencia, 648 y s.
— particulares, 654, 655.
— *post mortem heredis*, 647, 6.
Fidejussio, fiador, 322 y s.—415, n. 4—471, a—509, 512, 515, 518, 519.
Fidejussio indemnitatis, 325, 2, b.
Fidepromissio, fidepromissores, 319 y s.
Fiducia (Pacto de), 95, II, 1—97, 1—99, 108, III, 272 y n. 1.
— (Enajenación con), 242.
Filiación legítima, 88, 2.
Filosofía griega, 33, 112, n. 1.
Fisco, 158, n. 1—642, 663, n. 1.
Flavianum (Jus), 32.
Flavio (Cnaeo), 32.
Florentino, *lectio florentina*, 59, 1.
Florentinas (Pandectas), 59, 1.
Flumina, 140, 2.
Formulario (Procedimiento), 728 y s.
Fórmula (Noción, composición de la), 738 y s.
Fórmula petitoria, arbitraria, 731, 732, 752, 798, 808.
Fragmentos del Sinaí, 58, II, 4.
— del Vaticano, 58, II, 1.
Fragmentum de jure fisci, 58, I, 2, b.
— *dositheanum*, 58, I, 4.
— *vindobonense*, 58, I, 2, a.
Fraude de acreedores (Actos en), 786, 787.
Fraude (Manumisión hecha en), 74, II, 2, c.
Fraudatorium (Interdictum), 787, 809, 3.
Fructus licitatio, 816, III, 1 *in fine*.
Frutos (Noción, asignación de los), 188, 189, 797, 3.
Frutos adquiridos por el poseedor de buena fe, 190, 191, 771, 775, II.
— por el usufructuario, 227, 228.
Fundo dotal, 434.
Fundos itálicos, 155, 156, 157.
— provinciales, 158.
Fundus (Populus), 70, n. 3.
Furiosus, 122, n. 1.
— (Curatela del), 122.
Furtum, 448 y s.
— *conceptum, oblatum, non exhibitum, prohibitum*, 453.
Furtum manifestum, nec manifestum, 451.
— *possessionis*, 448, 4.
— *usus*, 448, 4—353, II, 1—354, II, 1.

G

Gayo, 58, I, 1—44, 47.
— *(Instituta de)*, 58, I, 1.
Galos, 83.
Garantía personal, 317 y s.
— real, 241 y s.
Garantía de evicción en la venta, 365 y s.
— en el arrendamiento, 376, II, 1.
— en la sociedad, 385, 1.
Garantía de vicios ocultos, 368, 376, II, 1.
— (Cláusula de no), 367.
Gastos necesarios, útiles, de mero lujo, 435, A, 2, a—771, 775, 3, b.
Gastos funerarios, 580, 2—645, 2, b.
Gens, gentes, 11, 1—81.
Gentiles, derechos de gentilidad, 81.
Gentilitium nomen, 11, 1—81, n. 2.
Gentis enuptio. V. *Enuptio*.
Genus, cosas *in genere*, 283, a.
Germanos (Hermanos y hermanas), 695, II.
Gestión de negocios, 438.
Gestión del tutor, 109—110, 2—111 y s.—117, 2.
— de los curadores, 122—123—128.
Glosa, glosadores, 55, 1.
— (Grande), 55, 1.
Gobernadores de provincias, 158, n. 1—711, 1, c. y 2.
Granio Flaco, 27.
Gregoriano (Código), 48, 1—58, II, 5.
Griego (Influencia del Derecho), 21, 22.
Groma, Gromatici, 156, n. 7.

H

Habitación, 236.
Haloander, 59, I.
Harmenopulo, 53 *in fine*.
Hasta, 704, n. 1—712, 2.
Hechos y negocios jurídicos, pág. 174.
Hereditas: sentido de la palabra, 532, n. 4.
Herencia: nociones generales, 532 y s.
— (Adquisición de la), 586 y s.—660.
— (Repartición de la), 555.
— yacente, 592.
— legítima, 533, 657 y s.
— testamentaria, 533, 536 y s.
Heredium, 156.
Heres, 532, n. 1.
Heredero (Cargas impuestas al), 606 y s.
— (Obligación del), 442, 595, d—606 y s.
Heredero testamentario (Designación del), 537 y s.
Herederos *ab intestato* (Diversos órdenes de), 657, 661 y s.—695.
Herederos (Diversas clases de), 587 y s.
Herederos necesarios, 587, 596, 1.
— suyos y necesarios, 588, 596, 2.
— voluntarios, externos, 589 y s.
Hermanos y hermanas (Derechos de sucesión de los), 663, 687, 2—695, II y III.
Hermodoro de Efeso, 21.
Hermogeniano (Código), 48, 1—57, II, 5.
Hija de familia (Incapacidad de la), 281, 3, b y n. 4.
Hijos de familia (Condición de los), 83, 2.
— (Adquisición por intermedio de los), 260.
— (Contratos celebrados por los), 483, 484.
— (Delitos cometidos por los), 485 y s.

Hijos. V. *Liberi*.
Hipotecarios (Conflicto de acreedores), 251, 252.
— (Derechos de los acreedores), 250.
Hipoteca: noción histórica, 244 y s.
— (Teoría de la), 241 y s.
Hipotecas privilegiadas, 253.
— tácitas, 249, c.
Historia del Derecho Romano (División de la), 9.
Historia externa, interna, 8, n. 1.
Honor, honorarium, 377, 1—389, 1—759.
Honores, 32, 766.
Hostis, 69, n. 1.

I

Isla, 186, c.
Impensas. V. Gastos.
Inmobiliaria (Propiedad), 155 y s.
Inmuebles, muebles, 143.
Imperium merum, 710, 1.
— *mixtum*, 710, 2.
Impetratio dominii, 250, b.
Improbus et intestabilis, 539, I, 6.
Impúberos, 86, 1—103 y s.
— (Arrogación de los), 93, I, 3.
Inalienabilidad del fundo dotal, 434.
In bonis, 151 y s.
Incapaces, 281, 101 y s.
Incapacidad de enajenar, 256.
— de contratar, 281.
Incensus, 14, 1—64, 2, b.
Indebido (Pago de lo), 443.
Indefensus, 736, 745.
Indices, 53.
In diem addictio. V. *Addictio*.
Indignidad, 583.
Indivisibilidad de la hipoteca, 247, b.
— de las obligaciones, 500.
— de las servidumbres, 218, 4.
Indivisión, 149, 440.
Inejecución de las cargas en las donaciones, 425, 1.
Inejecución de las obligaciones, 463, 464, s.
Infamia, 135.
Infans, infantia, 112 y n. 1.
Infantia (major), 113.
Infantiae proximus, 113, 446, b.
Información de los testamentos, 568, 570 y s.
Infitiatio, 793.
Infortiatum, 55, n. 2—59, I, 1.
Ingenuo, 72.
Ingratitud del manumitido, 64 *in fine*.
— del donatario, 425, 3.
In integrum restitutio. V. *Restitutio*.
Injuria, 461.
In jure cessio, 195, 196.
— *hereditatis*, 697.
Inoficioso (Testamento), 575 y s.
Inquilinus, 375, n. 1.
Insinuación, 423.
Institor, 481, 2.
Instituciones de Gayo, 58, I, 1.
— de Justiniano, 50, 3—59, 1.
Institución de heredero, 549 y s.
Institución (Modalidades de la), 577, 558.
— de los esclavos, 552.
— *ex certa re*, 556.
Instrumentum, 289.
Intentio, 739, 2—740.
Intercedere, intercessio, 331, n. 1.
Intercessio magistratus, 757, 3.
Interdicción del pródigo, 123.
Interdicto: noción, origen, 807.
Interdicto *de clandestina possessione*, 810, II, 3.
— *de precario*, 810, II, 2—408, 3.
— *fraudatorium*, 787, 809, 3.
— *ne quid in loco publico fiat*, 809, I.
— *possessorium*, 705, 2—810, I, 4.
— *quem hereditatem*, 810, IV.
— *quem fundum*, 810, IV—770, 2 *in fine*.
— *quem usufructum*, 810, IV.
— *quod legatorum*, 810, I, 3.
— *quorum bonorum*, 665, 667, 810, I, 1.
— *Salviano*, 244, 810, I, 2.
— *sectorium*, 704, 810, I, 4.
— *unde vi*, 810, II, 1.
— *uti possidetis*, 810, III, 1.
— *utrubi*, 810, III, 2.
Interdictos (Divisiones de los), 809.
— (Procedimientos de los), 808.
— Interdictos *adipiscendae possessionis*, 810, I.
— dobles, 809, 2.
— exhibitorios, 809, 1—808.
— posesorios, 810, 156.
— prohibitorios, 809, 1—808.
— *quae ad rem familiarem spectant*, 809. 3—810 y s.
— cuasi posesorios, 809, 3—222, 2.
— *recuperandae possessionis*, 810, I.
— *retinendae possessionis*, 810, III.
— restitutorios, 809, 1—808.
— *secundaria*, 810, III, 1 y n. 5.
— *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*, 810, IV—764, 4.
Interdictum, 807, n. 3.
Interés (Tasa del), 351.
Intereses en el *mutuum*, 350.
Intereses de los *officio judicis*, 470, 2, b—797, 4.
Interpellatio, 470, 1.
Interpretación de las leyes, 31.
Interrex, 12, 1.
Interrupción de la usucapión. V. *Usurpatio*.
Intervalos lúcidos, 122, n. 1.
Intestabilis. V. *Improbus*.
Intestato (Sucesión *ab)*, 675 y s.
Invecta et illata, 244.
Inventario en caso de tutela, 109 bis. 1.
—(Beneficio de), 598, 599, 600.
Irnerio, 55, 1.
Italicum (Jus), 158.
Itálicos (fundos), 155 y s.
Iter, 227, 1.
Iteratio, 75, I, 2, a.

J

Judex, 712, 1, a.
Judicatus, 724.
Judices pedanei, 713, 760.
Judicis postulatio, 722.
Judicium opuesto a *arbitrium*, 748, 795.
Judicium opuesto a *Jus*, 708, 733.
Judicium acceptum, 745, n. 2.
— *duplex*, 750.
— *legitimum, imperio continens*, 748.
— *publicum*, 445, 2.
Jueces permanentes, 712, 2.
— privados, 212, 1.
Jugerum, 156.
Juliano (Salvio), 42, 44.
Juniores, 14, 3.
Jura in re aliena. V. Derechos reales.
— *patronatus*, 75, II—689, n. 1.
— *praediorum*. V. Servidumbres prediales.

Juramento *in judicio*, 749.
— *in jure*, necesario, 737, 1, c.
— voluntario, 415.
Juramentum in litem, 752, 753, 772, 800.
Jurisconsultos, 31 y s.—43 y s.
Jurisdictio, 710, 3.
Jurisprudentia, 5, 2 y n. 7.
Jus, sentido de la palabra, 5 y n. 2.
Jus abstinendi, 596, 2.
— *abutendi*, 148, 149, 215.
— *aderescendi*, 543, 2—544, 547, 3.
— *aelianum*, 32.
— *antiquum in caducis*, 630, 641.
— *aureorum annulorum*, 75, I, 1.
— *capiendi*, 554, 637, 639, n. 1.
— *civile*, 6, 2, c.—34, 35.
— *civitatis*, 69, 68 y s.
— *flavianum*, 32.
— *fraternitatis*, 385, 3.
— *fruendi*, 148, 149, 218, 226, 227, 2—228.
— *gentium*, 6, 2, b.
— *gladii*, 710, 1.
— *honorarium*, 35, 42.
— *honorum*, 68, 24, 25.
— *italicum*, 158.
— *latii*, 69, 2.
— *liberorum*, 120, 2, b y 3—683.
— *nominandi potiorem*, 107, n. 4.
— *naturale*, 6, 2, a.
— *oferendae pecuniae*, 552, b.
— *papirianum*, 20.
— *patrum*, 639, 369 bis—640.
— *paenitendi*, 407.
— *postliminii*, 64, 2, a—90, 2—540.
— *praetorium*, 35.
— *publice respondendi*, 43, 47.
— *regenerationis*, 76.
— *sacrum*, 5, 1—6, 1.
— *scriptum, non scriptum*, 6, 3—7.
— *suffragii*, 68.
— *tollendi*, 185, A—435, A, 2.
— *utendi*, 148, 149, 215, 226, 227, 235.
Jusjurandum. V. Juramento.
— *liberti*, 337.
Jus vitae necisque, 65, I, 1—83, 1, a.
Jussus del juez, 732, 752, 753, 771, 798.
Jussus del señor, 481, 1—590, 4, a.
Justae nuptiae, 85 y s.
Justa causa en la tradición, 175.
— en la usucapión, 201, 202, 211, 2, b.
Justi, injusti liberi, 88, 2—89.
Justiniano (Trabajos de), 50 y s.
Justitia, 5, 2.
Justo título. V. Justa causa.

L

Labeón (Antistio), 44.
Latifundia, 157.
Latii (Jus), 69, 2.
Latinos, 69.
— de las colonias, 69, 2, b.
— Junianos, 69, 2, c—74, II, 1—75, I, 2—690.
— *veteres*, 69, 2, a.
Latitare, 706, 736.
Laudatio Turiae, 120, n. 3.
Lecho de los ríos, 140, 2—186, b.
Legados (Noción, formas de los), 607 y s.
— (Modalidades de los), 622 y s.
— (Nulidad, revocación de los), 626 y s.
— (Objetos de los), 616 y s.
Legados de cosas corporales, 617 y s.
— de cosas incorporales, 620.
Legados de una cosa hipotecada, 619 *in fine*.
— de crédito, 620, 1.
— de deuda, 620, 3.
— de la cosa de otro, 618.
— de liberación, 620, 2—519.
— de opción, 620, 4.
— de peculio, 621, 2.
— de una parte de la herencia, 621, 1.
— de usufructo, 232, b—615, 1—623 *in fine*—635.
Legados *per damnationem*, 608, 2—610.
— *per praeceptionem*, 608, 4.
— *per vindicationem*, 608, 1.
— *paenae nomine*, 625.
— *sinendi modo*, 608, 3.
Legatum. V. Legado.
Legatus Caesaris, 158, n. 1.
Lege (Adquisición), 214.
Leges opuestas a *jus*, 48, 50.
Leges romanae Barbarorum, 49, 58, III, 2.
Legis actiones. V. Acciones de la ley.
Legitimación, 94, 95.
Legítima (Cuarta), 579, 580, 585.
Lesión, 126, 360, 2, c—811, 812.
Lesión del menor, 126.
Lesión en más de la mitad, 360, 2, c.
Lex. V. Ley.
Lex bonorum vendendorum, 705.
— *commissoria*. V. *Commissoria*.
— *Dei*, 58, II, 2.
— *imperfecta*, 420.
— *regia de imperio*, 38.
— *romana Burgundionum*, 49, 3.
— *romana Visigothorum*, 49, 2.
Ley, 1, 7, 1 y n. 1.
— *Acilia repetundarum*, 715, n. 3—721, n. 1.
— *Aebutia*, 727.
— *Aelia Sentia*, 74, II, 2.
— *Appuleia*, 320, 1.
— *Aquilia*, 454 y s.
— *Atilia*, 107, a.
— *Atinia*, 199, 3.
— *Calpurnia*, 723.
— *Canuleia*, 25.
— *Censoria*, 726.
— *Cicereia*, 320, 3.
— *Cincia*, 420, 421.
— *Claudia*, 120, 2, b.
— *Cornelia*, 540, 2.
— *Cornelia de injuriis*, 461, 2.
— de las XII tablas, 21 y s.
— de citas, 47.
— de la colonia *Julia Genetiva*, 69, n. 5—724 *in fine* y n. 2—727, n. 2.
— *Falcidia*, 644, 645.
— *Furia caninia*, 74, II, 3.
— *Furia de sponsu*, 320, 2—725.
— *Furia* testamentaria, 644, a—725.
— *Genucia*, 351.
— *Hortensia*, 26, 29.
— *Isauriana*, 53.
— *Julia de adulteriis*, 434.
— *Julia de maritandis ordinibus*, 636 y s.
— *Julia de vi*, 199, 9—460.
— *Julia municipalis*, 69, 2, a—272, n. 2.
— *Julia Titia*, 107, b.
— *Junia Norbana*, 74, II, 1.
— *Junia Velleia*, 571, 1, a y b.
— *Licinia*, 157.
— *Marcia*, 725.
— *Minicia*, 70, 1, b.
— *Ovinia*, 25.
— *Papia Poppaea*, 636 y s.—120, 2, b—689, 3.
— *Paetelia Papiria*, 270, 1 *in fine*.

Ley *Pinaria*, 718.
— *Plaetoria*, 125.
— *Plautia*, 199, 3.
— *Plautia Papiria*, 69, 2, a.
— *Porcia*, 68, n. 3.
— *Publia de sponsu*, 319, 3—725.
— *Publilia* sobre los plebiscitos, 26.
— *Rubria de Gallia Cisalpina*, 70, n. 2—711, b *in fine*—758, 2.
— *Scribonia*, 222, 1 y n. 4.
— *Servilia repetundarum*, 69, 2, a.
— *Silia*, 723.
— *Valeria Horatia* sobre los plebiscitos, 26.
— *Valeria Horatia de provocatione*, 20, n. 3.—68, n. 3.
— *Vallia*, 725.
— *Vissellia*, 75, I, 1.
— *Voconia*, 551, 1—644, b.
Leyes agrarias, 157.
— caducarias, 636 y s.
— centuriadas, 15, 21, 28, 2.
— curiadas, 12, 3—20, 28, 1.
— *Juliae judiciariae*, 727.
— reales, 20.
— (Designación de las), 29, n. 1.
Libellus conventionis, 761, 1.
Liberación *per aes et libram*, 494.
Liberi justi, injusti, 88, 2—89.
Liberi naturales, 91, I, n. 5—94.
— *spurii*, vulgo *concepti*, 89, 91, I.
Libertad de donar, 420 y s.
— de testar, 533, 541, 575.
Libertas directa, fideicommissaria, 74, n. 2.
— *pessima*, 75, I, 3.
Libertinus, libertus. (Liberto: noción), 73.
— (Condición de los), 75, 76.
— (Sucesión de los), 689, 690, 691.
Libripens, 193, 278, 1—537, I, 2 y 3.
Litem suam facere, 462, 1.
Litis contestatio, 745 y s.
Litis denuntiatio, 761, 1—734.
Litterarum obligatio. V. Contrato *litteris*.
Locatario. V. Conductor.
Locatio, conductio, 375.
Locatio operarum, 377, 1—378.
— *operis*, 377, 2—378.
— *rerum*, 376.
Locator, 375, 377, 2.
Luceres, 10.
— *secundi*, 13.
Lucrum cessans, 473, n. 1.
Lugar, modalidad, 300.
Luto (Año de), 90, 1.

M

Madre (Derecho de sucesión de la), 682, 683, 695, II.
Magister, syndicus, actor, 136, 385, n. 3.
— *bonorum vendendorum*, 705, 1.
— *navis*, 481, 2.
Magistrados, 710, 711.
— (Poder de los), 710.
Mala fe, 165, 190, 204, 211, 2—212, 362 *in fine*—443, II—771, 775, II.
Maleficium. V. Delito.
Mancipatio, 193, 194.
Mancipi (Res), 141.
Mancipium, 100.
Mandato, 388 y s.
Mandato: efectos en consideración a terceros, 392, 393, 394.
Mandato *ad litem*, 735.
Mandata principis, 41.
Mandator, 388.
Mandatum credendae pecuniae, 396.
Manes (dioses), 79, 1—139, 2—532.
Manumissio (Manumisión, modos de), 74, 76.
Manumisiones (Restricciones a las), 74, II.
Manumissor extraneus, 97, 692.
Manus, 98, 99.
Manus injectio, 724, 725, 727, n. 2.
Manus militaris, 753, 759, 761, 4, a.
Manuum consertio, 720.
Matrimonio: noción, 85.
— (Condiciones de validez del), 86.
— (Disolución del), 90.
— (Efectos del), 88.
— (Nulidad del), 89.
Matrimonio *sine connubio*, 91, II.
Materfamilias, 78 y n. 2.
Matrimonium, 85.
Menores de veinticinco años, 103, n. 3—124 y s.
Mente captus, 123 *in fine*, y n. 1.
Merces, 375.
Merx peculiaris, 481, 3.
Metus, 280, 2.
Mezcla, 187 bis.
Militares. V. Privilegios de los militares.
Milla (Cálculo de la), 75, n. 4.
Minas y canteras, 227, 2, b.
Minus petitio, 754, 2.
Missilia, 181, 1.
Missio in possessionem. V. Envío en posesión.
Modalidades en los contratos, 293 y s.
— en las instituciones de heredero, 557, 558.
— en los legados, 662 y s.
Modos de adquirir. V. Adquisición.
Modos de constitución de las servidumbres. V. Servidumbres.
Modestino (Herenio), 44 *in fine*.
Modus alternativo, 311.
Modus, carga, 625, 425, 1.
Moneda, 360, n. 5.
Mora, 469 y s.
— del acreedor, 472.
— del deudor, 470, 471.
Moral, 5, 1.
Mores majorum, 20.
Mortis causa donatio. V. Donación.
Muebles, 143.
Municipio, 70, 2, b.
Munus publicum, 103, 712, 1, n. 2.
Mutua petitio, 522, 2.
Mutui datio, 347, 1.
Mutuo disentimiento, 514.
Mutuum, 346 y s.

N

Naturales *liberi*. V. *Liberi*.
Nauticum fenus, 350, b.
Negocio jurídico, pág. 177.
— ejercicio y protección de los derechos nacidos de los negocios jurídicos, pág. 217.
— extinción de dichos derechos, pág. 225.
— su forma externa, pág. 198.
— sus modalidades, pág. 201.
— su interpretación, pág. 211.
— su invalidez, conversión y convalidación, página 213.
Negotia nova, 402.
Negotiorum gestio, 438.
Nemo alieno nomine lege agere potest, 715, 4—112, 1.

Nemo partim testatus..., 534, 555, 558, n. 4—583, n. 2.
Nemo potest sibi mutare causam possessionis, 203, n. 2.
Neracio Prisco, 44, 166, 790, n. 3.
Nerva, 44.
Nexum, 270, 1.
Nexus, 270. 1.
Nihil per extraneam personam adquiri posse, 261.
Nomen gentilitium, 81, n. 2.
— del manumitido o liberto, 75, n. 5.
Nomen, crédito, 271, n. 1.
Nomina arcaria, 339.
— *transcriptitia*, 339 y s.
Nominalistas, 55, 3.
Nominare tutores, 107, b.
No ciudadanos, 69.
No uso, 224, 1—233, 3.
Norica lectio littera, 59, 1.
Novación, 502 y s.—746.
Novelas de Justiniano, 50, 5—59, I, 2.
— Teodosianas, post-Teodosianas, 48 *in fine*—58, III, 4 *in fine*.
Novum (Edictum), 36, n. 3.
Noxa, 485 y n. 3.
Noxa caput sequitur, 486.
Noxia, 485, n. 3.
Nudum jus quiritium, 151, 154.
Nudum pactum, 268, 275, 400, 529.
Numerio Negidio, 739, n. 2.
Nuncupatio en el testamento, 537, 1, 3.
— en el *nexum*, 270, 1.
Nuntius, 357, 471.
Nuptiae (Justae). V. Matrimonio.

O

Objeto de las obligaciones, 264, c—282, 283.
Oblación a la curia, 95, 2.
Obligación: noción, elementos, 262, 263, 264.
Obligación correal, 305 y s.
— divisible, indivisible, 500.
— *in solidum*, 305 *in fine*—312, 313.
Obligación alternativa, 301.
— facultativa, 302.
Obligaciones (Adquisición de las), 476 y s.
— (Cesión de las), 489 y s.
— (Desenvolvimiento histórico de las), 266.
— (División de las), 265.
— (Efectos de las), 263, 496.
— (Extinción de las), 493 y s.
Obligaciones (Inejecución de las), 463 y s.
— (Retardo en la ejecución de las), 469 y s.
— (Fuentes de las), 266.
Obligaciones civiles, 265, 1.
— *ex contractu*, 268 y s.
— *ex delicto*, 445 y s.
— honorarias, pretorianas, 265.
— naturales, 526 y s.—264, 265, 1.
— *quasi ex contractu*, 437 y s.
— *quasi ex delicto*, 462.
Obsequium, 75, II, a.
Ocupación, 172.
Offerendae pecuniae (jus), 252, b.
Officium judicis, 748.
— *pietatis*, 575.
— *virile*, 103, 330.
Ofrecimiento de pago, 501.
Omisión de un heredero suyo, 541 y s.
Operae fabriles, officiales, 75, II, b—*servorum*, 237.
Optimum jus legati, 608, 2—610.
Optio tutoris, 120, 2, a.
Opción (Legado de), 620, 4.
Oratio principis, 40.
Oratio Antonini, 431, 3.
— *Severi*, 116, 2—132.
Orbi, orbitas, 637.
Orcinus (Libertus), 74, n. 2.
Ordo judiciorum, 728.
Organización judicial, 708 y s.
Origo, 75, n. 6.
Otro (Venta de la cosa de), 360, 1—862.
— (Legado de la cosa de), 618, 610.

P

Pacta, adjecta, 401.
Pacto: noción, efectos, 268, 275, 400.
Pacto de constituto, 410 y s.
— de hipoteca, 406, 244 y s.
— *de non petendo*, 517 y s.
— de retroventa, 372, 2.
Pactos legítimos, 416 y s.
— pretorianos, 409 y s.
Pactio, pactum, 268, n. 2.
Pago, 496 y s.
Palingenesia juris civilis, 51, n. 3.
Pandectas, 50, 2—59, 1.
Papiano, 49, n. 1.
Papiniano, 44.
Parafernales (Bienes), 432, n. 3.
Parentesco, parientes, 86, 4, b.
Parentesco civil. V. Agnación.
— natural. V. Cognación.
Parentesco en línea directa, colateral, 86, 4, a, 51.
Por quién se adquiere, 257 y s.
— se llega a hacerse acreedor, 476 y s.
— se llega a hacerse deudor, 479 y s.
Partición, 440, 595.
Partitio, 621, 1.
Paso (Servidumbre de), 220, 1, 219, n. 2.
Paterfamilias, 78, 79, 83.
Patres, 11, 1.
Patres minorum gentium, 13, n. 2.
Patricios, 96, n. 1—11, 1.
Patrimonio, 146.
Patrono del liberto, 83.
Patronato (Derechos de), 75, II.
Patronos y clientes, 11, 2.
Patrum (jus), 639, 689 bis—640.
Paulo, 44.
— (Sentencias de), 58, I, 3.
Pauperies, 488.
Peculio del esclavo, 65, I, 2.
Peculio adventicio. V. *Bona adventitia*.
— castrense, 260, 1.
— *profectitio*, 260.
— quasi-castrense, 260, 2.
Pecunia, 140, 4 y n. 5.
Pecus, 140, 4—457.
Pedanei judices, 713, 760.
Pegasianos, Pegaso, 44, n. 2.
Penales (Acciones), 791.
Pensio, 379 *in fine*.
Perduellis, 69.
Peregrinos, 69, 1.
Peregrinus (Praetor), 35, 711, 1, a—715, n. 3—729.
Permissio jura condendi, 43.
Permutatio (Permuta), 360, 2, a—408, 2.
Persecutio extraordinaria. V. *Cognitio*.
Persona, 62.
Personas *alieni juris*, 78 y s.
— inciertas, 551, 2.
— morales o civiles, 136.
— *sui juris*, 101 y s.

Pérdida de la cosa debida, 516.
Petitio, 763, n. 3.
Petitio hereditatis, 775.
— *possessoria*, 667.
Petri exceptiones, Petrus, 54.
Pignoris capio. 726.
Pignus, 243, 245, 356.
— *causa judicati captum*, 249, n. 5—758, 2, c—765, 4, b.
— *nominis*, 248, n. 3.
— *praetorium*, 249, n. 5.
Pignoratitia. V. Acción *pignoratitia*.
Pintura, 184, b.
Placentino, 55, 1.
Plebeyo, 11, 3.
Plebiscitos, 7, 18, 26, 29, 39.
Plebs, plebe, 11, n. 10.
Plus petitio, 754, 1.
Paenae stipulatio, 474, 475.
Pollicitatio, 279 y n. 1.
Pontífices, 31, 32, 93, I, 1—522.
Populus, 11, n. 10.
Posaderos, barqueros (Responsabilidad), 462, 4—465, n. 2.
Posesión: noción, elementos, 163, 164.
— (Adquisición de la), 166, 167.
— (Ventajas de la), 165.
— (Objeto de la), 165 bis.
— (Pérdida de la), 168, 169.
Posesión *pro donato*, 201, 209.
— *pro dote*, 201.
— *pro emptore*, 201, 209.
— *pro herede*, 208, 775, I.
— *pro legato*, 201.
— *pro possessore*, 775, I.
Possessiones, 156, 3.
Possessor juris, 165 bis—775, n. 2.
Postliminium, 64, 2, a—90, 2, 540.
Postulare, 735, n. 1—135.
Póstumos (Institución y desheredación de los), 571, 1.
Potestas (Potestad) del señor, 65, I.
— marital. V. *Manus*.
Potestas del magistrado, 710.
Potestad paternal (Caracteres, efectos de la), 83.
— (Fuentes de la), 84 y s.
— (Extinción de la), 96, 97.
Pothier, 56.
Poderes del tutor, 109 y s.
Praedes litis et vindiciarum, 720, 721.
Praedes sacramenti, 720.
Praedia rustica, urbana, 219.
— *rustica vel suburbana*, 116, 2.
Praediatura, 208, 2, b.
Praefatio, 50, 5 *in fine*.
Praejudicia, 744, b—782.
Praemia patrum, 639 y s.
Prenda, 243, 245, 356.
Praenomen, 81, n. 2.
Praes, praedes, 318, n. 1.
Praescriptio, noción, 744.
— *longi temporis*, 210.
Praescriptiones ex parte actoris, 774, a.
— *ex parte rei*, 744, b.
Praeses rector provinciae, 711, 2.
Praestare, 264, c.
Praetor (Pretor), 35, 36, 37, 711, 1.
— *fideicommissorius*, 646.
— *peregrinus*, 35, 711, 1, a—715, n. 3—729.
Praetor urbanus, 35, 711, 1.
Pragmatica sanctio, 54, n. 1.
Precario, 408, 3.
Prefectura, 70, 2, b.
Prefecto de la ciudad, 711, 1.
— del pretorio, 711, 1.
Preñez, 82, 2.
Presidente de provincia. V. *Praeses*.
Préstamo de uso. V. Comodato.
— de consumo. V. *Mutuum*.
Pretium (Precio), en el arrendamiento, 375, 376, I y II.
— en la venta, 360, 2.
Principium, 50, 3 y 4.
Prisión, 270, 1—724, 758, 761, 4, b.
Privilegio del doble lazo, 695, II.
Privilegios de los militares en materia de sucesión, 538, 548, 1—555, 566, 572, 597, c—645, 4.
Privilegiadas (Hipotecas), 253.
Privilegium exigendi, 119 bis, 1—132, 3—435, A *in fine*.
Procedimiento (Diversos sistemas de), 707, 714 y s.
— de las acciones de la ley, 714 y s.
— extraordinario, 760, 761.
— formulario u ordinario, 728.
— formulario (Origen y desenvolvimiento del), 728 y s.
Procónsul, 158, 1.
Proculeyanos, Próculo, 44.
Procuratio in rem suam, 491.
Procurator, 388.
— *ad litem*, 735.
Pródigo, 123.
Productos, 188 y s.—227, 2.
Proletarii 14 *in fine*.
Promesas por otro, 304.
Promissio, promissor, 287.
Promptuarium, 53 *in fine*.
Propiedad: noción, elementos, 148, 149.
— bonitaria, 151 y s.
— quiritaria, 157.
— inmueble (Origen y desenvolvimiento de la), 155 y s.
— (Extinción de la), 159.
— *ad tempus*, 160 y s.—373, 430.
— (Modos de adquirir la). V. Adquisición.
Protutor, 119, n. 5.
Provincias, 158.
Provocatio ad populum, 63 *in fine*—20, n. 3.
Prudentium responsa, 43, 47.
Pruebas, 749, 761, 2, b.
Pubertati proximus, 113, 446, b.
Pubertad, 86, 1—539, n. 3.
Publicanos, 383, 3 y n. 4.
Pupilo (Capacidad del), 111 y s.
— (Garantías del), 119 bis.
Purgatio morae, 471 *in fine*—472 *in fine*.

Q

Quasi ex contractu (Obligaciones nacidas), 437 y s.
Quasi ex delicto (Obligaciones nacidas), 462.
Quatuor viri juridicundo, 711, 1, b.
Querela inofficiosi testamenti, 575 y s.
Quinquaginta decisiones, 50, 2.
Quiritium (Dominium ex jure), 150, 151, 152.
— *(Nudum jus)*, 151, 154.

R

Ramnenses, 10.
— *secundi*, 13.
Rapina, 459.
Ratificación, 438, I.
Realistas, 55 *in fine*.

Recel, 453.
Receptum argentariorum, 410, n. 2—414.
— *arbitrii*, 712, n. 1.
— *nautarum*, 462, n. 1—465, n. 2.
Recipere, 410, n. 2.
Reconducción tácita, 376, IV, 1.
Reconciliatio mutui, 347, 1, a.
Recurso (Vías de), 757, 761, 3.
Recuperatores, 712, 1, b.
Redemptor vectigalium, 375, n. 1.
Régimen dotal, 432 y s.
Regla catoniana, 628 y s.
Reglas de Ulpiano, 58, I, 2.
Rei vindicatio, 769 y s.
Reivindicación. V. *Rei vindicatio*.
Rendimiento. V. *Collatio*.
Remisión de deuda, 510 y s.—517 y s.
Renuncia de la herencia, 594.
— del usufructo, 233, 5.
— a las servidumbres prediales, 224, 4.
Repetición de lo indebido, 443.
Réplica, 743.
Representación en los actos jurídicos, 261, 392 y s.
— en justicia, 735.
— por las personas *alieni juris*, 257. y s.—476 y s.
Repromissio (Nuda), 335.
Repudiación. V. Divorcio.
Repudiación de la herencia. V. Renuncia.
Res, noción, divisiones, 137 y s.
Res aliena. V. Otro.
Res communes, 140, 1.
— *corporales, incorporales*, 142 y s.
— *divini, humani juris*, 138 y s.
— *furtivae*, 199, 3.
— *in commercio, extra commercium*, 137 bis, n. 2.
— *in patrimonio nostro, extra patrimonium nostrum*, 137 bis.
— *mobiles, soli*, 143.
— *nullius*, 139 y n. 1.
— *privatae*, 140, 4.
— *publicae*, 140, 2.
— *religiosae*, 139, 2.
— *sacrae*, 139, 1.
— *santae*, 139, 3.
— *universitatis*, 140, 3.
— *vi possessae*, 199, 3.
Rescisión por lesión, 126, 360, 2, c.
Resolución de la propiedad, 160 y s.—373, 430.
— de la venta, 373.
— de los contratos, 299.
Restipulatio, 731, 808.
Respondere publice, 43, 47.
Responsa prudentium, 43, 47.
Restitutio in integrum, generalidades, 811, 812, 757, 2.
Restitución de la dote, 435.
Restitutio, en caso de *capitis deminutio*, 812, 2—134, 2—700, 2—702.
— *ob absentiam*, 812, 4.
— *ob dolum*, 812, 1.
— *ob errorem*, 813, 1.
— *ob infirmitatem aetatis*, 126.
— *ob metum*, 812, 1.
Restitutio natalium, 75, I, 1—76.
Retención (Derecho de), 185, A—243, 353, II, 2—354, II, 2—356, II, 2—370, 1.
Retentiones, en la acción *rei uxoriae*, 435, A, 2.
Retroventa (Pacto de), 372, 2.
Reus, 264, n. 2.
Reus promittendi, stipulandi, 305.
Revocatio in duplum, 757, 1.
Revocación de donaciones entre vivos, 425.
— de los testamentos, 571, 2.
— de los legados, 631, 2, a.
Rey, 12, 1.
Riberas del mar, 140, 1.
Riberas de los ríos, 140, 2.
Robo. V. *Furtum*.
Rogationes, 93, n. 1—83, n. 2.
Roma (Fundación de), 10.
Ropa *pretexta*, 86, n. 1.
Ruptura del testamento, 571.
Rutilio Rufo, 703 y n. 2—705, 2.

S

Sabinianos, Sabino (Masurio), 44.
Sacer, 156, 2.
Sacra gentilitia, 81.
— *privata*. V. Culto privado.
Sacramentum, 719 y n. 1—720 y n. 4.
Sacrorum detestatio, 93, n. 1.
Saltus hiberni, aestivi, 169.
Satisdatio, 317, 335.
Scaevola (Q. Mucio), 34. 272, n. 2—273 *in fine*.
Scriptores rei agrariae, 156, n. 3.
Sectio bonorum, 704.
Sectorium (Interdicto), 704, 810, I, 4.
Secuestro, 355, 2.
Seguridades personales, 317 y s.
— reales, 241 y s.
Senado, 12, 2 y 3—15, 25, 40.
Senadoconsulto, 40.
Senadoconsulto Afiniano (Sabiniano), 687, 3.
— Juvenciano, 775, 770, 2—191.
— Macedoniano, 484.
— Neroniano, 610.
— Orficiano, 684.
— Pegasiano, 651, 652, 653.
— Tertuliano, 683.
— Trebeliano, 650, 652, 653.
— Veleyano, 326 y s.
Seniores, 14, 3—15.
Sentencia, 748, 750, 755.
— (Efectos de la), 755, 756.
Sentencias de Paulo, 58, I, 3.
Sententiae receptae, 34.
Separatio bonorum, 601, 606 y s.
Sepulturas, 139, 2.
Servidumbres, reglas comunes, 215, 216.
— personales, 225 y s.
— reales o prediales, 217 y s.
— reales (Caracteres de las), 218.
— (Constitución de las), 222, 223.
— (División de las), 220.
— (Enumeración de las), 220.
— (Extinción de las), 224.
— rurales urbanas, 129, 224, 1.
Servio Tulio (Reformas de), 14 y s.
Servus. V. Esclavo.
Servus publicus, 65, II *in fine*.
— *terrae*, 77, 2.
Sexto Aelio, 32.
Sinalagmáticos (Contratos), 276, 3.
Sociedad, 380 y s.
— (Efecto de la), 385.
— (Disolución de la), 386, 387.
— leonina, 382 y n. 2.
— *alicujus negotiationis*, 383, 2, b.
— *omnium bonorum*, 383, 1, a.
— *omnium quaestuum*, 383, 1, b.
— particular, 383, 2.
— *unius rei*, 383, 2, a.
— universales, 383, 1.
— *vectigalium*, 383, 2, c—384, 386, 3.

Solidaridad, 305.
Solidi capacitas, 638.
Solidum (Obligación *in*), 305, 312, 313.
Solidus, 424, n. 2.
Solitarius pater, 637, n. 1.
Solutio. V. Pago.
Species, 283, a.
Sponsalia, 86, n. 3.
Sponsio, 287, 270, 2.
— *dimidiae partis*, 412, 1.
— *tertiae partis*, 784, 1.
Sponsionem (Procedimiento *per*), 731, 808.
Sponsores, 319, 320.
Spurius, 89, 91, I.
Statuliber, 74, I, 2, y n. 10.
Status, 133.
— *permutatio*, 133.
Stipendium, 158, n. 1.
Stirps, 81, n. 6.
Stuprum, 92, 1.
Subcesiva, 156, 1—157.
Subhastatio, 704, n. 1.
Subscriptio, 537, III y n. 8.
Substantia, 279, 401, n. 5.
Sustitución: noción, 559.
Sustitución mutua, recíproca, 562.
— pupilar, 563 y s.
— cuasi pupilar, ejemplar, 567.
— vulgar, 560, 561.
Successio in locum, 252, b y n. 2.
Sucesión, generalidades, 532 y s.
— *ab intestato*, 567 y s.
— (Apertura y adquisición de la), 659, 660.
— *ab intestato* de los libertos), 686, 690, 691.
— del emancipado, 692.
— del ingenuo, 661 y s.
— pretoriana. V. *Bonorum possessio*.
— según las Novelas 118 y 127, 694, 695.
— testamentaria, 536 y s.
Sucesiones irregulares, 690.
Suffragii (jus), 68, 69, 2, a.
Sui heredes, 83, 2—441, 588, 596, 2.
Sulpicio (Servio), 34, 506, n. 2.
Superficie, 238.
Suspecti tutoris (crimen). V. *Crimen*.
Syndicus, 136.
Syngraphae, 342.

T

Tablas (Ley de las XII), 20.
— de Heráclea, 125, n. 1.
— de Salpensa y de Malaca, 66, n. 6.
Tabulae accepti et expensi, 339.
— *nuptiales*, 87.
Tabularii publici, 88, 2 *in fine*—537, n. 10—598, 1.
Tácita reconducción, 376, IV, 1.
Tasa del interés, 351.
Taxatio, 739, 3—772, n. 2.
Teófilo, 50, 3—59, II.
Término: noción, 294.
— incierto, 557, 558, 624, 2.
— resolutorio o extintivo *dies ad quem*, 294, 2—558, 1—218, 2.
— suspensivo *dies a quo*, 274, 1—558, 2.
— tácito, 294, 1.
— en los contratos, 294, 349, 353, II, 1—371, 381, 411, 2.
— en las instituciones de herederos, 557, 558.
— en los legados, 624.
Tesoro, 172, 1.
Testamento *calatis comitiis*, 588, I, 1.
— *in procinctu*, 537, I, 1.
Testamento nuncupativo, 537, I, 4.
— *per aes et libram*, 537, I, 2 y 3.
— pretoriano, 537, II.
— *tripertitum*, 537, III.
— *destitutum*, 574.
— *injustum*, 569, 1.
— *inofficiosum*, 575 y s.
— *irritum*, 572, 573.
— *ruptum*, 571.
Testamenti factio, 539, n. 1.
Titienses, 10.
— *secundi*, 13.
Titulus justus. V. Justa causa.
Toga viril, 86, n. 1.
Tradición: noción, 173.
— (Elementos de la), 174 y s.
— (Efectos, modalidades de la), 178 y s.
— en caso de venta, 180.
— *brevi manu, longa manu*, 177, n. 1—176, n. 3.
— ficta, simbólica, 176, n. 3.
— *incertae personae*, 181.
Tradition (Nuda), 173 *in fine*.
Trajectitia pecunia, 350, b.
Transcriptio a persona in personam, 340, b.
— *a re in personam*, 340, a.
Translatio legati, 631, 2, b.
Transmisibilidad de las acciones, 792, 1.
Trebacio, 172, 1.
Triboniano, 50, 2, 3, 5—51 *in fine*.
Tribunos de la plebe, 17, 18, 19.
Tribus de razas, 10, 11, 1.
— locales, 14, 1—18, 29.
Tributum, 158, n. 1.
Trinoctio abesse, 98, 1, a.
Tripertita, 32.
Triplicatio, 743.
Turbatio sanguinis, 90, 1.
Turpis persona, 577.
Tutela (Generalidades), 102, 103.
— (Fin de la), 118 y s.
— deferida por el magistrado, 107.
— de los impúberos, 103 y s.
— fiduciaria, 108, III.
— legítima de los agnados, 106, II.
— legítima del ascendiente, 108, II.
— legítima de los gentiles, 106, III.
— legítima del patrono, 108, 1.
— perpetua de mujeres púberes, 120.
— testamentaria, 105.
Tutor (Designación del), 104 y s.
— (Funciones del), 109 y s.
— (Restricciones a los poderes del), 116.
Tutor atilianus, juliotitianus, 107.
— *cessuis*, 120, 1.
— *dativus*, 107, n. 1.
— *optivus*, 120, 2. a.
— *personae rei datur*, 109.
Tutores (Pluralidad de), 117.

U

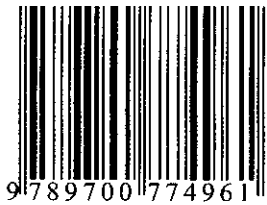
Ulpiano, 44 *in fine*—58, I, 2.
— (Reglas de), 58, 1, 2.
Uncia, 351, 555.
Unciarum fenus, 351.
Universitas, 136, n. 1.
Uso (Derecho de), 235.
Usu (Manus establecida), 98, 1, a.
Usucapión: generalidades, 197 y s.
— en Derecho clásico, 198 y s.
— bajo Justiniano, 211.
Usucapio libertatis, 224 *in fine*.
— *lucrativa pro herede*, 208, 1.
Usufructo, 225, 226 y s.

Usufructo (Constitución del), 232.
— (Extinción del), 233.
Usufructuario (Derecho del), 227, 228, 229.
— (Obligaciones del), 230, 231.
Usurae centesimae, legitimae, semisses, 351.
Usureceptio, 208, 2.
Usurpatio, 206, n. 1.
Usus auctoritas, 197, n. 2.
Útil (Año), V. Año.
Útiles (Acciones), V. Acciones.
Uxor, 88, 1.

V

Vacario, 55, 1.
Vacua possessio, 347.
Vadimonium, 718, 737.
Variae causarum figurae, 266.
Vas, vades, 718, 318, n. 1.
Vaticana Fragmenta, 58, II, 1.
Vectigalium (societas), 383, 2, c.
Vendedor (Obligaciones del), 362 y s.
Venditio bonorum. V. *Bonorum venditio*.
Venia aetatis, 130.
Venta, 358 y s.—273.
— de una sucesión, 697, n. 1.
Verna, 64, n. 2.
Vestal, 96, I, 3—120, n. 3.
Veteranos, 70, 2, b—156, 1, c.
Vi, clam, precario, 810, III, 1 y 2. —197.
Via, iter, actus, 220, 1.
Viator, excutor, 761, 1.
Vicarii, 65, I, 2.
Vicios redibitorios, 368.
— del consentimiento, 280.
Vinculum juris, 263.
— *aequitatis*, 526.
Vindex, 724, 734.
Vindicatio, 720.
— *in servitutem, in libertatem*, 782, 1.
Vindiciae, 720, 721.
Vindicta, 720.
— (Manumisión), 74, I, 2.
Violencia, 280, 2—459, 460, 789, 804, 810, II, 1—812, 1.
Vis armata, quotidiana, 810, II, 1.
Vías de ejecución, 724 y s.—758, 761, 4.
— de recurso, 757, 761, 3.
Vocatio in jus, 718, 734, 761, 1.
Voto en los comicios por curias, 12, 3.
— por centurias, 15.
— por tribus, 18.
Vulgata, *lectio vulgata*, 55, 1—59, 1.
Vulgo conceptus, quaesitus, 89, 91, 1.

Esta obra se terminó de imprimir
el día 2 de junio de 2007, en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF.


9 789700 774961