

**ALFREDO Di PIETRO
ÁNGEL ENRIQUE LAPIEZA ELLI**

Manual de derecho Romano

DERECHO
CUARTA EDICIÓN
EDICIONES BUENOS AIRES

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES

CONCEPTO DE DERECHO ROMANO

Es el complejo de ideas, experiencias y ordenamientos jurídicos que se sucedieron a lo largo de la historia de Roma, abarcando desde los orígenes de la ciudad estado* hasta la disgregación de la parte occidental del Imperio o, mejor, hasta la muerte de Justiniano (565 d.C.)

- Bajo la denominación de Derecho Romano se significaron diferentes cosas a lo largo de los siglos. Así, para el estudioso medieval del siglo xra, Derecho Romano era la compilación justiniana, la que en 1583 fue designada por el jurista Dionisio Godofredo *Corpus iuris dvÜls* (sistema del derecho civil).
- Con posterioridad al siglo xrv se consideró Derecho Romano a la elaboración doctrinaria producto de la adaptación del *Corpus iuris* a las necesidades de la sociedad europea en rápido desarrollo económico y social.
- Después de entenderse como Derecho Romano a ese derecho común europeo y cuando ya se estaban perfilando los sistemas jurídicos nacionales se designó Derecho Romano actual o Pandectística a la armonización teórico-práctica que hicieron los juristas alemanes en -el siglo xix, y que fue fuente de derecho positivo en Alemania hasta la promulgación del Código Civil alemán de 1900.

El Derecho Romano tuvo, pues, dos vidas: la primera, ubicada en la época histórica romana, como un proceso concreto y natural de vivencias, valoraciones y normas; la segunda, como un complejo de normas que, de una manera u otra, tuvo vigencia en el occidente europeo hasta los umbrales del siglo xx, no por imposición de un poder estatal sino por la generalizada conciencia de su valor técnico y de la justicia o equidad de sus soluciones.

NOCIONES FUNDAMENTALES

IUS

Es el equivalente latino de nuestro vocablo derecho. Puede aparecer también, según su función sintáctica, bajo las formas *iure* (de acuerdo a derecho), *iuris* (de derecho), *iuri* (para el derecho).

I. En primer lugar, *ius* significa el conjunto de normas que constituyen un ordenamiento jurídico. En otros términos, *ius* es el derecho objetivo.

- *Ius* designa un derecho positivo. Para referirse al derecho como valor ideal, los romanos usaban las expresiones *aequitas* o *aequum et bonum* o calificaban a *ius* como *naturale*.
- Los romanos no definieron abstractamente al *ius* como ordenamiento jurídico. La definición de Celso "ius est ars boni et aequi" ("el derecho es la ciencia de lo conveniente y de lo justo") se refiere, en realidad, a la actividad o disciplina de los juristas, que debe así conciliar, de una manera realista", lo que resulta justo y adecuado a las necesidades sociales del momento.
- Sería incorrecto traducir *bonum* como "lo bueno moral" y así achacarle a Celso el confundir lo jurídico y lo moral. Por otra parte, si bien el ordenamiento jurídico no prescribía una conducta moral, la tenía constantemente en cuenta, como lo prueban la vigilancia ejercida por el censor, la anulación de obligaciones cuyos objetos resultaran inmorales y la amplitud dada a la *exceptio dolii*".

II. Actualmente es controvertido si la acepción de *ius* correspondería plenamente a la nuestra de derecho subjetivo, especialmente si tomamos en cuenta que los juristas romanos no determinaban si en un caso dado una persona tenía un derecho subjetivo, sino si le era otorgada o no una acción. Así, el pretor no concedía o negaba derechos sino acciones; su edicto era un repertorio de acciones para las distintas situaciones que se podían presentar.

III. *Ius* significa también status, condición o situación jurídica; por ejemplo, *sui iuris* se decía de una persona dotada de capacidad de derecho.

IV. Otro significado de *ius* sería el de expresión ritual. Esto por el pensamiento mágico religioso que atribuía a ciertas palabras o gestos un poder creador de derecho: "*Ius feci*" significaría "he cumplido el rito".

V. *Ius*, además, designa el encuadre jurídico de una situación o cosa. Así, *iuris dictio* (expresión del derecho) es la facultad del magistrado de plantear o imponer jurídicamente una controversia.

VI. Por último, *ius* se usaba para designar la etapa procesal que estaba a cargo del magistrado y, por extensión, el ámbito físico del tribunal.

IUS PUBLICUM - IUS PRIVATUM

IUS PUBLICUM

Tuvo dos acepciones: una hacía referencia a la fuente de las normas y la otra a su ámbito de regulación.

(A) Teniendo en cuenta la fuente, *ius publicum* es el derecho creado por el estado —*lex*

publica, senadoconsulto, constitución imperial, etcétera—. En la época republicana se usó como sinónimo *ius legitimum*.

(B) Por el objeto, *ius publicum*, según Ulpiano, es el que atañe al modo de ser (*status*) de la organización del pueblo romano.

- No coinciden las normas que comprenden una y otra acepción: las que regulan la estructura y el ordenamiento del estado tienen su origen en la praxis consuetudinaria y no necesariamente en las leyes públicas, que, en cambio, devinieron la fuente paulatinamente preponderante en materia de relaciones entre particulares, es decir, de derecho privado.

IUS PRIVATUM

Ulpiano lo define como el referente al interés de los particulares y como tripartito: consta del *ius civile*, del *ius gentium* y del *ius naturale*.

Ius civile. — Abarca en principio la totalidad del ordenamiento romano exclusivamente de y para los ciudadanos romanos, dado el principio de personalidad * de las leyes.

Ius gentium. — Teóricamente, según una definición pedagógica de Gayo, es el derecho que, resultando de la intelección o captación de un orden natural en la realidad, tiene aplicación en todos los pueblos. *Ius gentium*, en cambio, como concreta realización histórica, es el conjunto de normas e instituciones de derecho positivo, producto de la actividad del pretor peregrino para ser aplicado a las, relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos * o entre éstos.

Ius naturale. — Parece haber resultado de un desglose de la ya mencionada concepción de Gayo del *ius gentium*. Este autor solía, por lo demás, utilizar la expresión *ius naturale* para acentuar el carácter racional de algunas instituciones del *ius gentium*. Posteriormente, la doctrina dio diferentes definiciones del *ius naturale*. Para Paulo es "lo que siempre es justo y conveniente". Para Ulpiano, lo que la naturaleza ha inculcado a todos los seres animados "... como la unión del macho y de la hembra, -la procreación y educación de los hijos". Por último, en las "Instituciones" de Justiniano encontramos una definición en la que se puede ver una fuerte influencia del cristianismo: "El derecho natural, que en todos los pueblos se observa por igual, establecido por una cierta providencia divina, permanece fijo e inalterable".

FAS

Ius debía coexistir originariamente, en las concepciones del romano primitivo, con *fas*, vocablo probablemente vinculado con *fari* (hablar, manifestarse); el concepto contrario, *nefas* (de donde proviene nefasto), equivale a tabú, lo prohibido por el mundo mágico religioso. Con el correr del tiempo y la laicización del derecho, *fas* persistió significando el ámbito de lo permitido por manifestación de la divinidad, a diferencia de *ius*, que adquirió el valor de ordenamiento jurídico humano.

IUSTITIA (Justicia)

Según Ulpiano, “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”. La caracteriza como una virtud y no como una abstracción de “todo lo conforme a derecho” como podría esperarse de su derivación de *iustus* (de acuerdo al *ius*).

IURISPRUDENTIA (Jurisprudencia)

De *iuris* (de derecho) y *prudentia* (sabiduría, experiencia previsora). La definición de Ulpiano, “el anoticiamiento de las cosas divinas y humanas y la sabiduría discernidora de lo justo y de lo injusto”, nos recalca el carácter realista y plástico —ajeno a esquemas utópicos y atento a las necesidades y aspiraciones de la vida comunitaria— que tenía la jurisprudencia romana.

AEQUITAS (Equidad)

Tuvo dos significados. En las épocas preclásica y clásica equivalía a justicia, valor ideal al que tiende y con el que se justifica la norma. En la época justinianea, el otro sentido del vocablo —impregnado de concepciones cristianas tales como la caridad, benevolencia y benignidad— aparece como un criterio extrajurídico, al margen y contrapuesto a la rígida norma positiva.

CARACTERES DEL DERECHO ROMANO

De los diversos aspectos que destacaron al Derecho Romano entre los otros derechos de la antigüedad y que, de una forma u otra, aseguraron su permanencia, podemos citar los siguientes.

(A) Prudente armonización de la libertad con el principio de autoridad. — La plena regulación de la vida social permite el juego autónomo de la libertad individual.

(B) Continuidad en la evolución jurídica. — Como resultado de una combinación de reverente tradicionalismo y de apertura a los nuevos requerimientos sociales. Las instituciones que comienzan a ser obsoletas no se destruyen sino que se las mantiene al lado de las que van surgiendo. Esto lleva a un acumularse de experiencias y resultados, a la convivencia y estratificación de fuentes y sistemas de derecho.

(C) Pluralidad de fuentes y sistemas jurídicos. — Coexistencia de estructuras jurídicas distintas y contrapuestas entre sí, en su campo de aplicación, origen o fundamento: un *ius civile* —derecho exclusivo de los ciudadanos romanos— contrapuesto a un *ius gentium* —derecho para las relaciones de y con extranjeros—; ese mismo *ius civile*, proveniente de la interpretación, jurisprudencial y de la legislación, y enriquecido con instituciones del *ius gentium*, aparece enfrentado al *ius honorarium*, originado en la función jurisdiccional del pretor; las *leges* —producto del poder legislativo del emperador— como antinomia de los *iura* *, expresión, a través de las obras de juristas, de todo el derecho anterior, etcétera.

(D) Derecho de juristas. — Tiene su base en el hecho de que la fuente más importante del derecho preclásico y clásico son las opiniones y dictámenes de individuos privados, sin otro fundamento que el de su prestigio y la adecuación de sus soluciones a la vida social, las que adquirían directamente valor normativo y vinculatorio para los órganos judiciales sin necesidad de pasar previamente por los órganos legislativos estatales.

(E) Sentido de la realidad. — Los juristas mantenían contacto constante con la realidad y la conciencia social, situándose al margen de ideologías y utopías.

(F) Tipicidad de las instituciones. — Los romanos, de espíritu real y concreto, si bien superaron el tratamiento casuístico, no llegaron a las formulaciones extremadamente abstractas de las teorías generales —de la magistratura, de los contratos, de la servidumbre, etcétera—, sino que centraron su atención en el estudio de los tipos, es decir, de cada tipo de institución. Esto significó un razonable término medio entre un empírico casuismo y un abstracto conceptualismo generalizante.

(G) Falta de codificación. — Una codificación que cubriera la totalidad de la vida jurídica hubiera parecido a los romanos cristalizar o anquilosar un proceso de desarrollo que su experiencia les mostraba incesante.

(H) Tendencia a la universalidad. — Como producto de la expansión política y cultural romana y la paulatina integración con tantos pueblos.

PERIODOS HISTÓRICOS

Toda división en períodos de un proceso histórico es siempre arbitraria y relativa, pero es un recurso metodológico y didáctico.

La división tradicional en período monárquico, republicano e imperial, está referida a la organización del poder político en su más conspicua manifestación. Pero en el caso de Roma, además de esa referencia, conviene tener en cuenta la composición humana del estado y la organización del ámbito hegemónico.

(A) La organización política del pueblo romano. — Se ha comprobado la existencia de un *rex* en la primitiva confederación de grupos que dio origen a Roma. Se produce en el siglo VI una reacción patricia contra la creciente preponderancia real y luego de un período de transición se desemboca en un régimen que se ha denominado republicano, que tendrá una época de asentamiento y otra de equilibrada plenitud; posteriormente el crecimiento del estado y la falencia de sus órganos —propios de una pequeña comunidad— para gobernar un enorme imperio, producirá una crisis de la que se saldrá con la constitución de un poder monárquico burocrático que superará las limitaciones de los órganos de la ciudad estado.

Durante los dos primeros siglos, este poder aparecerá limitado por la subsistencia formal pero decadente de los antiguos órganos republicanos. A principios del siglo ni se acentúa el carácter autocrático y militarista del régimen que devendrá una férrea y absoluta monarquía al frente de una omnipresente y centralizada burocracia. El Imperio se dividirá en la parte oriental —cuya capital, Constantinopla, durará hasta 1453— y en la occidental, que subsistirá formalmente hasta el 476 d.C, para quedar fragmentada en varios reinos bárbaros.

(B) Integración del cuerpo cívico del estado. — En los primeros tiempos, únicamente los quirites * o patricios * integraban los cuerpos cívicos de Roma. Los otros hombres libres, los plebeyos, fueron logrando su paulatina insertación al actuar en el ejército y participar en los comicios centuriados.

Se añadirán luego contingentes latinos que Roma anexa. Superada la crisis de la Guerra Social *, se consiente en conceder status romano a los miembros de las comunidades itálicas de gran parte de la península.

Luego se irá concediendo la ciudadanía a las élites gobernantes de las ciudades del Imperio y, por último, se la otorgará masivamente a casi todos los hombres libres de éste (año 212 d.C.).

(C) Organización del ámbito hegemónico. — Existieron factores que tendían a conservar el estado romano en su estructura originaria de ciudad estado, retardando la formación del estado universal que fue el Imperio, tales como: 1) la concepción de la ciudad estado como única forma de *libera res publica* (estado libre); 2) el egoísmo de la oligarquía y del pueblo de Roma a extender a otros la condición de ciudadanos.

A su vez, otros factores se opusieron a éstos y lograron conformar la nivelación geopolítica del Imperio: 1) la composición del ejército, paulatinamente más abierto a los aliados, a los peregrinos y por último a los bárbaros; 2) el plástico realismo romano en lo político y administrativo* 3) la tendencia de los emperadores a legislar uniformemente para todo el imperio; 4) el impulso expansivo de la burocracia*.

PROPUESTA PARA UNA DIVISIÓN DE LA HISTORIA ROMANA

I. Un período inicial, el de la ciudad quiritaria, que abarque la formación de la ciudad estado, la influencia etrusca que organiza y perfecciona la *civitas* *; la reacción patricia contra el *rex* y su esfuerzo por mantener sus privilegios ante la cada vez más numerosa plebe, la reacción de ésta y su trabajosa integración a los cuadros sociales y políticos romanos, y la conformación del régimen político de la *res publica* *.

II. Un segundo período —el de la *res publica*— se iniciaría con una tendencia al armónico funcionamiento de magistraturas, Senado y comicios. Este período terminará en una crisis, producto de la antifuncionalidad de los órganos políticos de la ciudad estado para gobernar toda la cuenca del Mediterráneo, que se hallaba bajo la hegemonía romana, ya sea por alianzas o dominio directo.

III. Una tercera etapa —la del Principado— estaría caracterizada por el creciente aumento del poder autocrático del *princeps* y la formación de una estructura burocrática en detrimento de los órganos republicanos que subsistían formalmente. Se da entonces una extensión de la ciudadanía a todo el Imperio y una uniformidad en su organización administrativa.

IV. El Dominado, la cuarta etapa, que comienza en el año 284 d.C, se caracterizó por un despotismo teocrático, una concepción totalitaria de la sociedad y un estado universal. Luego de una definitiva división del imperio (395 d.C.), la parte occidental se

fragmentará en varios reinos bárbaros (476 d.C.), mientras que la oriental logrará sobrevivir hasta 1453.

VER LÁMINA NÚMERO UNO.

DISTINTAS PROPUESTAS DE PERIODIZACION DEL DERECHO ROMANO

I. Hugo, asimilando la vida del Derecho Romano a la de una persona, la divide en (A) infancia, desde la fundación de Roma hasta la ley de las XII tablas (451 a.C.); (B) juventud, hasta Cicerón (mediados del siglo i a.C.); (C) virilidad, hasta Alejandro Severo (235 d.C.); (D) vejez, hasta la muerte de Justiniano (565 d.C.).

II. Bonfante y De Francisci fijan la periodización alrededor de dos momentos de profunda crisis de transformación —el fin de la segunda guerra púnica y el del reinado de Alejandro Severo—: (A) derecho quiritorio, hasta el 202 a.C; (B) derecho romano universal o *ius gentium* hasta el 235 d.C; (C) derecho heleno romano o romeo, hasta el 565 d.C.

III. Perozzi simplifica: (A) período romano, hasta el 250 d.C; (B) período romano-helénico, hasta el 565 d.C.

IV. Riccobono, entre otras propuestas, presenta una tripartita: (A) derecho nacional romano, hasta el establecimiento total de la hegemonía en el Mediterráneo (146 a.C.); (B) derecho universal, hasta el fin de la persecución de los cristianos (305 d.C.); (C) derecho romano-cristiano, hasta la muerte de Justiniano.

V. Biondi propone una partición quíntuple: (A) hasta antes de la ley de las XII tablas; (B) hasta el fin de la *res publica*; (C) hasta el advenimiento de Constantino (306 d.C.); (D) hasta inmediatamente antes de la compilación justiniana; (E) hasta la muerte de Justiniano.

VI. En este libro se adopta la división propuesta por Guarino, la que coincide con la ya vista división de los períodos de la historia de Roma:(A) derecho arcaico, correspondiente al período de la ciudad quiritoria; (B) derecho preclásico, al de la *res publica*; (C) derecho clásico, al del Principado; (D) derecho posclásico, al del Dominado.

- En gráfico de págs. 8 y 9 se ve que los momentos históricos más tenidos en cuenta para las divisiones son (A) el de las XII tablas; (B) el de la segunda guerra púnica; (C) el del comienzo del Principado; (D) el fin de la dinastía de los Severos; (E) el de la época de Diocleciano y Constantino.

CAPITULO II

**HISTORIA Y ESTRUCTURA DE LAS
INSTITUCIONES POLÍTICO-SOCIALES
ROMANAS**

**LA CIUDAD QUIRITARIA
LOS ORÍGENES Y LOS REGES**

En el relato tradicional de los orígenes de Roma se confunden los elementos legendarios con circunstancias y hecho que la ciencia moderna está confirmando, como la existencia de grupos migratorios e influencias culturales provenientes del Egeo y el Asia Menor, la fusión de estirpes sabinas y latinas, el predominio etrusco, el régimen monárquico y su crisis.

LEYENDA	Años a. C.	HISTORIA
El príncipe troyano Eneas logra huir con sus hombres de la destrucción vde la ciudad. Luego de arduas peripecias en el Mediterráneo y de su frustrada relación con Dido, reina de Cartago, llega al Lacio, donde luego de luchar con una coalición de pueblos, entre ellos los etruscos, desposa a Lavinia, hija del rey autóctono Latino. Ascanio, hijo de Eneas, funda a su muerte la ciudad de Alba Longa.	1200	
	1000	Alrededor de los siglos X y XI a. C. aparecen configuradas pequeñas unidades sociopolíticas —grupos gentilicios?— en el Lacio, instaladas en aldeas con, probablemente, una acrópolis —posición fortificada—. Se organizan en ligas o confederaciones por motivos de defensa y religiosos, sin llegar a constituir una unidad política superior. Por la arqueología se constata una aldea de pastores en el Germal, situado en el monte Palatino.
	900	
	800	La federación latina del <i>Seplimontium</i> abarca tres de las siete colinas de Roma.
Bómulo y Remo, nietos de Númitor, decimotercer rey de Alba Longa, fundarán una nueva ciudad: Roma. Rómulo, jefe de la flamante comunidad, crea un consejo de 100 <i>patres</i> , cuyos descendientes son los patricios. La población de Roma se completa con el rapto de las sabinas y la posterior unión con la comunidad sabina.	753	Tres caseríos latinos del monte Palatino forman la llamada <i>Roma Quadrata</i> , al enmarcarse con un terraplén de tierra, piedras y troncos.
		Los latinos parecen tener buenas relaciones con poblados sabinos, como lo probarían tumbas promiscuas de inhumación —

Al desaparecer Rómulo en pasmosas circunstancias, accede al trono el sabino Numa Pompilio, quien organiza los ritos, el calendario y los colegios sacerdotales. Es sucedido, luego de 43 años de reinado, por Tullio Hostilio, de origen latino, quien destruye Alba Longa y traslada a Roma a sus habitantes. A continuación el sabino Anco Marcio funda el puerto de Ostia.	700	sabinas— y de de incineración —latinas— en la necrópolis ubicada en la depresión donde luego estraá el Foro, fuera de los muros de la <i>Roma Quadrata</i> .
Tarquino, procedente de Etruria, llega al poder e inicia obras de urbanización y vence a otros pueblos latinos y sabinos. Su yerno, Servio Tulio, construye el primer muro de cintura de Roma, divide la ciudad en cuatro circunscripciones y a la población, según su posición económica, en cinco clases y la distribuye en centurias. Un yerno de Servio Tulio, hijo de Tarquino y apodado el Soberbio, tras asesinar al suegro toma el poder ejerciéndolo tiránicamente y realiza obras como la Cloaca Máxima y el templo de Júpiter Capitolino.	600	La futura Roma se beneficia con la derrota de Alba Longa, que tal vez abre las puertas a la penetración etrusca. Los etruscos, buscando consolidar su dominio en Toscana y Campania, perfeccionan la federación latino-sabina, creando las condiciones para una cultura urbana, y "fundan" realmente la <i>civitas</i> , imponiéndola sobre las antiguas estructuras políticas, las <i>gentes</i> y las ligas. Ello se perfeccionará con el comicio curiado, las cuatro <i>tiibus</i> territoriales y la organización timocrática ° que dará un ejército y un ordenamiento cívico que huió obsoletas las estructuras gentilicias.
Ante los abusos de Tarquino y su familia el pueblo reacciona y los expulsa. Reunidas las centurias, son elegidos los primeros cónsules, Junio Bruto y Tarquino Colatino, líderes del movimiento revolucionario.	509	El despajar al rey de sus poderes cívicos-militares se debe a una reacción de la aristocracia gentilicia" contra un poder incrementado por (A) la transferencia de atributos soberanos de los grupos gentilicios confederados a los órganos unitarios de la <i>civitas</i> y (B) el carácter militar del <i>imperium</i> ° introducido por los etruscos. El <i>rex</i> , reducido a funciones religiosas, desaparecerá de la escena histórica.

LA GENS

Constituía en tiempos de la formación de Roma un grupo humano primordial, de unidad política, comunidad económica, religiosa y jurídica y con fuertes lazos de solidaridad social.

I. Para algunos autores, las *gentes* romanas, en cuanto pretendían tener un antepasado único —o héroe fundador—, tenían un origen y desarrollo genético familiar; para otros, las *gentes* serían el resultado de un proceso asociativo político. La *gens* configuraba una unidad preestatal en la cual ya encontramos presentes los elementos que componen al estado moderno: un territorio propio, órganos de gobierno —la asamblea y el *pater* o jefe de la *gens*— y normas de conducta —las *mores * maiorum* (costumbres de los antepasados).

- Políticamente actuaban en forma soberana en lo referente a sus relaciones exteriores y a su ordenamiento interno.
- En lo económico llevaban a cabo un elemental régimen de autoabastecimiento.
- La comunidad religiosa se patentizaba en la existencia de los *sacra gentilicia* (cultos o ritos privativos de la gen).
- Existía también un complejo normativo propio y exclusivo de cada *gens*: *ius gentilitatis*.
- La solidaridad gentilicia hacía aparecer al grupo como un todo único, como un sujeto activo o pasivo de la venganza de una ofensa sufrida o inferida, respectivamente, por un miembro de la *gens*. Se evidenciaba en el uso del *nomen*, en el sepulcro común, en el derecho hereditario y en la tutela y cíuratela.

II. Además de los gentiles, integraban la *gens* los *clientes* —de *cluere* (obedecer) — adscriptos voluntaria o compulsivamente a una condición de dependencia o vasallaje.

El *patronus* —jefe de la *gens*— debía protección al cliente y le entregaba en carácter precario * —ante la plegaria o ruego (*precaria*)— tierras para su trabajo; el cliente debía obediencia, asistencia armada y política, jornadas de trabajo y, en casos determinados, contribuciones económicas.

La única forma de tener acceso a la tierra y protección había sido, pues, pertenecer a una *gens*, ya sea como gentil o como cliente.

III. La *gens*, naturalmente, fue perdiendo vigencia y razón de ser cuando la *civitas* empezó a tomar a su cargo la protección del individuo al margen de los cuadros gentilicios y a integrar a los *dves* por medio de instituciones políticas tales como el Senado, los comicios, las magistraturas, los colegios sacerdotales y el ejército ciudadano.

En el siglo i a.C. la *gens* —ya sin vigencia ni relevancia jurídica— era un conjunto de individuos que sólo tenían en común un *nomen* *, remanente de una primitiva creencia en un antepasado también común.

LAS TRIBUS

Las tres tribus gentilicias. — Se puede utilizar la palabra tribu con dos sentidos: 1) como unidad política de base étnico cultural; 2) como unidad resultante de una división administrativa de una comunidad.

I. La interpretación tradicional da la primera acepción a las legendarias tres tribus romanas: los ramnes serían los latinos, los titienses los sabinos y los luceres los etruscos. Serían pues, unidades precívicas cuya unión, precisamente, originó a Roma.

II. Otros autores las consideran, en cambio, en la segunda acepción: serían una subdivisión artificial o convencional hecha con posterioridad a la existencia de la *civitas*. Así parecería sugerirlo el probable origen etrusco de sus nombres y la simétrica división de cada tribu en diez curias y el exacto aporte de cien caballeros y mil infantes por cada tribu.

Las cuatro tribus territoriales. — El ordenamiento de Servio Túlio, que dividió la ciudad en cuatro tribus territoriales, parece haber sido orientado a incluir a pobladores que no estaban encuadrados en *gentes*: precisamente aquellos que constituirían el núcleo de la futura plebe. Sería un progreso de la *civitas*, la nueva realidad estatal, sobre las antiguas unidades políticas basadas en las relaciones de parentesco —las *gentes*.

LAS CURIAS Y EL COMICIO CURIADO

En el proceso de superación de la estructura gentilicia por esquemas estatales de

integración cívica, los comicios curiados tienen un papel primordial.

Constituyen el paso inicial de la formación de lo que se llamará el *populus* *, palabra con que originalmente se designaba al ejército formado por los integrantes de la *civitas* y que luego —a través de la estructura centuriada— pasó a significar la ciudadanía encuadrada en los comicios.

• Las otras instancias en la formación del *populus* fueron la introducción del principio territorial —las cuatro *tribus*— y el sistema timocrático —las *clases* y las centurias— que acabaron por disolver las estructuras gentilicias para integrar al ciudadano a la *chitas* por sus condiciones o circunstancias propias —patrimonio y domicilio— y no por su pertenencia a grupos precívicos.

I. Tradicionalmente se habla de la existencia de 30 curias, 10 por cada una de las tres *tribus*. Criterios modernos hacen aparecer a la curia como una agrupación de *gentes* vinculadas sobre la base de un principio novedoso para la época: el de la vecindad de asentamiento.

II. Las dos primordiales funciones que se le atribuyen a esa "reunión de varones" —*curia* provendría de *coviria*, palabra formada por *co*: en conjunto, y *viri*: varones— eran (A) el reclutamiento militar —100 infantes y 10 jinetes por curia— y (B) funciones comiciales.

Estas últimas eran 1) el reconocimiento del *imperium* * del *rex* —posteriormente, de los magistrados *cura imperio*— por la *lex curiata de imperio* (ley curiada acerca del imperio), manifestado por el *suffragium* o aclamación unida al ruido (*fragor*) producido por el golpear de las armas; 2) el control de los actos e intereses de *gentes* y familias: testamento *, adrogación *, *cooptatio* o admisión en la *civitas* de una *gens* extraña, etcétera; y 3) reuniones para información acerca de asuntos de interés público.

EL SENADO

Primitivamente el Senado estaba compuesto por los *patres gentis*, cabezas de la confederación de *gentes* que constituyó el origen de la *civitas*.

Al incrementarse por la influencia etrusca el poder real, el *rex* empezó a incluir en el Senado a otros *patresfamilias* *, ya no como representantes grupales, sino como miembros de una comunidad unitaria.

EL REX

El *rex* —del latín *regere* (ordenar, dirigir)—, en la primera época vio su accionar muy condicionado por la existencia independiente de las *gentes*.

Al superarse los esquemas federativos en favor de la unidad estatal, que en cierta forma representaba el *rex*, éste fue cobrando una especial preponderancia, incrementada

por el ordenamiento de la *civitas* y la reforma militar etrusca. El *imperium* real, que superó barreras consuetudinarias, fue sentido por los patricios como tiránico y motivó la conocida reacción.

El imperium. — Es un tipo especial de poder que tuvo el *rex* y luego los principales magistrados de la *res publica*. La posible etimología —*imparare* (preparar las filas de los soldados)— nos daría una clave de lo que debe de haber sido el origen del *imperium*, que tradicionalmente es tomado como un poder originario, unitario, absoluto y soberano.

- Soberano (*superanus*) por ser superior, por estar por encima de cualquier otro.
- Absoluto, por no estar limitado o relativizado por nada.
- Unitario, porque no es una adición de determinadas atribuciones taxativas, sino una masa total de poder.
- Originario, porque no se deriva de otra fuente —por ejemplo, un mandato popular—, sino que halla su razón de ser en la misma institución de la monarquía o de la magistratura.

Al poder, originariamente sacerdotal del *rex* latino-sabino y militar del etrusco, se le habrían adosado, con el tiempo, otras atribuciones, impuestas por la cada vez más compleja vida política de la *civitas*.

Colaboradores reales. — Debido a ella, precisamente, el *rex* debió delegar ciertas funciones:

- 1) el *praefectus urbis* quedaba al frente de la ciudad cuando el *rex* se ausentaba;
- 2) los *duoviri perdiellionis* (dos varones de la traición al estado) se encargaban de la instrucción del proceso y de la ejecución de los acusados de alta traición;
- 3) los *quaestores parricidii* (inquisidores del *parricidium*) actuaban en la instrucción del proceso y la ejecución de los asesinos de un *paterfamilias*.
- 4) los *tribuni celerum* (tribunos de los veloces) comandaban la caballería.
- '5) el *magister populi* (jefe del ejército) o el *praetor* (el que marcha al frente) o los *tribuni militum* (tribunos de los soldados) eran puestos por el rey al frente del ejército.

COLEGIOS SACERDOTALES

Los distintos colegios sacerdotales cumplen las funciones de acomodamiento o armonía de la *civitas* a la voluntad u ordenamientos de la divinidad.

- I. Los **augures** asesoran al *rex* o al magistrado en su interpretación de los auspicios o augurios por los que la divinidad manifiesta su buena o mala disposición ante un quehacer comunitario: una elección, una inauguración de un templo, la iniciación de una batalla, etcétera.
- II. Los **pontífices** asisten y supervisan todos los actos sacrales públicos y privados, llevan el archivo y registro de los principales acontecimientos y son los intérpretes de las *mores * maiorum*.
- III. Los **feciales** se ocupan de todos los ritos referidos a las relaciones internacionales: iniciación de hostilidades, concertación de tratados, fijación de límites, etcétera.
- IV. Los tres **flamines**, encargados de los cultos capitolinos, oficiaban en la *confarreatio*.

LA CIVITAS PATRICIA Y LA TRANSICIÓN A LA RES PUBLICA

CIVITAS

Palabra derivada de *civis* (ciudadano, miembro de una comunidad) indica ciudadanía en sus dos acepciones: (A) calidad o condición de *civis*; (B) conjunto o universalidad de todos los *cives*.

A) De la condición de ciudadanía se trata en el Capítulo V.

B) *Civitas** como concepto jurídico, es un ente unitario, persona ideal distinta de los *dves* que la integran; como realidad política que se dio en la historia del Mediterráneo, equivale plenamente a lo que los griegos denominaban *polis** una sociedad de hombres libres organizados para una vida política soberana, una ciudad estado.

- Se trata de un conjunto de hombres o'cupantes de un territorio relativamente pequeño -cabían cientos de ellos en las penínsulas helénica e itálica— con, por lo menos, un centro cívico en que puedan funcionar los órganos de gobierno: un conjunto de magistrados, un consejo de notables o de ex magistrados y la asamblea de todos los que están en condiciones de cumplir con el deber esencial de defender la comunidad.
- Hay correlación entre la condición de ciudadanía, la posesión de la tierra y el deber del servicio de armas: les parecía equitativo que quien más tierra poseía, mayor contribución debía en la emergencia bética y mayor peso le correspondía en la decisión política. La organización timocrática institucionalizaba este principio al atribuir, según la posición económica, una mayor o menor participación en la guerra y en la vida política.

PROCESOS QUE LLEVAN A LA ESTRUCTURACIÓN DE LA RES PUBLICA

La *civitas* que había resultado de los sinecismos de los grupos gentilicios latinos y sabinos y de la presencia de una clase dirigente etrusca puede denominarse patricia porque sólo los llamados patricios eran plenamente integrantes de ella: el resto de los hombres libres romanos, quienes constituirán, a partir de la terminación del sistema real, la plebe, sólo en parte se hallaban incorporados a la estructura cívica.

Para que pueda considerarse que existe lo que los romanos llamaron *res publica* entendemos que no basta aquella caída de la monarquía: tendrán (A) que integrarse patricios y plebeyos en plano de igualdad jurídica, social y política, (B) que constituirse el *populus** como órgano activo de la *civitas* en su expresión comicial, (C) que regularizarse el ejercicio del *imperium* del *rex* en el tradicional régimen de los dos cónsules con recíproco derecho de *intercessio* * (veto).

Ello se realizó en tres paralelos e interrelacionados procesos que pueden darse por completados, en lo esencial, allá por el año 367 a.C.,' que ya se ha consignado como fecha límite de la *civitas* patricia con la *res publica*.

CONFLICTO E INTEGRACIÓN PATRICIO-PLEBEYA

Siglo y medio de la historia interna de Roma está cubierto por la oposición que se perfila, desde la caída de la monarquía, entre patricios y plebeyos y por la trabajosa serie de conflictos y transacciones que llevó a la integración de unos y otros en el *populus romanus*.

Origen de la distinción entre patricios y plebeyos. — Tema muy controvertido, ha dado lugar a numerosas, variadas y hasta contradictorias tesis.

De todos modos, en forma general y conciliando eclécticamente aquellas tesis, pueden establecerse estos puntos.

I. Los patricios son los descendientes de los grupos gentilicios cuyo sinecismo originó la *civitas*. Esos grupos habían aceptado el ingreso en su comunidad de otros llegados posteriormente. Tal el caso de los etruscos, que llegaron a acceder al poder real.

II. Los plebeyos se definen por exclusión: son los hombres libres romanos que no pertenecen a los grupos familiares patricios. Son de variada procedencia y al momento de la caída de la monarquía no tienen nada en común ni conciencia de clase.

III. Es probable que haya existido como núcleo básico una o varias comunidades vencidas y trasplantadas en el Aventino. Tal vez el poder contar con la protección jurídica y las posibilidades económicas que brindaba la nueva realidad política, la *civitas*, haya estimulado la inmigración de individuos y la salida de clientes de su estado de dependencia con respecto a las *gentes*.

IV. Todo ese elemento humano había quedado implicado en el proceso de unidad cívica que perfeccionaron los etruscos, pero no poseían el poder político ni paridad social, ni jurídica, ni religiosa con los patricios.

V. La reacción patricia que privó al *rex etrusco* de sus poderes políticos y militares significó también una política de retracción económica y de monopolio patrício en la apropiación de la tierra. Ello contribuyó a crear una conciencia de unidad de intereses entre esos grupos heterogéneos. Algunas de cuyas familias, con algún bienestar económico y prestigio, se pusieron a la cabeza de lo que se organizó como una comunidad política —la plebe— para actuar dentro de otra —la *civitas*.

Conflictos e integración. — El recurso principal de la plebe fue la amenaza de secesión o la negativa de colaboración. La plebe se dio sus jefes, los tribunos, a los que protegió con un compromiso jurado de considerar *sacer* * (sacrilego) —y pasible, por ende, de muerte— a todo aquel que atacara u obstaculizara a un tribuno.

El estado patrício fue reconociendo la legitimidad del accionar de los órganos de la plebe, tanto los tribunos, como los ediles, como los concilios de la plebe y su expresión, el plebiscito.

Y fue negociando con transacciones y retaceos los objetivos que se proponía la plebe.

- En el 450 a.C. se habría concretado con la ley de las XII tablas una base de igual régimen normativo para patricios y plebeyos.
- En el 449 la *lex Valeria Horatia* institucionalizó la inviolabilidad de los tribunos de la plebe.
- En el 445 la *lex Cannuleia* admite el *connubium* entre patricios y plebeyos.
- Cualquiera haya sido la época en que se instauró el sistema centuriado, la paulatina

transformación de éste en un regular órgano de manifestación de la voluntad ciudadana fue incrementando el peso político de los plebeyos, que desde el comienzo habían sido convocados a integrarlo.

- En el 409 se abre para los caudillos de la plebe el *cursus honorum*": pueden ser elegidos cuestores. En el 400, llegan a integrar, en parte, el tribunado militar.

Las más significativas conquistas se logran en el 367 por leyes obtenidas por los tribunos Licinio Stolo y Sextio Laterano:

- (A) queda instituida definitivamente la magistratura colegiada formada por dos cónsules, de los cuales uno podía ser plebeyo;
(B) la función jurisdiccional se desglosa de aquella suprema magistratura y se la confía a un *collega minor* patrício, con el antiguo nombre militar de *praetor*; (C) queda reglamentada la distribución del *ager publicas* * tanto a patricios como a plebeyos.

LA FORMACIÓN DEL POPULUS

Hay una doble evolución: (A) la que lleva de un ordenamiento todavía gentilicio —comido curiado— a uno enteramente ciudadano —el comicio centuriado—; (B) la que lleva de una reunión de los ciudadanos en armas para recibir informaciones u órdenes a una asamblea política con poder soberano de aprobar o rechazar leyes y medidas y de elegir a los magistrados.

- La organización timocrática del comicio centuriado es debida, tal vez, a la influencia etrusca y está, sin duda, alineada en una contemporánea tendencia, común a casi todas las ciudades estados mediterráneas, que substituye combates de aristócratas guerreros —como los descriptos en la Iliada— por choques masivos de formaciones cerradas de ciudadanos no profesionales en el uso de las armas. Esta organización se basa en la división de los ciudadanos en *clases* (levas o conscripciones) según su status económico: una *classis de equites* (jinetes), cinco *clases de pedites* (infantes) y una masa de *proletani* (que sólo cuentan con prole), etcétera. Para cada *classis* hay un número fijo de centurias integradas por un número variable de ciudadanos, de modo tal que las centurias de las *clases* más pudientes son más y con menos integrantes, por lo que estos últimos tienen, en un sistema electoral de segundo grado, un voto de mayor gravitación que el de los otros ciudadanos.
- El ejército ciudadano organizado así, por centurias, comenzó a ser auscultado en su sentir —*suffragium* °—: paulatinamente, la consulta se fue institucionalizando en forma de una votación para aprobar o desechar leyes y candidaturas propuestas por el magistrado convocante. Cuando el ejército tuvo otra estructuración, subsistió el sistema centuriado para la asamblea (*comitium*) de decisión política.

LOS HEREDEROS DEL IMPERIUM

La historia legendaria de los romanos relata que el mismo día de la expulsión de Tarquino el Soberbio el pueblo eligió dos cónsules para reemplazarlo en el ejercicio del *imperium* *.

Hoy en día se piensa que sólo se puede estar seguro de la existencia de esa magistratura colegiada a partir del 367 a.C, cuando se habría instituido, precisamente, para dar una forma de equiparación política entre patricios y plebeyos.

- Hasta entonces se sabe que existieron distintos tipos de magistratura"! con un único titular o con varios de ellos: el *magister populi* (jefe del ejército) o dictador, los *tribuni consulari potestate* (tribunos de potestad consular), los *decemviri**, etcétera, y, tal vez, cónsules o *praetores*.
- Probablemente, año a año, el Senado determinaba qué tipo de magistratura era conveniente según las

circunstancias políticas y bélicas.

RES PUBLICA

Los romanos aludieron a lo que nosotros llamamos estado, como al conjunto de intereses y atributos que pertenecía al *po-pulus*, personificación de la comunidad; hablaron así de *res populi* (lo que es del *populus*) o *res publica*.

En un sentido genérico, *res publica* significaba "organización constitucional del *populus*".

Pero en un sentido específico, los romanos designaron con ese nombre al concreto régimen político romano que, según la historia tradicional, tuvo su comienzo inmediatamente después de la expulsión de Tarquino el Soberbio, y que, según el criterio seguido en esta obra, sólo queda estructurado en el 367, con la integración patricio-plebeya perfeccionada con la magistratura colegiada de dos cónsules elegidos por un *populus* que ha completado su evolución como órgano de expresión de la voluntad ciudadana.

CARACTERES DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA RES PUBLICA

I. Nunca se cristalizó en un cuerpo normativo cerrado y rígido, como el de las constituciones de las repúblicas americanas. Tuvo un desarrollo consuetudinario con sólo unas pocas leyes fundamentales.

II. La *res publica romana* es una variante del tipo *civitas*, con sus tres órganos que mantendrán su funcionamiento original, aun cuando éste resulte insuficiente y falseado por el exorbitado crecimiento territorial que ninguna otra *civitas* 'experimentó'.

III. Aunque el manejo de la *res publica* estuvo teóricamente abierto a todos los *cives óptimo iure* *, el régimen no resultó democrático (A) porque, si bien la voluntad del *populus* se fue considerando soberana, fueron los otros dos órganos los que tuvieron la facultad de dar o no ocasión a que esa voluntad se manifestara, (B) porque la organización timocrática * de los comicios y su sistema de votación indirecta daba mayor gravitación a los ciudadanos de mejor situación económica, (C) porque, aun cuando elegidos por el comido, el poder de los magistrados se consideraba no derivado de esa elección, sino ínsito originariamente en el órgano comunitario,

IV. La *res publica* era esencialmente aristocrática, en tanto dirigida por una élite de familias patricias y plebeyas que integraban las magistraturas y el Senado (A) en razón del carácter honorario de la función pública y de los gastos requeridos en una campaña electoral, (B) por el apoyo de las clientelas, (C) y porque la ciudadanía confiaba en los hombres surgidos de ámbitos de experiencia y tradición de gobierno.

PERIODOS DE LA RES PUBLICA

La evolución de la vida institucional de la *res publica* puede caracterizarse

distinguiendo cinco períodos:

- 1) de perfeccionamiento de la integración patrício-plebeya —367 a 287 a.C.—;
- 2) de equilibrio funcional de la *civitas* —287 a 218 a.C.—;
- 3) de preponderancia de la política imperialista —218 a 133 a.C.— ;
- 4) de crisis de la *res publica* —133 a 49 a.C.— y
- 5) de guerras civiles —49 a 27 a.C.—.

PERFECCIONAMIENTO DE LA INTEGRACIÓN PATRÍCIO-PLEBEYA

- Los plebeyos, a través de su acceso a las magistraturas, pasan a integrar el Senado y se institucionaliza así una nueva clase dirigente, la senatorial, que se enriquecerá también con el aporte de las aristocracias locales de comunidades anexadas.
- En el 339 a.C. se reconoce como norma de la *civitas* al plebiscito, siempre que sea confirmado por la *auctoritas patrum*. En el 287 a.C. este requisito es removido por la *lex Hortensia*".
- La interpretación del derecho deja de ser un monopolio del colegio de los pontífices que empieza, por lo demás, a admitir a plebeyos en su seno.

EQUILIBRIO FUNCIONAL DE LA CIVITAS

- Se ha consolidado la influencia democrática del *populus* a través de la constitución de una sólida clase media de pequeños propietarios rurales, de la atenuación del principio timocrático producida por la reforma hecha al comicio centuriado, del *cursus honorum*, y de la supresión de la *auctoritas patrum*.
- Pero el Senado, único con posibilidades de elaborar y dirigir una política permanente y de largas miras, atempera aquella influencia democrática. Parece justificarse la idealizada caracterización que haría luego Polibio de la *res publica romana* como "una constitución mixta en la que se armonizan los aspectos más positivos del poder monárquico —el del magistrado—, del aristocrático —el del Senado— y del democrático —el de los comicios.

De todos modos es el momento histórico en que la realidad social y política de Roma corresponde perfectamente a los esquemas estructurales de la *civitas*, *polis* o ciudad estado.

La expansión romana irá forzando aquella correspondencia y posteriormente distorsionando el funcionamiento de los órganos cívicos que se corromperán y desacreditarán en la infuncionalidad y falta de representatividad.

VER LÁMINA NÚMERO DOS.

PREPONDERANCIA DE LA POLÍTICA IMPERIALISTA

Período caracterizado por (A) el impulso imperialista y tendencias oligárquicas de la clase senatorial, (B) la formación de la clase ecuestre, (C) la ruina del campesinado medio, (D) el auge de la economía esclavista, y (E) la gravitante influencia de elementos culturales foráneos.

- (A) La hegemonía lograda por Roma en la península itálica no había sido ni planificada ni basada en la explotación: el triunfo sobre Cartago abrió las posibilidades para una agresiva política de expansión en el Mediterráneo, que llevó a cabo la clase dirigente senatorial.
- (B) La misma política imperialista con sus oportunidades financieras y comerciales dio lugar al surgimiento de una nueva clase, la de los caballeros —porque se acostumbró a censarlos en las centurias ecuestres—, la que se institucionalizó a partir de la *lex Claudia* (218 a.C), que separaba a la clase senatorial —las familias que habían contado o contaban con un miembro en el Senado— del comercio marítimo y de las licitaciones públicas. El gran comercio y la organización financiera del Imperio quedarán en manos de poderosas sociedades de miembros de la nueva clase ecuestre llamados *públicos*, por actuar en negocios públicos de licitaciones para la percepción de impuestos, la construcción de obras públicas, los suministros bélicos, la explotación del *ager publicus*, los empréstitos a las comunidades vencidas para que pagaran sus contribuciones de guerra, etcétera.
- (C) El campesinado romano quedó arruinado 1) por su peregrinar bélico, que lo obligó a descuidar sus tierras y contraer deudas; 2) por la ruinosa competencia de la mano de obra servil; 3) por la afluencia de grano barato de las regiones conquistadas y por su imposibilidad de volcarse hacia el cultivo de la vid y el olivo, como lo hizo la pudiente clase senatorial, que podía esperar por largos años la evolución del ciclo productivo, y 4) por la política senatorial de no distribuir el *ager publicus* y dejarlo abierto a la ocupación de las familias pudientes, que pudieron así —y con la compra de tierras de campesinos arruinados— constituir grandes latifundios trabajados por cuadrillas de esclavos.
- (D) Las guerras de conquistas incrementaron exorbitantemente el nú^v mero de nuevos esclavos, cuya explotación masiva y brutal habría de provocar frecuentes y serias sublevaciones, reprimidas severamente.
- (E) Roma, abierta a la penetración de cultos orientales y a la influencia del pensamiento e individualismo helénico, sufrió profundas transformaciones culturales, especialmente en las costumbres y valoraciones de su clase dirigente.

CRISIS DE LA RES PUBLICA

Los enormes intereses económicos y políticos de un imperio de cincuenta millones de habitantes confluyendo sobre los órganos de gobierno de una ciudad estado no podían menos que distorsionarlos y corromperlos: los hombres de la clase senatorial entregados al juego de conseguir a cualquier costo las magistraturas para acceder consecuentemente a las promagistraturas, esquilmar entonces a las provincias, para, de nuevo, poder volcar a la palestra electoral ingentes riquezas en busca de nuevas magistraturas...; la clase ecuestre, abroquelada en su poder económico, buscando controlar el poder político; las clases proletarias oscilando entre la corrupción electoral y el servicio mercenario en ejércitos adheridos al éxito de sus jefes, políticos que habían conseguido ser elegidos para un *imperium ex-traordinarium*, es decir, otorgado a quien no es magistrado ni promagistrado.

Los momentos más significativos de la crisis institucional son (A) el fracaso de los Gracos por reconstruir la clase media campesina y por democratizar el gobierno a través de una más frecuente consulta a los comicios; (B) la conversión de un ejército cívico en uno de enganchados; (C) la Guerra Social y la ampliación de la ciudad estado Roma a casi toda la península itálica; (D) la restauración oligárquica promovida por Sila y jaqueada por la práctica de los *imperta extraordinaria*.

- (A) Tiberio y Cayo Graco, utilizando al tribunal de la plebe en su primigenio papel revolucionario, tienden, con distintos resultados, al) recrear el sano y fuerte núcleo de pequeños propietarios rurales a través de una reforma agraria que, limitando la extensión del *ager occupato-rius* en manos de la oligarquía, distribuía pequeñas parcelas a los proletarios; 2) conseguir el apoyo de la clase ecuestre haciéndola participar de la administración de justicia; 3) robustecer, con instituciones como la *abrogatio*, la tendencia al predominio de la voluntad del *populus* sobre la magistratura y el Senado; 4) extender la ciudadanía romana a los latinos y la condición latina a los itálicos.

• (B) Las legiones romanas se constituían, en cada emergencia, por la *i*leva de ciudadanos de las cinco clases del sistema centuriado. Las comandaban los cónsules asistidos por una oficialidad que ellos —año a año— elegían entre los miembros de la clase dirigente. La lejanía de los teatros de operaciones, la duración de las campañas y la necesidad de guarniciones iban requiriendo soldados dedicados con exclusividad y profesionalismo. Tal trascendente cambio fue realizado por Mario en el año 105 a.C. ante grave invasión de tribus germánicas. La oficialidad siguió siendo como antes, pero el comando pasó, a partir de Sila, a los promagistrados o a los elegidos para un *imperium extraordinarium*. Los soldados profesionales sentían ligada su suerte a la de su jefe y lo apoyaban en los conflictos políticos. Se sumó así, en la vida de la *res publica*, a la corrupción, la violencia en gran escala.

• (C) Los pueblos latinos e itálicos aliados (*socii*) a Roma habían compartido la empresa imperial y aspiraban a compartir las ventajas y derechos de los ciudadanos romanos. Fracasados los planes de los Gracos y de Livio Druso (8J. a.C.) para posibilitar tales aspiraciones, se desató la Guerra Social —llamada así por ser emprendida por los *socii* (los aliados, los que acompañan)—. Roma la aplacó, pero cedió políticamente: todos los hombres integrantes de las comunidades de la península, al sur de los ríos Arno y Esino, recibieron la ciudadanía romana. La ciudad estado resultaba crecida fuera de toda posibilidad de normal o auténtico funcionamiento de sus órganos: la asamblea de ciudadanos, por ejemplo, en la práctica sólo se integraría con los avencinados en la urbe y sus alrededores.

• (D) Sila, vencedor, en verdadera guerra intestina, del caudillo popular Mario, se hizo nombrar dictador con poder constituyente (*rei publicae constituenda*). Procedió a una reorganización de la *res publica* anulando los anteriores avances democratizantes —por ejemplo, suprime la *intercessio* (poder de veto) de los tribunos de la plebe, y reemplaza el proceso comicial ante el *populus* por tribunales permanentes de senatoriales— y consolidando el peso político del Senado, cuyo número de ; integrantes llevó de trescientos a seiscientos.

Su más trascendente y duradera reforma fue la reglamentación de la promagistratura: mientras los magistrados duraran en su cargo no podían ejercer el *imperium militiae* —fuera de Roma— sin encargo especial del Senado. El *imperium militiae* quedaba, entonces, sólo para (A) los ex cónsules y ex pretores, que pasaban ahora en forma sistemática a desempeñarse como promagistrados —procónsules y propretores— en las provincias, y (B) para aquellos políticos a los que los comicios les otorgaban los *imperia extraordinaria* sin límites de tiempo y, a veces, de espacio, como el *imperium infinitum* otorgado a Pompeyo para batir en toda la cuenca mediterránea a los piratas.

Pero precisamente la concesión de esos *imperia extraordinaria* —que las emergencias internas, como las sublevaciones de Lépido en la Galia Cisalpina, de Sertorio en España y de Espartaco al frente de esclavos, o los episodios bélicos externos hacían necesarios— otorgaba a sus titulares un tremendo poder militar, económico y aun electoral que iba a ir jaqueando al Senado y violentando cada vez más, el funcionamiento, ya desfasado, de los órganos de la *res publica*.

GUERAS CIVILES

En este período la violencia penetró sin tapujos en los conflictos políticos, que entraron a resolverse por las armas.

• Después de su victoria sobre la oligarquía senatorial y Pompeyo, César estableció un gobierno autocrático en su condición de dictador perpetuo y procedió a grandes reformas. Los intereses creados de la vieja clase dirigente y aun los auténticos y tradicionales ideales republicanos engendraron una reacción que puso fin a la vida de César y comenzó a una nueva guerra civil en la que la causa cesariana fue sostenida por la magistratura triunviral integrada por su principal colaborador Marco Antonio, por el aguerrido Lépido y por el joven Octavio, sobrino de César, que por adrogación testamentaria de éste —confirmada por el comicio curiado— pasaba a ser su heredero civil y político.

• Vencidos los republicanos, el Imperio quedó dividido en la esfera occidental, confiada a Octavio —honrado con el epíteto de Augusto—, y la oriental, manejada por Marco Antonio en comunidad de planes con Cleopatra.

El posterior conflicto entre ambos caudillos dejará un único vencedor, Augusto, que organizará con prudencia y astucia un nuevo sistema político: el Principado.

ÓRGANOS DE LA RES PUBLICA

La *res publica* se caracterizó por ser una estructura política basada en el equilibrado juego de tres órganos: la magistratura, el Senado y los comicios.

VER LÁMINA NUMERO TRES.

LA MAGISTRATURA

Si bien originalmente había una sola magistratura, la creciente complejidad del aparato estatal fue haciendo necesaria la división en esferas de competencia y la consiguiente creación de nuevas magistraturas.

- Estas nuevas magistraturas continuaron con el *imperium* *, pero éste, por una concepción republicana del estado —más propensa a reconocer derechos individuales— y la voluntad popular, no conserva el carácter absoluto que había tenido en un principio.
- Este poder, conocido en el ámbito de la ciudad como *imperium domi* y en el campo militar como *imperium militiae*, era restringido en el primer caso por la *lex Valeria de provocatione* (300 a.C), que reglaba la *provocatio "ad populum*, y en el segundo por la *lex Torda* (principios del siglo II a.C).
- El *imperium* abarcaba:
 - 1) el *ius agendi cum populo* —derecho a convocar y proponer leyes y candidatos a los comicios;
 - 2) el *ius agendi cum patribus* —para convocar al senado y someterle consultas;
 - 3) el *ius edicendi* —que lo facultaba a publicar edictos;
 - 4) jurisdicción —muy amplia, que no conocía diferencias entre asuntos penales, civiles o administrativos;
 - 5) la coerción —facultad para imponer penas de flagelación, confiscación o muerte en los casos de desobediencia a lo ordenado por el magistrado;
 - 6) mando militar —con las atribuciones derivadas de éste, tales como la distribución del botín, reglamentación y administración de territorios, etcétera;
 - 7) los auspicios, es decir el derecho de consultar a la divinidad e interpretar su respuesta.

Características de la magistratura romana. — (A) *Electividad*. Producto de la creciente importancia dada a la voluntad y soberanía popular. En un principio el magistrado designaba a su sucesor. Los magistrados mayores eran elegidos por los comicios centuriados, los menores por los comicios tribados y el tribuno y edil plebeyo por los comicios de la plebe. La excepción era el dictador, que era elegido por uno de los cónsules. Esta magistratura también resultó, posteriormente, electiva, cuando ya estaba en decadencia.

(B) *Gratuidad*. La magistratura era un *honor*, una carga pública. La gratuidad excluía de hecho a los ciudadanos pobres del ejercicio de las magistraturas.

(C) *Colegialidad*. Con la particularidad de que cada magistrado ejercía individual y autónomamente la totalidad del poder de la magistratura, pero en caso de disenso cualquier colega ejerce el voto (*intercessio*). Este sistema permitía la celeridad en la gestión, propia del magistrado único, con el control propio de los órganos colegiados.

(D) *Responsabilidad*. Al terminar la gestión el magistrado debía responder moral y jurídicamente por sus acciones. En la época de crisis de la *res publica*, la *abrogatio* * implicó un principio demasiado revolucionario para la época: el del mandato popular, según el cual el magistrado sería responsable ante el comicio que lo había elegido y, en caso de mala gestión, podría ser destituido por éste.

(E) *Anualidad*. Los magistrados duraban un año en su gestión. Dado que este plazo, con la expansión romana, podía resultar muy breve, se recurrió a la ficción de la promagistratura, según la cual el ex magistrado, acabadas sus funciones, pasaba a actuar

en lugar de, haciendo las veces de (*pro-*) magistrado. Las excepciones a la anualidad son el dictador, que duraba 6 meses como máximo, y el censor, que, elegido cada 5 años, duraba 1 año y medio en sus funciones.

Clasificación de las magistraturas. — I. **Mayores y menores**, según la facultad que tenían para consultar los auspicios. Son mayores: la dictadura, la censura, el consulado y la pretura; son menores la cuestura y el edilato.

II. Son **ordinarias** aquellas cuya elección está prevista regularmente (cada año y cada cinco años para la censura) y son extraordinarias aquellas que funcionan en circunstancias excepcionales, tal como la dictadura y el llamado Segundo Triunvirato.

III. Son del **pueblo romano** las que surgen de la elección de la ciudadanía toda, en los comicios centuriados o tribados. Las de la plebe son privativas de la plebe, puesto que habían nacido para su reivindicación y defensa, y surgen de los *concilia plebis*: tales, el tribunado y el edilato plebeyo.

IV. Son **curules** aquellas que tienen, entre sus atributos de poder, el uso de la silla curul: todas las magistraturas mayores y el edilato curul.

V. **Cum imperio**: dictador, cónsul y pretor; **sine imperio**: todas las otras.

Cursus honorum. — Sistema por medio del cual se regla el acceso y ascenso a las distintas magistraturas.

Con el tiempo se fueron conformando las normas y requisitos siguientes.

(A) La prohibición de desempeñar dos magistraturas ordinarias a un mismo tiempo; se podía, en cambio, una ordinaria y otra extraordinaria.

(B) Un intervalo de 10 años para asumir nuevamente una misma magistratura; posteriormente se prohibió la reelección para la censura (265 a.C.) y para el consulado (151 a.C.).

(C) Un lapso de 2 años como mínimo entre el ejercicio de dos magistraturas curules.

(D) Una edad mínima de 27 años para aspirar a cualquier magistratura.

(E) Una especie de "escalafón" de las magistraturas: por ejemplo, la cuestura se debía desempeñar antes que la pretura; ésta, antes que el consulado, al que debían seguir la dictadura o la censura.

DISTINTAS MAGISTRATURAS

El dictador. — Probablemente sucesor de lo que fue, en una época, el *magíster populi*, cuyo *imperium*, en lo militar, se asemejaba al del *rex*.

Es instituido para ciertas circunstancias excepcionales y mientras duren ellas; de ahí que su *imperium* * es militar, sin jurisdicción civil. En un comienzo era elegido por uno de los cónsules, a propuesta del Senado; como ya dijimos antes, adquirió posteriormente carácter electivo.

El cónsul. — La más alta magistratura ordinaria *cum imperio*. Se caracteriza por la *creatio* de magistraturas ordinarias —acto por el cual instituía al magistrado elegido por el correspondiente comicio.

El pretor. — Surge como colega menor de los cónsules en el año 367. Agregado en el año 242 a.C. el pretor peregrino, el número de pretores llega a aumentar hasta 16 bajo Julio César. No es un magistrado colegiado propiamente dicho, porque tiene

competencia propia. Conserva el *imperium militiae*, en ausencia del cónsul.

El censor. — Magistrado mayor, curul y *sine imperio*. Se elegían dos censores por medio de los comicios centuriados. La censura patrício-plebeya comienza en el 340, con la costumbre de elegir a ex cónsules.

Entre sus funciones estaba: la confección del censo y de la *lectio senatus* (lista del Senado), el cuidado de las costumbres y las grandes contrataciones públicas.

El tribuno de la plebe. — Surgido como consecuencia de las luchas entre patricios y plebeyos, al integrarse estos últimos pasa a ser magistrado de la *civitas* y se convierte en órgano de control de las prácticas constitucionales. Con los Gracos comienza a reprimirse su antiguo carácter popular.

El edil. — Podía ser de dos clases: plebeyos y curul. Sus funciones eran la vigilancia y aprovisionamiento de los mercados (*cura annonste*), el cuidado y mantenimiento de la ciudad (*cura urbis*) y el control y ejecución de los juegos públicos (*cura ludorum*).

El cuestor. — Apareció vinculado con la represión criminal. Pasó a convertirse en auxiliar de los cónsules en el cuidado del erario, administración del ejército y en la instrucción de los procesos capitales, así como en la imposición de multas.

EL SENADO

Era el órgano de mayor importancia en la *res publica*. Diversos factores se conjugaron para hacer que el Senado sobresaliera: (A) era el único cuerpo estable y permanente que sesionaba sin solución de continuidad, con la consecuente experiencia y prestigio; (B) únicamente el Senado podía concebir estrategias y políticas de defensa y conquista por las razones ya mencionadas; (C) la experiencia y veteranía de sus miembros, en su mayoría ex magistrados y pertenecientes a las más prestigiosas familias romanas.

Composición. — El número fluctuó según los azares de la política romana. Fueron 300 hasta Sila, que lo llevó a 600; César aumentó el número a 900, pasando a ser 1.000 bajo el Triunvirato. Durante el Principado el número se niveló en 600.

- La *lex Ooinia* del 312 confirió la *lectio Senatus* a los censores y estableció un orden de prelación en la lista: primero se integraba con los senadores supérstites del período anterior, siempre que no hubieran sido objeto de una *infamia* * *censoria*; luego los ex dictadores, ex cónsules y ex pretores; posteriormente ex ediles, ex tribunos, ex cuestores y, por último, los ciudadanos con méritos especiales.

Funcionamiento. — El Senado tenía amplias posibilidades para su funcionamiento: aunque debía ser convocado por un magistrado con el *ius agendi cum senatu*, nada obstaba para su autoconvocación. A pesar de que tradicionalmente se reunía en un edificio llamado Curia, lo podía hacer en cualquier sitio y fecha, aun en días nefastos y sin tener que consultar los auspicios. Tampoco tenía quorum, funcionando con el número de senadores que se hallaren presentes.

- El derecho de voz y voto no estaba sujeto a ningún impedimento, aunque consuetudinariamente se estableció que primero hablara el *Princeps* (primera cabeza) del Senado, el más antiguo ex censor, haciéndolo después los ex censores, ex dictadores, ex cónsules, etcétera. Dado el número de senadores, era común que los de las últimas categorías no llegaran a hacer uso de la palabra, adquiriendo el mote de *pedarii* —de *pedes* (pie)— porque lo único que podían hacer era desplazarse hacia donde se encontraban los que sustentaban su misma posición en la materia que se trataba, pues ésta era la forma en que se

votaba.

Atribuciones. — De acuerdo con la tradición constitucional son (A) la provisión de un *interrex*; (B) la *auctoritas patrum* y (C) el *consultum*. Pero, en la práctica, no hubo límites para la ingerencia del Senado en la deliberación, ejecución y administración de los intereses públicos: relaciones exteriores, finanzas, política monetaria y del *ager publicus* *, control sobre cultos y sobre la administración provincial, etcétera.

- La provisión de un *interrex*. La misma institución —y la misma terminología— que había servido para la eventualidad de que el *rex* hubiera muerto sin designar sucesor: el Senado elegía uno de sus miembros para que cumpliera durante cinco días con las funciones de *rex* y designara o bien otro *interrex* (rey interino), o, si los auspicios se lo indicaban, al *rex* definitivo. Claro que en la época republicana se sucedían los *interreges* cada cinco días hasta que podía reunirse el comicio centuriado en que se elegiría a quienes tomarían el lugar de los faltantes cónsules.
- *Auctoritas pátrum*. *Auctoritas* ° es un vocablo muy usado y con amplia gama de acepciones. Derivado de la raíz *aug* (aumentar, tener auge) tiene un valor genérico y primario de un poder de naturaleza tuteladora con que se aumenta o incrementa un deficitario poder o capacidad. *Auctoritas patrum* era, pues, el incremento de poder con que los *patres* °, designación primera de los senadores, completaban la decisión de las asambleas populares. El avance del concepto de soberanía popular habría de suprimir ese requisito para la validez de los pronunciamientos comiciales.
- *Consultum*. La función esencial y normal del Senado era deliberar acerca de cuestiones planteadas en consulta por los magistrados y votar la consecuente respuesta (*senadoconsultum*).

LOS COMICIOS

Contrariamente a lo que ocurría en las otras ciudades estados en las que existía una asamblea popular, el ya comentado sentido conservador de los romanos les hizo hacer coexistir hasta cuatro tipos de reunión (*comitium*) de la ciudadanía, originados en distintas circunstancias y con distintos presupuestos y finalidades.

- El comicio curiado, basado todavía en la organización gentilicia, sólo tendrá en la *res publica*, fuera de la formalidad de solemnizar el reconocimiento de los magistrados *cum imperio* (*lex curiata de imperio*), funciones de control de actos vinculados con la organización familiar.
- El comicio centuriado, verdadera expresión del *populus* en su versión timocrática, seguirá siendo el más importante (*comitiatus maximus*) y necesario para las más trascendentales manifestaciones de la soberanía popular.
- El concilio de la plebe, asamblea revolucionaria en sus orígenes, se había legitimado e integrado a la *civitas*. Cuando se llega a la equiparación de los plebiscitos con las *leges* el concilio resulta el más ágil y frecuentado medio de legislación pública. Después de los Gracos será el escenario de las agudas luchas políticas.
- El comicio tribado, organizado sobre la misma base del concilio de la plebe —la distribución de la ciudadanía según la ubicación de sus fundos en las tribus territoriales— se confunde a veces con éste, aunque teóricamente se diferencia (A) en que se integra también con los patricios, (B) en que debe ser convocado por magistrados del pueblo y no. de la plebe.

Atribuciones. — Los tres últimos tipos de asamblea popular suelen tener promiscuamente atribuciones legislativas, electorales y judiciales, aunque haya especificidad o graduación en cuanto a qué magistrados elige o qué clase de juicio penal resuelve cada asamblea.

Funcionamiento. — Es conveniente destacar los siguientes pasos, requisitos y modalidades: (A) debían ser convocados con, por lo, menos, 24 días de anticipación; (B) en ese intervalo se publicaban proyectos y candidaturas y tenían lugar encuentros (*contiones*) informativos en que los magistrados y ciudadanos podían opinar; (C) la

noche antes del comicio el magistrado debía consultar los auspicios; (D) si eran favorables tenía lugar el comicio, en el que el magistrado exponía su proyecto legislativo o los candidatos; (E) ante la pregunta (*rogatio*) del magistrado, la ciudadanía emitía su voto —que llegó a ser secreto—, siempre dentro de su unidad —curia, centuria o tribu—; (F) definido el sentido de la votación en cada unidad votante, se hacía el escrutinio de las unidades definidas en un sentido o en otro —un resultado sería, por ejemplo, en un comicio centuriado, 100 centurias por la aprobación de una *rogatio* y 93 por el rechazo; en un tribado o en un concilio de la plebe, 20 tribus en un sentido y 15 en el otro—; (G) el magistrado podía interrumpir el acto, establecer que se comenzara de nuevo y hasta no aceptar el resultado.

ESTRUCTURACIÓN DEL ÁMBITO HEGEMONICO ROMANO DURANTE LA RES PUBLICA

La expansión, al principio espontánea y luego consciente y hasta planificada, de la hegemonía romana estructuró un complejo sistema de sujetaciones y alianzas centrado en la supremacía (*maiestas*) de la *res publica romana*.

Los romanos no aplicaron criterios sistemáticos, o a priori, de organización del ámbito en que se desplegaba el *imperium* de sus magistrados o promagistrados: circunstancias históricas, diferencias culturales, limitación territorial de la ciudad estado, economía de recursos humanos, etcétera, fueron factores de una extrema variación y graduación de los status en que quedaron los pueblos dominados.

Sin embargo podemos sistematizarlos según dos pares de criterios: el del sistema de vinculación —federación o anexión— y el de la ubicación —dentro o fuera de la península itálica.

VER LÁMINA DOBLE NÚMERO CUATRO Y CINCO.

HEGEMONÍA EN ITALIA

Anexión. — La *civitas* incorpora territorios y comunidades como propios a través de: (A) incrementar las tribus territoriales —hasta cuatro urbanas y treinta y una rústicas en el 241 a.C.—, (B) establecer colonias de ciudadanos romanos en lugares estratégicos de la península.

- Los territorios incorporados pasan a ser *ager romanus*.
- Las comunidades reciben la ciudadanía romana, sea plena (*óptimo iure*), sea sin derechos políticos (*sine suffragio*), y mantienen una cierta independencia administrativa que les da el carácter de entes paraestatales con respecto a la *res publica*: se trata de municipios y colonias.

Los **municipios** conservan, en general, de su primitiva soberanía de ciudad estado, una administración autónoma en todo lo interno o local.

- La *iurisdictio* sobre los integrantes de los municipios corresponde, en principio, a los pretores, aunque subsistan para los *óptimo iure* algunos de sus primitivos tribunales y para los *sine suffragio* el pretor delega su *iurisdictio* en los *praefecti iure dicundo* (encargados de declarar el derecho) elegidos por él y más adelante por los comicios.

- A partir de la *Lex Julia municipalis* de Julio César (44 a.C.) habrá para los municipios una uniforme estructura de gobierno, calcada de la de Roma: dos magistrados jurisdiccionales (*dúo viri iure dicundo*), dos ediles, un senado vecinal de cien decuriones y una asamblea de diez curias.

Las colonias romanas fueron incrustaciones de comunidades de ciudadanos romanos en territorios de interés estratégico.

- Esos ciudadanos seguían inscriptos en las tribus de la metrópolis, pero, por razones de distancia, sólo podían participar en el gobierno local de la colonia.
- Al principio las razones para establecer colonias fueron militares, pero luego sirvieron para proporcionar tierras a los proletarios o a los soldados veteranos.

Federación. — Las viejas prácticas de alianzas entre pueblos o ciudades estados se convirtieron en el recurso principal de Roma para institucionalizar su influencia y hegemonía.

- Roma fue el centro de una compleja red de lazos federativos de *civitates* con territorio, ciudadanía y gobierno propios, pero que eran *soen* (socios, seguidores) pues debían acompañar, seguir, a Roma en la política exterior.
- Los *socii latinos*, al principio definidos étnicamente pero después engrosados por comunidades no latinas pero a las que Roma concedía condición latina, tenían una situación de alianza privilegiada y un camino abierto a la obtención de la ciudadanía romana.

HEGEMONÍA FUERA DE ITALIA

Anexión. — El grueso del ámbito hegemónico lo constituyan las llamadas *provinciae*, compuestas por comunidades cuyo territorio había devenido *ager publicus** y cuyos integrantes eran considerados peregrinos.

- *Provincia* —palabra cuya raíz es *vincire* (sujetar)— designaba el ámbito sujeto, sometido, al *imperium* de un magistrado o promagistrado. De allí que, por extensión, se llamara *imperium* al conjunto de pueblos sometidos a la hegemonía romana.

Sila organizó el sistema por el cual los cónsules y los pretores, terminado el año de su magistratura, pasaban a desempeñarse como promagistrados* al frente de las provincias, según una distribución en la que tenía intervención el Senado.

- Este también les proponía, de entre sus miembros, a legados que lo acompañaran en su labor de gobierno.
- El procónsul o el propietario al frente de una provincia tiene (A) el mando de todas las fuerzas militares; (B) la administración civil y (C) la jurisdicción, tanto en lo penal público como en las controversias privadas.
- A su jurisdicción penal pública están sujetos, en principio y en último grado, todos los que viven en la provincia, peregrinos y ciudadanos romanos.
- En derecho privado su competencia está limitada por la subsistencia de los tribunales locales y el derecho que aplica es (A) entre ciudadanos, el romano, (B) entre peregrinos de la misma *civitus*, el ordenamiento local y (C) entre ciudadanos romanos' y peregrinos y entre peregrinos de distintas *civitates*, las soluciones del *ius gciuum* que se consignan en su edicto.

Sistema de alianzas. — Está integrado por (A) los *socii exterarum terrarum* (los compañeros de tierras exteriores (a Italia) que, aunque incluidos en las provincias, gozaban de un régimen similar al de las *civitates* itálicas; (B) los protectorados o ciudades estados y reinos satélites, los que terminaron por ser sometidos al sistema provincial.

LA CONDICIÓN DEL SUELO

Para comprender el sistema imperial y el contenido de algunos derechos privados reales romanos es necesario tener algún concepto de lo que fue el *ager publicus* (tierra pública).

Ager romanus. — Es el territorio comprendido en los límites de la ciudad estado Roma, ensanchados paulatinamente, como se ha visto, por el mecanismo de la anexión en Italia. Sólo en él el ciudadano romano podía ser titular, en un *ager privatus*, del *dominium * ex iure quiritium* (propiedad de acuerdo al derecho quiritorio), caracterizado por su **absolutez e inmunidad** —no sujeción a carga o tributación.

I. Tal vez desde el siglo ni a.C. y, sin duda, desde la ampliación de la ciudad estado consecuente a la Guerra Social, toda la península itálica fue asimilada a esa particular condición de poder ser objeto del *dominium ex iure quiritium*. Por eso los textos hablan de que sólo los fundos itálicos son *res mancipi**, es decir, cosas sujetas al *mancipium ** y, por lo tanto, sólo transferibles por una *mancipatio **.

II. Esa condición se extendió luego, excepcional y limitadamente, a zonas extraitálicas, privilegiadas así con el llamado *ius italicum* (condición itálica).

III. En el resto del ámbito hegemónico no fue posible —en teoría hasta Justiniano— ser titular de *dominium*. Salvo algunos territorios sujetos a propiedad privada peregrina, la casi totalidad del suelo provincial era *ager publicus*.

Ager publicus. — Es el suelo sobre el que el *populus*, en su significado de estado, ha adquirido por el hecho de la conquista un derecho de dominio eminentíssimo que, si bien puede dar lugar a la concesión a particulares de variados derechos, excluye la posibilidad de un derecho pleno, absoluto, inmune como era el *dominium * ex iure quiritium*.

- En el *ager romanus* hubo partes que eran *ager publicus* pero, a través de distintos regímenes, fueron deviniendo plena propiedad privada, con la principal excepción del *ager vectigalis*.

I. Es sumamente compleja la variación de regímenes jurídicos y de explotación económica que Roma aplicó al *ager publious*; los más característicos e importantes son el del *ager occupatorius*, el del *ager viritanus*, el del *ager vectigalis*, el del *ager stipendarius* o *tributarius* o *decuvianus*.

- *Ager oceupatorius* era el librado a la ocupación precaria de cualquier ciudadano romano, muy probablemente gratuita. Se trataba de tierras incultas que los particulares ocupantes no podían limitar con hitos ni cercos. Este régimen posibilitó de hecho la creación de grandes latifundios en manos de la clase senatorial, con medios económicos para su explotación. La reforma agraria de los Gracos se dirigió contra ese abuso. Desde el 111 a.C. pasó a ser propiedad privada.
- *Ager viritanus* era el directamente asignado en propiedad 2. „».: (varones) romanos.
- *Ager vectigalis* era el situado en suelo itálico, dejado a particulares, en una especie de posesión o usufructo, revocable o perpetuo mediante un pago periódico —*vectigal* (lo que se aporta, contribuye).
- *Ager stipendarius, tributarius* o *decumanus* eran variantes, asimilables al *ager vectigalis*, que se daban en las provincias. Se trataba generalmente de tierras dejadas u los mismos particulares que las habían tenido con anterioridad a la conquista romana y que pagaban al *populus* romano prácticamente lo mismo que antes habían pagado al poder político entonces vigente.

II. Con respecto al régimen jurídico del *ager vectigalis* y las otras variantes asimilables —las más importantes y duraderas del *ager publicus*—, los primeros juristas romanos hablaron tanto de una especie de locación como de una especie de propiedad provincial. Generalmente lo designaban como *ius in agro vectigali* (derecho sobre un suelo sujeto al pago de un tributo) o simplemente *possessio*. Su protección fue la que dio origen a la de la posesión *.

De hecho, los titulares —salvo el caso de unas variantes revocables que fueron desapareciendo— podían explotar esas tierras sin restricciones —enajenarlas, arrendarlas, dejarlas en herencia, etcétera—, como si fueran propietarios.

III. Cuando Diocleciano en el 297 d.C. impuso tributo también a los fundos itálicos, hasta ese momento inmunes, desapareció la única diferencia práctica entre el *dominium* y el derecho de los particulares sobre esas variantes de *ager publicus*. Los distintos tipos de pago al estado se confundieron en una indistinta contribución territorial.

PRINCIPADO

I. Su sistema político aparece en un principio como un compromiso entre las tradicionales instituciones de la *res publica* y la realidad y necesidad de un poder autocrático, que las irá sometiendo a un vaciamiento de atribuciones y competencias que se transfieren a una incipiente, pero rápidamente desarrollada, burocracia enteramente dependiente del Príncipe.

Con el tiempo, las formas republicanas cederán el paso a una fisonomía desembozadamente monárquica y militarista del poder,

II. En el orden imperial, si bien al principio la ecuación es (A) ciudad estado Roma —en los límites territoriales de la península itálica— como dominadora y rectora del (B) territorio provincial, la tendencia unificadora del Príncipe, de la burocracia y del ejército llevó a esta otra ecuación: (A) poder imperial y burocrático gobernando a (B) todas las regiones y pueblos del Imperio con status equiparados, sobre todo, por la masiva extensión de la ciudadanía establecida por el Edicto de Caracalla en el año 212 d.C.

III. El establecimiento del Principado y las condiciones de orden y seguridad que proporcionó dieron lugar al llamado siglo de Augusto y a la *Pax Romana*, de casi dos siglos de duración. Pero luego de la dinastía militarista de los Severos se iniciará la gran anarquía militar, aguda etapa de la llamada crisis del siglo III.

EL SISTEMA POLÍTICO DEL PRINCIPADO

LOS PODERES DEL PRINCIPE

Augusto no tuvo una designación única —como la que tiene un rey o un presidente— que implicara una suma de poderes: su poder se fue componiendo con potestades, atribuciones y misiones que se le fueron concediendo sucesivamente. Todas ellas tenían un origen republicano: lo no republicano fue la concentración de todas ellas en una sola

persona. Los poderes más importantes fueron el *imperium proconsulare maius et infinitum* y la potestad tribunicia.

- Su *imperium* no tenía límites temporales ni se constreñía a una *provincia*: le permitía el gobierno total de todas las provincias que le había encomendado el Senado, así como el mando y organización de las legiones en ellas establecidas,
- La potestad tribunicia le otorgaba la convocatoria del concilio de la plebe y del Senado, la inviolabilidad y el poder de veto, pero sin estar él sujeto al de los tribunos, ni al de ningún otro magistrado.

Aparte de muchas otras potestades —como la censoria, que le permitía confeccionar la lista de senadores—, cargos —como el de pontífice máximo—, prerrogativas —como el ser *Princeps Senatus* (primer integrante del Senado)— y títulos —como el de *imperator* (jefe militar victorioso)—, buena parte del poder de Augusto consistía en su *auctoritas* * —prestigio gravitante en todas las manifestaciones del estado y la comunidad— y en la amplia e indefinida *cura et tutela reipublicae* (cuidado y protección del estado) que le había encomendado el Senado.

Los cuidados, funciones y misiones que el Senado le iba confiando, hacían necesario que el Príncipe nombrara, de entre sus amigos y auxiliares, delegados o colaboradores que resultaron así los cabezas de un servicio administrativo o burocracia, que fue, poco a poco, sustituyendo a magistrados y promagistrados en el manejo de los intereses públicos.

La administración dejó, pues, de ser un *honor* ciudadano desempeñado anualmente y por elección popular, para ser una función permanente, atribuida y retribuida por el Príncipe.

Delegados del Príncipe fueron los distintos *praefecti, procuratores* y *curatores*.

LOS ÓRGANOS TRADICIONALES

I. El Senado, como institucionalización de la clase dirigente, ha perdido el poder, pero el Príncipe le reserva —tanto al cuerpo como a sus miembros— la alta administración imperial. Por lo demás, el Senado tomará las funciones legislativas de los comicios y elegirá a los magistrados.

II. Las magistraturas pierden la mayoría de sus atribuciones o competencias, aunque dan algún prestigio y, sobre todo, acceso al Senado. Y las promagistraturas desaparecen como necesaria prolongación —después de terminada la magistratura— del *imperium*.

III. Los comicios, convocados para reformas trascendentales por Augusto, dejaron pronto de serlo para la función legislativa y, a partir de Adriano, para la electoral.

NATURALEZA POLÍTICA DEL PRINCIPADO

Resultó, por lo menos en los primeros tiempos, una combinación muy original cuya definición ha dado lugar a distintos juicios.

- Mommsen, considerando que el territorio provincial se halla sometido a dos administraciones, la del Príncipe y la del Senado, habla de una *diarquía* (en griego: dos poderes soberanos). Pero si se observa la lámina número seis y se tiene en cuenta que, en virtud de su potestad censoria, el Príncipe es quien otorga la función senatorial, se debe coincidir en que el Príncipe controla al Senado y a sus delegados, pero que el Senado sólo gravita o influye en el Príncipe en la medida en que éste se sienta inclinado a ello, o que su poder o *auctoritas* esté muy deteriorado.
- Guarino llega a hablar de una democracia autoritaria, porque si bien el poder es autocrático y sin control institucional, cualquier ciudadano podía llegar a él —¿?— y aparecía, en última instancia, ejercido por delegación del *populus*.
- Lo que no puede discutirse es que se trata de un sistema *ai hominem* (para el hombre), es decir, a la medida de las circunstancias y atributos de Augusto, vencedor en una serie de agotadoras guerras civiles. La astucia del heredero de César disimuló su poder bajo el mantenimiento de las formas republicanas, pero sus sucesores fueron dejando traslucir el carácter autocrático del sistema.
- Con la dinastía de los Severos, la cruda realidad del sostén militar del régimen queda de manifiesto. Se pretende apuntalarlo con elementos mágico-religiosos del mundo oriental. Esa base carismática explica la tendencia dinástica, es decir, a fundar en el vínculo de sangre la legitimación del acceso al poder.

EVOLUCIÓN ESTRUCTURAL DEL IMPERIO

Durante la *res publica* se había evolucionado desde una ciudad estado a un estado nación —Italia—, dominando imperialísticamente sobre el territorio provincial y las ciudades estados federadas.

En el Principado se llegará a un estado universal, es decir, a una conformación unitaria del Imperio a través de cuatro procesos: (A) el de la transformación del vínculo de alianza o federación en el de anexión; (B) el de la equiparación, bajo el signo de la común dependencia del poder imperial y su consecuente burocracia, entre el estado nación dominante y los territorios dominados; (C) el de la difusión de un mismo tipo de sistema municipal y (D) el de la extensión masiva de la ciudadanía a casi todos los hombres libres del Imperio.

- (A) Los protectorados se convierten en territorio provincial y las *civitates* extratálicas aliadas, transformadas generalmente en municipios, entran en la órbita del gobernador provincial. (Ver lámina número siete).
- (B) La ciudad estado Roma, devenida estado nación Italia, gobernada al principio por sus tradicionales órganos, fue quedando sometida a la administración de la burocracia imperial y del Senado e igualándose así las provincias uniformadas en dos categorías: las que dependían del Príncipe —las situadas en la periferia y por lo tanto con guarniciones militares— y las llamadas del pueblo romano, que son administradas por el Senado y sus delegados. (Ver lámina número ocho). Por lo demás, se ha visto ya que los fundos itálicos perderán su inmunidad, es decir, su condición de exentos de la tributación, con lo que desaparecerá toda diferencia real entre los suelos de las distintas regiones imperiales.
- (C) Un régimen municipal uniforme acabó de extenderse con el Edicto de Caracalla a todas las *civitates* peregrinas.
- (D) Los príncipes habían proseguido con la política de ir otorgando la ciudadanía romana individual y colectivamente a los grupos romanizados cultural o políticamente. La forma colectiva supone un paso previo, el de dar condición latina * (*ius latit*), que significa la automática ciudadanía romana para los que desempeñen *honores* en las magistraturas o curias. Pero Caracalla, en el año 212 d. C, de una vez, concede la ciudadanía romana a todos los hombres libres del Imperio con la excepción (A), tal vez, de los peregrinos dediticios; (B) de los latinos junianos; (C) de los libertos dediticios; (D) de los bárbaros * federados y (E) de los ciudadanos que han perdido su condición por condena grave.

LOS GRANDES MOMENTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPADO

EL SIGLO DE AUGUSTO

La prudente política de Augusto, luego de los desastres e inseguridades de las guerras civiles, trajo tal orden, seguridad y prosperidad para todo el Imperio, que tradicionalmente se habla del siglo de Augusto como de un momento particularmente positivo y acompañado de un espléndido florecimiento artístico e intelectual.

- La administración de las provincias dejó de ser un régimen de explotación imperialista y de saqueo oligárquico: los gobernadores estuvieron celosamente vigilados por el poder central y se liberó a la economía provincial de las limitaciones impuestas en beneficio de Italia.
- Se procuró una vuelta a las tradicionales pautas morales y religiosas romanas, especialmente en el orden familiar y con el objeto de superar la crisis demográfica italiana.
- Se propugnó un restablecimiento de la clase de pequeños propietarios rurales, sobre todo a través del reparto de tierras a los veteranos.

PAX ROMANA

Así se denomina el excepcional momento en la historia universal en que una tan grande extensión —toda la cuenca del Mediterráneo— y por tanto tiempo —casi dos siglos— pudo vivir en paz y prosperidad.

- Fuera de las guerras de fronteras y de algunos localizados episodios violentos producidos por la falta de un mecanismo regular de accesión al poder imperial, hubo una seguridad y facilidades de comunicaciones que promovieron un gran intercambio comercial. Las ciudades conocieron un extraordinario esplendor tanto por el embellecimiento y confort urbanístico como por el nivel cultural de las élites del gobierno municipal.

LA CRISIS DEL SIGLO III

Pero a pesar de tantos aspectos positivos —y en ciertos casos, por causa de algunos de ellos—, una serie de factores negativos llevarán a la llamada crisis del siglo III.

- El talón de Aquiles del régimen augusteo era la no articulación de un mecanismo de acceso al poder. En la práctica, los príncipes elegían dentro de un ámbito familiar, o fuera de él, al hombre que les parecía más apto para la sucesión imperial: lo adoptaban como hijo —con lo que quedaba heredero del carisma y de enormes riquezas— y lo asociaban al ejercicio del poder de manera que, a la desaparición del Príncipe, fuera el personaje con más riendas de poder en las manos y pudiera así asegurarse el alto puesto vacante. Pero con el tiempo, este *modus operandi* fue dejando al descubierto la cruda realidad de que el soporte del poder era, en última instancia, la presencia, primero, de la guardia pretoriana en Roma y, luego, de los grandes ejércitos fronterizos. Esto llevaría a las presiones militares sobre el Senado en cada episodio de sucesión imperial y, más tarde, a las sangrientas revueltas y abiertas guerras internas que se incluyen en la sugestiva denominación del medio siglo que va del 235 al 284 d. C: la gran anarquía militar.
- La equiparación de status personales en el Imperio llevó a que la clase dirigente se integrara con elementos cada vez más alejados de las tradiciones culturales romanas.
- Nuevos grupos bárbaros se apretaban sobre las fronteras imperiales que ponían así un dique a lo que había sido un natural deambular de pueblos en etapa nómada tribal de cultura. La anarquía militar y la lucha contra el imperio persa posibilitaron la penetración de esos germanos dentro de las fronteras del Rin y del Danubio.
- En pleno esplendor de los centros urbanos se encontraban latentes causales de crisis económicas: la

masa de riquezas, concentrada como resultado de las conquistas, se dedicaba a la promoción del consumo y no de la producción; las ciudades nuevas de la parte occidental eran parasitarias de las zonas campesinas, pues no tenían la actividad artesanal y comercial de los viejos centros urbanos de la parte greco-oriental del Imperio; el drenaje de oro y plata hacia los mercados del Lejano Oriente irá produciendo un enrarecimiento de los medios monetarios, al que se quiso solucionar con emisiones de inferior coeficiente metálico, con lo que sobrevinieron procesos inflacionarios y se llegó a prácticas de trueque, propias de una economía inferior.

EL DOMINADO

I. Luego de la gran anarquía militar de los años 235 a 284, el Imperio fue reorganizado, sobre todo por la incansable acción de Diocleciano y Constantino.

II. El poder político, fuertemente autocrático, acentuó su fundamentación teocrática tanto en la época pagana como en la cristiana.

III. El Imperio termina de configurarse como un estado universal, con la uniformidad de status de todas las comunidades y de los territorios.

IV. El cristianismo, perseguido por atentar contra la unidad y fortaleza espiritual del Imperio, resulta adoptado para, precisamente, proporcionársela.

V. El empeño por salvar al Imperio de sus peligros y falencias llevó a sus titulares, actuando a través de una ingente y minuciosa burocracia, a tomar medidas cada vez más graves y rigurosas que configuraron un estado totalitario con un sistema agobiante de impuestos y prestaciones, con un paralizante intervencionismo económico y con una sociedad estereotipada en clases profesionales obligatorias y hereditarias.

VI. Las fuerzas militares, incrementadas pero siempre insuficientes, cada vez más serán integradas por los mismos bárbaros cuya entrada en el Imperio se quiere impedir.

VII. El Imperio, desde Diocleciano, es varias veces dividido para su mejor defensa o por compromisos políticos o dinásticos y otras tantas vuelve a unirse bajo un único emperador. Pero en el 395 se divide para siempre en dos partes, cada una de las cuales seguirá su destino: la oriental sobrevivirá en la forma cultural del Imperio Bizantino; la occidental sucumbirá a la penetración bárbara y a la debilidad de su economía y gobierno y terminará fragmentada en numerosos reinos bárbaros.

REORGANIZACIÓN DEL IMPERIO

I. Basándose en el antiguo principio romano de que el magistrado crea al nuevo magistrado y en la práctica de los Príncipes de adoptar un heredero y compartir con él el poder, Diocleciano estructuró el sistema de la tetrarquía, con el doble fin de asegurar una más eficiente defensa de las fronteras y de articular un mecanismo regular de acceso al trono imperial.

- Dividió al Imperio en una parte oriental, que gobernó personalmente, y otra occidental, que confió a su compañero de armas, Maximino. Luego esos dos "Augustos" eligieron a un "César" cada uno y le adjudicaron una parte de sus respectivos territorios. Hubo, pues, cuatro cabezas imperiales: una tetrarquía.

(Ver lámina número ocho).

• A la muerte o retiro luego de veinte años de reinado, cada "Augusto" debía ser reemplazado automáticamente por el "César" correspondiente, que, a su vez, elegía otro "César". Esta solución, perfecta en la teoría, no funcionó en la práctica por el juego de ambiciones políticas.

II. Para evitar que el tradicional acoplamiento del poder militar con la administración civil favoreciera las intrigas y los pronunciamientos que habían llevado a las disputas y usurpadores del poder imperial, Diocleciano puso al frente de los ejércitos a *duces* (conductores) de extracción militar, sin nada que ver con el gobierno civil de las provincias.

III. El ejército, casi duplicado en sus efectivos, se estructuró en (A) guarniciones limítrofes, (B) un cuerpo móvil estratégico y (C) la guardia palaciega.

IV. La burocracia, también incrementada, fue centralizada al máximo.

V. En el plano económico, a una oportuna reforma monetaria se añadió el comienzo del intervencionismo estatal y de la fijación de las clases sociales en el quehacer profesional.

VI. Constantino, por su parte, al establecer en la antigua colonia griega de Bizancio la sede del gobierno imperial, Constantinopla (*la polis* de Constantino), y al disponer, para su muerte, un reparto dinástico del poder contribuyó a la futura definitiva división del Imperio.

VII. Siguiendo la tradición comenzada por Heliogáballo de reforzar el poder asociándolo a religiones populares, Constantino cambia totalmente la política hacia el cristianismo, al que adopta y pretende dirigir. Los cristianos, indiferentes antes y hasta hostiles ante el poder estatal, lo verán entonces como un instrumento divino para la evangelización de los pueblos.

VIII. Constantino acentúa el carácter oriental y carismático del poder y deja de lado toda tradición romana, como, por ejemplo, la distribución de los altos cargos burocráticos entre la clase senatorial y ecuestre: de ahí en adelante uno pertenecerá a la clase que corresponde a su puesto y no por su clase accederá a los puestos.

FISONOMÍA Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

Quien se halla al frente del poder es ahora un *Dominus* (dueño y señor), un personaje divinizado, una verdadera encarnación sacralizada del estado.

Él es la única fuente de la ley, aunque —sobre todo por la influencia cristiana— su poder debe enmarcarse en los principios del derecho natural, "siempre firmes e inmutables".

La voluntad del *Dominus* sostiene, en forma explícita o implícita, toda decisión, todo accionar político, militar, judicial, legislativo, religioso, etcétera. No hay otra fuente originaria de poder que ésa, la que se canaliza a través de una ingente, omnipresente y sofisticadamente jerarquizada burocracia: todo funcionario es un delegado imperial.

Los antiguos órganos sobrevivientes —algunas magistraturas, el Senado de Roma y su similar de Constantinopla—, o conservan un valor formal —o de protocolo—, o tienen

competencias estrechamente municipales.

Diocleciano subdivide las provincias, que de 42 —época de Trajano— llegan a un centenar, todas dependientes, ahora, del *Dominus*. Pero las agrupa en diócesis —seis en Oriente y otras tantas en Occidente—, con vicarios a su frente.

Italia, en un plano de igualdad con el resto del Imperio, queda, sin embargo, con una subdivisión propia: siete circunscripciones, cada una con un *corrector*, y Roma y sus alrededores, con un *Praefectus urbi*. Constantinopla tiene también ese mismo régimen de excepción.

Más tarde, las provincias occidentales son agrupadas por Constantino en tres prefecturas y las orientales son administradas por un colegio de dos prefectos.

Los romanos, por ser politeístas, eran naturalmente tolerantes con todas las religiones y admitían con interés y fervor nuevas divinidades en su *Panteón* (todos los dioses). Sólo requerían, como prenda de unidad o lealtad, el culto al emperador y a Roma. Les había chocado la negativa de los judíos y cristianos, que precisamente por ser monoteístas, no toleraban otros cultos.

De todos modos, durante los siglos I y II d.C. las persecuciones a los cristianos habían sido esporádicas y locales: sólo ante la presión de amplios sectores populares muy prejuiciados contra los cristianos, las autoridades los reprimían como culpables de prácticas e ideas sospechosas. No hubo legislación general en tal sentido y algunos emperadores se esforzaron por encauzar jurídicamente la cuestión y evitar abusos.

Pero en el siglo III y principios del IV la persecución se sistematizó por la acuciante y directa intervención del poder imperial, que consideraba un peligro para la unidad y seguridad del Imperio la actitud pacifista y la indiferencia de los cristianos para con el cumplimiento de deberes hacia el estado. Septimio Severo, a fines del siglo II, había prohibido las conversiones al cristianismo: desde el 250 d.C. y especialmente durante Diocleciano las persecuciones fueron dispuestas por edicto: obligación de culto imperial y de abjurar del cristianismo, pérdida de derechos, cárcel y torturas, destrucción de templos y libros, etcétera. Pero después del Edicto de tolerancia (311 d.C.) de Galerio —"César" del mismo Diocleciano, ya retirado— y del Edicto de Milán (313) proclamando la neutralidad del estado en materia religiosa, Constantino dio un giro completo: favoreció a los cristianos y convocó al primer concilio ecuménico, el de Nicea. Había comprendido que eran la única gran fuerza espiritual que podía apuntalar al Imperio.

CONCEPCIÓN TOTALITARIA DEL ESTADO

El poder autocrático —sin límites ni frenos institucionalizados—, para dar solución a los cada vez más graves problemas y peligros del Imperio, fue configurando una política totalitaria como resultado de una abusiva e indiscriminada extensión del concepto de *publica utilitas* a todos los ámbitos y manifestaciones comunitarias.

Todo interés de particulares o de grupos, toda actividad económica, toda condición social debía ceder a las exigencias del interés del estado, que imponía entonces

regulaciones tanto más coactivas cuanto más ineficaces iban resultando en la práctica.

- Para mantener la pesada máquina burocrática y la militar los tributos habían ido creciendo sin pausa. Pero el mantenimiento de los servicios del estado fue exigiendo, además, numerosas y agobiantes prestaciones personales y patrimoniales, gratuitas y obligatorias, conocidas con el nombre de *muñera*: por ejemplo, arreglar los caminos vecinos, cobrar los impuestos y responder de los déficit, estar sujeto a requisiciones, etcétera.
- Los aspectos críticos de la economía, arruinada desde la crisis militar del siglo III, motivaron políticas de desastroso y paralizante intervencionismo estatal, como el Edicto del Máximo —fijación de precios máximos de bienes y servicios— y las innumerables constituciones imperiales que, pretendiendo prever o conjurar escaseces de mano de obra, fueron configurando un sistema de castas profesionales —colonos, transportadores, artesanos, soldados, artistas del espectáculo y otros—, obligatorias y hereditarias en las que los individuos quedaban definitivamente atados a su función económica, considerada en la concepción autoritaria y totalitaria, un ineludible servicio público.

LOS BARBAROS Y EL EJERCITO

Desde el principio de nuestra era, pueblos bárbaros, generalmente de origen germánico, se arremolinaban junto al *limes* (límite), la frontera fortificada, pretendiendo entrar al Imperio. Para superar el déficit de vocaciones militares y de mano de obra rural, le pareció al poder imperial doblemente conveniente admitir a pueblos enteros de ellos para que se asentaran como agricultores con el compromiso de defender el *limes* de la penetración de sus congéneres. También se reclutaron bárbaros para el ingreso individual en los continentes militares.

- La paulatina "barbarización" del ejército se hallaba, no obstante, morigerada por el hecho de que los comandantes y alta oficialidad eran hombres de la clase senatorial y ecuestres, volcados a un servicio unitariamente administrativo y militar.
- Pero cuando Diocleciano dividió el servicio civil (*militia palatina*) del ejército (*militia armata*), los cuadros de comando quedaron abiertos para los soldados de carrera, que eran, en su gran mayoría, bárbaros. El poder militar llegó a quedar entonces en manos de jefes como Estilicón, Aecio y Ricimír que, por su origen barbero, no osaron ocupar el trono, pero pusieron y sacaron emperadores.

DIVISIÓN DEL IMPERIO

Durante la anarquía militar del siglo III el Imperio había quedado dividido de hecho en varias partes sujetas al poder de distintos aspirantes al trono imperial. Con el sistema de la tetrarquía por primera vez se hizo una división de derecho. Se sucedieron, según los avatares políticos y dinásticos, reunificaciones y divisiones, hasta que a partir del 395 la partición hecha por Teodosio el Grande —confiando a sus hijos Arcadio la parte oriental y Honorio la occidental— resultó definitiva. Se acentuaron las existentes diferencias culturales y económicas, y aunque se mantuvo, incluso con relevancia en el ordenamiento jurídico, la teórica unidad imperial, en la práctica se fue esfumando la solidaridad entre ambas regiones.

- El poder imperial en la parte oriental, gracias a su mayor solidez económica, pudo mantenerse frente a las grandes invasiones y a las tendencias feudalizantes de los grandes latifundistas.
- En cambio, en la parte occidental no fue posible atajar la irrupción de nuevos pueblos bárbaros ni evitar que el poder militar en manos de los pueblos bárbaros federados como aliados encargados de la defensa convirtieran al poder imperial en una ficción que acabó de desvanecerse en el año 476, cuando Rómulo Augusto fue sacado del trono y las insignias del poder fueron enviadas a Zenón, emperador en Oriente, que se guardó muy bien de querer intervenir en la parte occidental.

Los jefes bárbaros y sus pueblos quedaron como clase dirigente en las distintas regiones de esa parte occidental, que quedó, así, fragmentada en reinos germánicos de variantes fronteras.

CAPITULO III

FUENTES DEL DERECHO ROMANO

CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO

Llamaremos fuentes del derecho a los modos institucionalizados por los que la norma jurídica se objetiva, se explícita como tal, ante los miembros de la comunidad.

Esos miembros tienen la sensación o convencimiento de que existe un criterio normativo, una regla obligatoria de conducta más o menos sostenida por la amenaza de una sanción directa o indirecta, que puede oscilar desde un quitarle validez o eficacia a lo actuado con desconocimiento de ese criterio, hasta un infligir un castigo por un accionar prohibido.

En general, y según los momentos culturales, lo que la norma expresa se hace patente en una determinada comunidad a través (A) de la constatación de ciertos modos estereotipados de conducta que parecen responder a una directiva o regla implícita, o (B) de la prédica de ciertos individuos calificados por su saber jurídico, o (C) de las declaraciones o sentencias sobre casos concretos por parte de quienes tienen la función de administrar justicia, o (D) de preceptos emanados, en abstracto, de órganos públicos específicamente habilitados o reconocidos para esa función normativa. Es decir que, como generalmente se enseña, fuentes del derecho son (A) la costumbre, (B) la doctrina, (C) la jurisprudencia-y (D) la ley, respectivamente.

LA COSTUMBRE

La costumbre es un hábito jurídico practicado desde un cierto tiempo en forma regular, constante, pública y pacífica en un determinado grupo social, con espontaneidad —es decir sin la imposición de una autoridad política o de una obligación legal— y con la general convicción de su valor normativo.

Los romanos, en lugar de usar nuestra metáfora de "fuentes del derecho", consideraban más bien a la costumbre, la doctrina, la ley, etcétera, como partes constitutivas del ordenamiento jurídico. Así se puede ver en la traducción que se transcribe del comienzo del manual por el que estudiaron los jóvenes del Imperio Romano a través de más de tres siglos, las *Institutiones* o *Instituía* de Gayo.

DOCTRINA

Doctrina es el conjunto de la elaboración intelectual de los juristas, sobre el *ius conditum* (el derecho establecido) y el *ius condendum* (el derecho que debe establecerse).

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia —en el sentido actual, no en el romano, que equivale, en todo caso, al de doctrina— es la interpretación y desarrollo del plexo jurídico por órganos que tienen la función de juzgar.

LEY

Por ley entendemos, en general, toda preceptiva expresada conceptualmente y emanada de los órganos a los que la estructura jurídica de la comunidad tiene asignada esa función normativa: parlamento, consejo, magistrado, comicio, etcétera.

Las dos últimas fuentes son **autoritarias** en tanto la norma resulta de la actividad de órganos estatales con específica competencia derivada del ordenamiento o del poder político. Las dos primeras, en cambio, son fuentes no autoritarias porque la norma deviene de un juego de hechos o conductas —costumbre— o actividades intelectuales —doctrina— de individuos que obran en forma particular, es decir, sin investir ningún cargo o misión derivado de la autoridad o poder político.

I. Todo pueblo regido por leyes y por costumbres se vale, en parte, de un derecho que le es propio y, en parte, de un derecho que le es común con el conjunto del género humano. En efecto, el derecho que se da cada pueblo, ese derecho propio, se llama derecho civil, como que es propio de la ciudad.

En cambio, el que entre todos los hombres establece la razón natural, ése se observa por igual entre todos los hombres y se llama derecho de gentes, puesto que de él se valen todas las gentes. Así, pues, el pueblo romano se rige en parte por un derecho propio, en parte por un derecho común a todos los hombres. En su oportunidad señalaremos cuál es el uno y cuál es el otro.

II. El derecho propio del pueblo romano se compone de leyes, de plebiscitos, de senadoconsultos, de constituciones de los emperadores, de los edictos de quienes tienen facultad de producir edictos, y de las respuestas de los prudentes.

III. Ley es lo que el pueblo manda y establece. Plebiscito es lo que la plebe manda y establece. La plebe se diferencia del pueblo en que con el nombre de pueblo se indican todos los ciudadanos, comprendidos también los patricios, y por plebe se entiende el conjunto de ciudadanos con exclusión de los patricios. De allí que antes los patricios sostenían que ellos no estaban obligados por plebiscitos, puesto que eran hechos sin su intervención. Pero, con posterioridad, se dictó la ley Hortensia por la que se estableció que los plebiscitos tendrían vigencia para todo el pueblo. Así, de esa manera, fueron igualados a las leyes.

IV. Senadoconsulta es lo que el Senado manda y establece; tiene fuerza de ley, aunque esto último haya sido cuestionado.

V. Constitución del emperador es lo que éste ha decidido por decreto o por epístola. Nunca se ha dudado de que tenga fuerza de ley, puesto que el mismo emperador recibe su poder en virtud de una ley.

VI. Los magistrados del pueblo romano tienen el derecho de producir edictos, pero el derecho de más amplio campo de aplicación se encuentra en los edictos de los pretores: el urbano y el peregrino, ciña

jurisdicción tienen los gobernadores en las provincias a su cargo.

También en los edictos de los ediles curules, cuya jurisdicción tienen los cuestores de las provincias del pueblo romano, pues en las provincias del César no se envían, por cierto, cuestores y por lo tanto no existe en las provincias este edicto.

VII. Las respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos a quienes se les ha acordado establecer el derecho. Si las opiniones de todos éstos coinciden, aquello que opinan obtiene fuerza de ley; si, en cambio, disienten, resulta lícito para el juez seguir la opinión que le parezca; esto es lo que se indica en un rescripto del divino Adriano.

DERECHO ARCAICO

CARACTERES DEL DERECHO ARCAICO

Algunas de sus características son más o menos comunes a todos los ordenamientos jurídicos primitivos —(A), (B) y (C)—; las otras son propias de los primeros tiempos del Derecho Romano —(D), (E)— o lo caracterizan a lo largo de casi todo su desarrollo —(F), (G), (H).

(A) CONSERVATISMO

El sentido tradicionalista, la tendencia a la conservación de sus instituciones, ,se da en Roma, paradójicamente, con una flexible disposición a estar continuamente adaptándolas a los cambios sociales y económicos o a crear otras al margen de aquéllas, pero sin derogarlas, ni suprimirlas de golpe, ni por completo.

(B) PREPONDERANCIA DE LOS CONCEPTOS DE PODER Y DE STATUS PERSONAL

El ordenamiento primitivo romano presenta una sociedad con base en grupos familiares "políticamente" estructurados alrededor del poder del *paterfamilias* y con sólo una rudimentaria técnica de lo que para nosotros son los régímenes de intercambio de servicios y bienes y de apropiación de estos últimos.

(C) SENTIDO EXCLUSIVISTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Que la clase patricia creara y usara para sí su ordenamiento se explica por el sentir — como en todos los pueblos antiguos— de que sólo los integrantes de una comunidad podían usar de sus instituciones. Producida la integración patrício-plebeya, el *ius civile* será exclusivo —como su nombre lo indica— de los *cives*, es decir de los ciudadanos romanos. No es sino el principio de la personalidad de las leyes.

(D) ORIGINALIDAD

No se ha podido identificar en el ordenamiento arcaico romano influencias o aportes de otros derechos antiguos. Aun comparándolo con instituciones paralelas de otros pueblos indoeuropeos de su misma época o nivel cultural, el romano se destaca por su mayor arcaísmo y rigidez, y, sobre todo, por la persistencia de un fuerte y vitalicio poder unitario del *pater* familias*.

(E) DINAMISMO

La voluntad divina, asociada con los ordenamientos primitivos, no se cristalizó en algún conjunto de "mandamientos" como en el Viejo Testamento, sino que se expresó —en cada caso concreto presentado a decisión— por intermedio del *rex* y los *pontífices*.

Fue posible, así, en lugar de la inalterabilidad de lo sagrado, una dinámica y plástica adecuación a las exigencias de la evolución cultural.

(F) TEMPRANO DESLINDE ENTRE LO JURÍDICO Y LO MÁGICO RELIGIOSO

Esa atribución de las normas a la voluntad divina, el papel de los sacerdotes en la interpretación y aplicación del derecho, la promiscuidad de supersticiones, ritos mágicos, preceptos morales y sanciones religiosas entre disposiciones de índole jurídica son clara manifestación de que en el pensamiento primitivo había una indiferenciación o confusión entre preceptos que hoy distinguimos como mágicos, religiosos, morales o jurídicos. Pero es fácil observar en Roma, desde los comienzos, y marcando en esto una profunda diferencia con todas las otras comunidades, una decidida tendencia a desglosar lo jurídico de lo extrajurídico. La consideración laica, podríamos decir, del derecho llevó a que, sin el temor reverencial a lo vinculado con el pensamiento mágico religioso, aquél fuera tratado con criterio funcional, pragmático, como una técnica de regulación de relaciones humanas.

(G) FORMALISMO

Sin embargo, persistió en el ordenamiento arcaico romano la influencia de las ideas mágicas y religiosas que daban a los gestos, símbolos, ficciones, palabras, una significación, una fuerza en sí mismos, o, por lo menos, una relación simpática o íntima con las cosas, poderes o voluntades referidas. Así quedaban determinados o condicionados los efectos jurídicos a la ejecución de ciertos ritos, gestos o palabras, los que resultaban necesarios no para constancia o prueba de los actos jurídicos, sino para su existencia y consecuencias. Desaparecida luego, en buena medida, aquella influencia, las formas obedecerán, más que a un sentido tradicionalista, a los requerimientos de una inequívoca objetividad en la expresión de la voluntad.

(H) TENDENCIA A LA GENERALIZACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN

Las normas jurídicas de los otros pueblos antiguos se nos han objetivado en textos legislativos casuísticos —porque se prevén "casos", es decir, conductas, relaciones y situaciones particulares, concretas—, o formularios, o colecciones de fallos sin explícitos ni implícitos principios o pautas generales que estructuren un sistema coherente y autosuficiente del que pueda deducirse un criterio para una conducta, situación o relación nueva, es decir, no prevista.

En la ley de las XII tablas, en cambio, ya se advierte la formulación relativamente generalizada o abstracta de normas que parecen configurar un sistema —aunque en su mayor parte implícito— en el que se insertan aquellas reglas que se nos presentan aparentemente aisladas o inconexas.

Es que en Roma, a pesar de que sus juristas trabajaron apegados a la realidad, es decir, con concretez y en forma casuística, desde el comienzo se marca una propensión a la

formación de un sistema pleno y generalizado —por lo menos en el nivel de la tipicidad ^v institucional— al que puedan referirse por vía jurisprudencial todos los casos posibles de darse concretamente en la realidad.

LAS MORES MAIORUM Y LA DISCIPLINA PONTIFICAL

La primera normativa del Derecho Romano fueron las *mores maiorum** (costumbres de los antepasados), "modos de vivir" de los grupos gentilicios que concurrieron a la génesis de Roma.

Esos modos de vivir, ya cristalizados —es decir, ya institucionalizados, aunque no expresados conceptualmente— antes de aquella génesis, pasan a incrementarse con nuevas reglas propias de la integración de una comunidad más amplia, diversificada y compleja: la de la *civitas* *.

Pero esa *civitas* se define por la aparición de órganos que coordinan y resuelven conflictos entre aquellos grupos parentales: el *rex* y sus continuadores, los magistrados con *imperium*, en el ejercicio de la *iurisdictio*, y los pontífices, tal vez también con *iurisdictio*, y, sin duda, con una labor doctrinaria interpretadora de las *mores maiorum*, es decir, una *iurisprudentia*, aunque con un carácter de monopolio "oficial" que contrasta con la actividad privada, individual, que tendrán luego los que llamaremos juristas "laicos".

Aquel complejo de antiguos modos o hábitos de conducta de los grupos precívicos y los nuevos de la convivencia en la *civitas*, declarados en el oficio jurisdiccional y explicitados o enseñados en la actividad doctrinaria pontifical, constituyeron el *ius quiritium* (el derecho de los quirites [nombre con que los pueblos vecinos designaron a los antiguos romanos]).

- ¿Era ese *ius* de esencia consuetudinaria? Sin duda lo era en los momentos de integración de la *civitas*; pero cuando, como expresión de esa nueva realidad sociopolítica, aparece el colegio de los pontífices, ese derecho arcaico deviene, fundamentalmente, en un derecho elaborado doctrinariamente, un derecho de juristas.
- En efecto, el romano, ante un juego paulatinamente más rico y complejo de relaciones sociales empezará a buscar sus normas jurídicas no ya observando o recordando los hábitos de sus antepasados o contemporáneos, sino consultando al órgano específico de la nueva comunidad, en especial las reglas de actuación en los procesos de arbitraje en que el incipiente estado irá tomando una creciente intervención.
- Los pontífices, pues, serán los asesores de magistrados y particulares en cuanto a normas y ritos. Ellos tendrán, pues, más que una explicitación a través de las costumbres, una consagración, una revelación a través del quehacer de juristas-sacerdotes. Y ese *ius*, si sólo se hubiera desarrollado, si sólo hubiera evolucionado consuetudinariamente, no habría acompañado la rápida evolución experimentada por la sociedad romana desde la integración de la *civitas*.
- Los pontífices, en cambio, si bien formalmente aparecían como intérpretes de una venerada tradición consuetudinaria, en realidad arrancaban de ella puntos de partida para, con versatilidad y audacia, articular innovadas instituciones, criterios y soluciones.

Resulta así, que sobre un presupuesto consuetudinario, la dinámica de desarrollo del *ius quiritium* lo caracteriza como un derecho de juristas, resultado del quehacer de los pontífices consistente en conservar las declaraciones o sentencias con valor de precedente, en explicitar los recitados y procederes rituales del accionar en justicia, y las fórmulas de actos jurídicos, en estar a disposición de los miembros de la comunidad

para dar respuestas (*ad res-pondendum*) sobre el *ius*, para prever (*ad cavendum*) sobre efectos y formas de futuros negocios jurídicos y para proporcionar-reglas para accionar (*ad agendum*) en justicia.

LEGISLACIÓN

En los primeros siglos de Roma, las relaciones privadas entre los grupos familiares, o, mejor, dicho, entre los *pater familias*, sólo excepcionalmente fueron regladas por ley, aun después de estar ya constituido el *populus* en su expresión comicial.

Es que el sentimiento general era que esas relaciones debían darse en el accionar autónomo de los grupos familiares dentro de las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*) y, sólo con el tiempo, llegaron a admitir que aquella, autonomía y la venerada tradición pudieran ser interferidas, limitadas o abrogadas por pronunciamientos de los órganos de la nueva estructura político social, la *civitas* *.

Las pocas leyes existentes sobre derecho privado en esos primeros siglos de Roma se debieron a la necesidad de dar solución a problemas que si bien se referían a relaciones privadas, eran de trascendencia político social —la ley de las XII tablas, la *Cannuleia* * o la *Poetilia Tapiña* *— o tenían el efecto de limitar ciertos aspectos del ejercicio del poder unitario irrestricto del *pater* en el viejo *ius*, poder que una nueva conciencia social consideraba conveniente encauzar.

LEY DE LAS XII TABLAS

Pero curiosamente, la primera formulación legislativa que conocemos, la ley de las XII tablas, fue la más completa y trascendente —"*fons omnis públici privatique iuris*" ("fuente de todo el derecho público y privado") llegó a llamarla Tito Livio— y no fue nunca derogada, aunque la mayoría de sus disposiciones quedaron, con el tiempo, sin aplicación concreta, sobre todo por la labor jurisdiccional del pretor.

- Se ha dicho la primera formulación, porque hoy en día los romanistas no creen en que las llamadas *leges regiae* (leyes reales) —conocidas también como *im papirianum*— hayan sido propuestas por los *reges* para su aprobación por los comicios curiados. Se considera, en cambio, que se trata de posteriores normas sacrales emanadas de los pontífices y recopiladas por uno de ellos, Papirio.

El relato tradicional. — Los plebeyos planteaban la exigencia de un cuerpo de normas explícitas que dieran certidumbre y solución a algunos aspectos de su posición en la *chitas*. Ya en el 462 a.C. el tribuno Terentilo Arsa había propuesto una comisión redactora de cinco miembros. Al cabo de ocho años de persistente acción plebeya el Senado aceptó que se eligieran por los comicios centuriados diez patricios para que constituyeran una suprema magistratura colegiada con *iaipcrinm* consular para que, además de gobernar, redactaran las leyes.

Previamente se envió una comisión a Atenas —y tal vez a la Magna Grecia— para conocer los cuerpos de leyes que, como el de Solón, habían surgido en las *poleis* helénicas.

Elegidos los decenviros en el 452 a.C, propusieron un conjunto de disposiciones que, aprobadas por las centurias, se grabaron en diez tablas de bronce o madera. Al año siguiente fueron designados otros diez magistrados, entre ellos reelegido Apio Claudio y elegidos por primera vez algunos plebeyos. El segundo decenvirato, luego de redactar otras leyes y de nretender perpetuarse en el gobierno fue desalojado por el pueblo indignado por el inicuo proceder de Apio Claudio, que cortó la vida de la joven Virginia. Restablecido el consulado, sus titulares hicieron aprobar en los comicios aquellas leyes que, grabadas en dos tablas, se expusieron junto a las otras diez anteriores. En el contexto de las dos últimas tablas habría quedado ratificada la no concesión del *connubium** entre patricios y plebeyos: esto sería dejado de lado, cinco años después, por la *Lex Cannuleia*. Las doce tablas habrían de desaparecer en ocasión de la toma de Roma por los galos en el año 390 a.C.

El problema de la autenticidad. — Anacronismos, contradicciones o incongruencias en el relato tradicional llevaron a que, con verdaderos alardes de hipocrítica, País y Lambert, en nuestros días, negaran las circunstancias y el hecho en sí de la composición de la ley de las XII tablas: a lo sumo se trataría de una recopilación privada de preceptos doctrinarios desarrollados en el tiempo. Pero actualmente se está de acuerdo en: (A) la existencia de una magistratura decenviral a mediados del siglo v; (B) la vigencia a partir de esa época de un ordenamiento jurídico común a patricios y plebeyos; (C) la autenticidad o, por lo menos, la antigüedad de casi todos los fragmentos atribuidos al famoso cuerpo legal. Se controvierte, en cambio, si efectivamente y en qué grado la plebe luchó por la publicación y carácter común del cuerpo de leyes, si tuvo lugar el viaje de estudios al mundo helénico, si los comicios ya actuaban en aquella época y si intervinieron, en tal caso, en la aprobación de la ley decenviral.

Contenido. — El texto destruido en el 390 a.C. habría sido, sin duda, reconstruido y, por lo demás, probablemente publicado con interpretación, notas y comentarios a principios del siglo II a.C. por Sexto Aelio Peto . Cicerón nos dirá que en las escuelas se lo recitaban de memoria los estudiantes; San Cipriano, que se lo exponía todavía, en el 254 d.C, en el foro cartaginés. Justiniano lo tuvo, sin duda, a la vista.

Pero luego desaparece toda indicación sobre él y todo ejemplar o documento directo. Lo que creemos conocer de las XII tablas lo hemos encontrado en citas, alusiones y comentarios dispersos en obras literarias, retóricas, gramaticales o jurisprudenciales. Con esos elementos aislados se ha tratado de determinar —con interrogantes y vacíos tal vez insolubles— el contenido y el orden de las disposiciones que habrían constituido el texto. La ubicación de esas disposiciones, eminentemente conjetal, se ha hecho sobre la base (A) de que cinco importantes fragmentos nos han llegado con la indicación de las tablas en que se incluían; (B) de la hipótesis de que Gayo ha seguido en sus seis libros de comentarios a la ley de las XII tablas el mismo orden en que las instituciones comentadas aparecían en el texto legal.

De acuerdo con la hipotética reconstrucción propuesta por Dirksen en 1824, la ley de las XII tablas habría contenido ese material que nos ha llegado a nosotros, distribuido de la manera que se consigna a continuación.

Tabla I — Citación y comparecencia en juicio.

Tabla II — *Legis actiones* *. Obligación de testimoniar.

Tabla III— Ejecución contra el deudor.

Tabla IV — Patria potestad *.

Tabla V — Disposiciones testamentarias; sucesión *ab intestato* *; tutela * y cíuratela *.

Tabla VI — *Nexum* *, *mancipatio* *, *usucapió* *, *trinoctium* *; reivindicación *.

Tabla VII — Relaciones de vecindad *; servidumbres reales *.

Tabla VIII — Delitos y represión: compensación*.

Tabla IX — Prohibición de leyes que entrañen privilegios; apelación de las condenas capitales ante los comicios; delitos de homicidio, concusión y alta traición.

Tabla X — Disposiciones sobre funerales y sepulcros.

Tabla XI — Prohibición de *connubium* * entre patricios y plebeyos.

Tabla XII — Casos en que es lícita la toma de prenda *; responsabilidad de los dueños por hurtos o daños cometidos por esclavos; indemnizaciones debidas por quien ha obtenido sin razón la posesión de una cosa y por quien ha consagrado al culto una cosa en litigio; el principio de que la ley posterior deroga la anterior.

La ley de las XII tablas se refería, pues, a todo el derecho civil romano —en su sentido de derecho propio de los *cives romanos*—: derechos privados, reglas procesales, derecho penal, garantías ciudadanas, derecho público y administrativo, etcétera.

No era por cierto un código que, como los modernos, tendía a cubrir con una completa sistematización de normas la totalidad del plexo institucional. En la ley decenviral sólo se inscriben algunos preceptos que aparecen como aisladas expresiones de todo un sistema latente o subyacente. Es decir, de toda una masa normativa consuetudinaria —*mores maiorum*— y doctrinaria —la interpretación pontifical— y de pronunciamientos de la *iurisdictio* del *rex* y los magistrados sucesores, la ley de las XII tablas ha seleccionado algunas reglas o criterios, sea para destacarlos en forma precisa, sea para ampliarlos por analogía, sea para afirmar alguna innovación soslayadora o derogatoria.

- Así, los fragmentos que aluden a la emancipación" y al *trinoctium*" no parecen haber ido acompañados por la previa descripción de las insti-ciones fundamentales de la patria potestad", la *mancipatio*", el *mancipium*", el *usus*", la *manus*", etcétera. Es que todas estas viejas instituciones se daban por supuestas y lo que se había querido destacar eran nuevos procedimientos para soslayarlas o nuevas aplicaciones.

DERECHO PRECLÁSICO

LOS SISTEMAS ESTRATIFICADOS DEL DERECHO PRECLÁSICO

En el derecho preclásico las normas jurídicas aparecen encuadradas o referidas a distintas masas o sistemas según su fuente o su ámbito de aplicación. Sólo en el período clásico se irá tendiendo a una integración sustancial en una unidad superior, aunque persistirán hasta Justiniano ciertas distinciones formales o nominales.

I. El *ius civile*, concebido inicialmente como el desarrollo jurisprudencial de las *mores maiorum*, aparece como contrapuesto al *ius publicum* o *legitimum* emanado del *populus* estructurado en comicios. Con el tiempo, esa relación de contraposición pasó a ser de fuente a producto: la *lex publica* es una fuente más y sus normas son tan integradoras del *ius civile* como las resultantes de la *interpretatio* de pontífices o juristas laicos.

II. Ese *ius*, ampliado en sus fuentes, a su vez apareció contrapuesto o deslindado —por su aplicación exclusiva a los *cives*— a las instituciones resultantes de la *iurisdictio* * del pretor peregrino que integraban el *ius gentium*. Elaborada sobre este último la doctrina resumida por Gayo en el fragmento * que se ha transcripto, se entendió que, siendo aquellas instituciones comunes a todos los pueblos, integraban también el *ius* propio de los *cives* romanos y estaban también sujetos a la labor doctrinaria de los juristas.

III. Se forma así una ampliación del *ius civile*, que tiende a contraponerse con el *ius honorarium* del pretor urbano, dando lugar a dos vertientes operantes dialécticamente hasta que, agotada la creatividad de la magistratura en tiempos del Edicto Perpetuo, la doctrina destacará la íntima síntesis de ambas, "pues el mismo *ius honorarium* es la viva voz del *ius civile*, según afirmó Marciano.

LA LABOR DOCTRINARIA DE LOS JURISPRUDENTES

El colegio pontifical fue dejando de ser órgano exclusivo de la interpretación del *ius* en la medida en que el conocimiento de éste fue siendo transferido al público, ya por la explicitación de la ley de las XII tablas, ya por la edición de los formularios procesales hecha en el 304 a.C. por Gneo Flavio, ya por las consultas que comenzó a evacuar públicamente Tiberio Co-runcanio, prestigioso jurista y primer pontífice plebeyo.

Los miembros de la clase dirigente patricio-plebeya fueron reemplazando a los pontífices en el cultivo del derecho, en el que entendían servir a la comunidad y especialmente a la clientela política de sus familias y consolidar así sus expectativas en el *cursus honorum* *.

Esa actividad doctrinaria se canalizó especialmente a través (A) de las respuestas a consultas particulares, (B) del ase-soramiento al magistrado, (C) del quehacer didáctico, y (D) de la redacción de trabajos.

- (A) Las consultas podían versar sobre negocios y situaciones extrajudiciales o sobre el accionar judicial.
- (B) Los jurisprudentes, cuando ellos mismos no eran magistrados, integraban el *consilium* de amigos con el que se aconsejaban los magistrados.
- (C) A las audiencias en que los jurisprudentes evacuaban las consultas concurrían regularmente grupos de jóvenes, admitidos con la finalidad de entrar en contacto con la problemática allí elucidada y de solicitar posteriormente aclaraciones y sistematizaciones necesarias a su formación como futuros juristas.
- (D) Pero no hubo en esos tiempos obras didácticas: se componían, sobre todo, de colecciones de *responso* (respuestas) o de formularios necesarios para los negocios jurídicos, y sólo al final del período preclásico se redactaron comentarios sistemáticos a la ley de las XII tablas y, cu general, al *ius civile*.

PERIODOS DE LA JURISPRUDENCIA PRECLÁSICA

I. El primero abarca el subperíodo que se ha denominado "perfeccionamiento de la integración patricio-plebeya" (367-287 a.C) y se caracteriza por el comienzo de la transferencia de la función jurisprudencial a las más relevantes figuras de la clase dirigente: Apio Claudio —tal vez inspirador de Gneo Flavio—, Escipión Nasica y Tiberio Coruncanio.

II. El segundo corresponde a los subperíodos de equilibrio y apogeo de la *civitas* y de vigencia de las tendencias oligárquico imperialistas (287-133 a.C). Se destaca en este período Sexto Elio Peto, autor de *Triperita*, obra integrada por un libro de la ley de las XII tablas, por otro con su interpretación y por un tercero que trata de las *legis actiones* *. Al final del período ya los juristas influyen decididamente en el *ius honorarium*.

III. En el tercer período —que corresponde a las épocas de crisis de la *res publica* y de las guerras civiles— comienza —con los "fundadores del *ius civile*", Junio Bruto, Mario Manilio y P. Mucio Scaevola, y con Q. Mucio Scaevola, Aquilo Galo, Servio Sulpicio Rufo y Alienio Varo— el tratamiento científico del derecho con el aporte generalizador, clasificador, sistemático del pensamiento griego.

LEGISLACIÓN

A pesar del trascendente papel de la actividad individual, privada, de los juristas en el desarrollo del *ius*, el estado irá adquiriendo paulatinamente una mayor presencia como imponedor de normas a través de órganos específicos: el legislativo —magistrado y comicios— y el jurisdiccional —el pretor.

LEX

Dado el carácter contractual de la *lex rogata*, proveniente de la coincidencia de la voluntad del magistrado que propone e interroga (*rogat*) y la del pueblo que acepta, se la ha definido como la "común *sponsio* * de la *res publica*".

En cambio, la *lex data* es la "dada" en la esfera de su *provincia** por el magistrado, autorizado previa o implícitamente por los comicios.

Partes de la lex rogata. — Son la *praescriptio*, la *rogatio* y la *sandio*.

La *praescriptio* (lo escrito al principio), como su nombre lo indica, encabeza la *lex* con el nombre del magistrado proponente, fecha y lugar de los comicios, con indicación de la primera unidad de voto escrutada y su primer ciudadano sufragante.

La *rogatio* era exactamente lo propuesto e interrogado por el magistrado: el contenido preceptivo, con las, si fuese el caso, sanciones contra la violación.

La *sanctio* era un complejo de cláusulas formales que pretendía evitar, prever o solucionar eventuales conflictos de la *lex* con otras normas existentes o futuras del *ius*.

- Las leyes se designaban con un adjetivo formado sobre el nombre del magistrado proponente y con una indicación del asunto tratado *lex Cannuleia de connubio*, *lex Aquilia de damno*.

Clasificación de las leyes. — Según un criterio muy posterior de Ulpiano, podían dividirse, en función de lo que establecían paí-a el caso de violación, en (A) perfectas, las que estatuían la nulidad de lo actuado en su transgresión; (B) menos que perfectas,

las que no invalidaban lo cometido en contra de sus normas pero fijaban una multa a los autores —caso de la *lex Furia**—; (C) imperfectas*, las que no declaraban nulo ni multable al actuar prohibido.

- Estas últimas leyes —inconcebibles para nosotros— se originaron en los primeros tiempos cuando era fuerte la resistencia a admitir injerencias del estado en la órbita de acción tradicionalmente librada a la irrestricta autonomía de los *patresfamilias*. De todos modos, llegaron a tener no sólo un valor simplemente admonitorio, sino también relevancia jurídica cuando el ejercicio de la *iurisdictio* del pretor les fue quitando, con la *exceptio*, efectividad en las instancias procesales a los actos efectuados en transgresión

PLEBISCITO

Es lo que aprueba el concilio de la plebe instado por el magistrado convocante. Como la *lex Hortensia** lo equiparó a la *lex*, se comenzó a darle también esa calificación. En razón del quehacer político social de los tribunos y de su permanencia en la ciudad —frente a las actividades militares de los cónsules—, el grueso de la legislación de derecho privado consistió en plebiscitos.

SENADOCONSULTO

En el período preclásico el senadoconsulto, como opinión o respuesta del Senado a la consulta de un magistrado, no era de un originario y directo valor preceptivo que se pudiera equiparar al de la *lex*, sino que se imponía como norma a través del *imperium* o *potestas* de los magistrados, que se plegaban a aquella opinión que representaba el sentir de la clase dirigente de la que ellos eran temporarios brazos ejecutores. Por lo demás, el pretor, en su manejo discrecional de -las acciones procesales, reconoció siempre al senadoconsulto la misma relevancia que la *lex* y al plebiscito.

LA LABOR JURISDICCIONAL

Cuando una nueva sociedad más articulada y compleja planteó problemas cada vez más difíciles de resolver a través de la ingeniosa interpretación de las *mores maiorum* realizada por los juristas y cuando la laicización del derecho dejó abiertas las vías de cambio para un *ius* hasta ese entonces vinculado al pensamiento mágico religioso, la intervención del estado, a través de la expresión comicial, produjo *leges publicae* que, como vimos, contrapuestas inicialmente al derecho deducido de las *mores maiorum*, acabaron por integrarse con él. Pero tal fuente normativa resultaba inconveniente e insuficiente: el *modus operandi* llevaba a distraer a los *cives* de sus trabajos y la expresión mayoritaria de ellos no era necesariamente garantía de eficiencia en una disciplina cuyo carácter rigurosamente técnico reconocían los romanos. Precisamente porque no concebían entonces otra forma de *lex* que la votada en procesos comiciales, la producción estatal de normas fue relativamente escasa durante la *res publica*. Cuando el estado esté organizado sobre la base de un concentrado y unitario poder del *Princeps* encabezando una creciente y compleja burocracia, entonces los juristas agrupados en el *consilium imperial* serán los inspiradores de una legislación impuesta, en forma tal que

llegará a ser monopólica. por esa verdadera personificación del estado que será el *Princeps* o el *Dominas*.

En la res *publica*, en cambio, se desarrolló una original fuente normativa que permitió superar las limitaciones de la *interpretatio* jurisprudencial y los inconvenientes y costo social de la legislación comicial: el *imperium* del magistrado, que, desarrollando con imaginación las posibilidades de sus recursos procesales y extraprocesales, llegó, como afirma Papiniano, a "complementar y corregir al *ius civile* en razón de la pública utilidad", que requería desechar antiguos criterios, adaptar o ampliar otros y promover la institucionalización de otros-nuevos. Se desarrolló así el *ius honorarium* —por el *honor* * del magistrado— o *praetorium* o *edictale* —por alusión al edicto como programa de política jurisdiccional del pretor.

I. A pesar del carácter originario y soberano de su *imperium*, en los primeros tiempos el magistrado debe de haber quedado limitado, en la organización de los procedimientos judiciales, tanto por las formalidades rituales de las *legis actiones* *, como por la modalidad tradicional de impregnación mágico-religiosa del *ius*.

Su papel, solemne pero meramente formal, debe de haber sido el de comprobar el cumplimiento de los requisitos y ritos y el de darle carácter público al arbitraje en que consistía, fundamentalmente, el proceso romano arcaico.

II. El aludido desglose del *ius* con respecto a los complejos normativos mágico-religiosos y su consecuente disciplina técnico-racional deben, sin duda, haber abierto el camino a un más libre y, con el tiempo, audaz accionar de los magistrados encargados de la *iurisdictio*. Pero más trascendente fue el aporte y ejemplo que pudo prestar el pretor peregrino, encargado desde el 242 a.C. de entender en las instancias judiciales promovidas por peregrinos o en contra de ellos. Estos, cada vez más numerosos, como resultado de la expansión por la cuenca mediterránea, iban llevando a Roma negocios y hábitos jurídicos de diversos pueblos.

EL PRETOR PEREGRINO Y EL IUS GENTIUM

En virtud del principio de la personalidad de las leyes, lo que Gayo llama, en general, *ius civile*, el propio y exclusivo de los *cives* de una comunidad —naturalmente los juristas romanos, cuando hablan de *ius civile*, aluden específicamente a la romana— no podía ser practicado ni invocado por quienes no fueron miembros de esa comunidad, aunque habitaran en el territorio de ésta. Así, los peregrinos en Roma eran juzgados, si había un tratado entre Roma y su comunidad de origen, por sus normas nacionales o las previstas en el tratado: pero si no lo había —y esto era lo más común— quedaban sometidos a la discrecionalidad y sentido equitativo del órgano jurisdiccional, el pretor único y, desde el 242 a.C, el peregrino.

Este último, asesorado por su *consilium* de juristas y con (conocimiento y vivencias de instituciones extranjeras y prácticas del mundo de las transacciones pudo —libre, como era, de tener que limitarse a aplicar un derecho preexistente— crear para cada tipo de situación un criterio regulador en el que jugaba ampliamente la apreciación de la

naturaleza de las cosas, de la real voluntad de las partes y de básicos principios de lealtad y eticidad de las relaciones.

Se originó así en un tribunal romano, con mentalidad romana y con instituciones y prácticas romanas y de otros pueblos, un nuevo conjunto normativo, caracterizado por su ámbito regulador de las relaciones entre peregrinos y entre peregrinos y ciudadanos romanos y teorizado posteriormente por los juristas como *ius gentium*.

Se encontraban allí instituciones antes exclusivas del *ius civile*, como la *stipulatio*, que se habían ido facilitando a los peregrinos, instituciones extrañas, como el *fenus %auticus* (préstamo marítimo) o el régimen de la *lex Rhodia** de *iactu* (echazón), y, sobre todo, nuevas prácticas y modalidades del mundo de las transacciones comerciales bajo un común denominador de lealtad (*fides*) en los procederes, que con el nombre de *bona fides* * adquiriría, incluso en el tribunal del pretor urbano, el mismo carácter vinculatorio que los preceptos del *ius* y de las *leges*.

LA FORMULA Y EL EDICTO, PILARES DEL IUS HONORARIUM

En efecto, la conveniencia y funcionalidad de esas instituciones y criterios provocó su recepción por parte del pretor urbano,, que los introdujo así en el sistema jurídico aplicable a los romanos.

- En el capítulo VIII, al historiar el desarrollo del procedimiento formulario, se describe cómo el pretor urbano comenzó a usar las formas procesales más libres que aplicaba el pretor peregrino, y cómo la redacción de la "fórmula" le significó la manera versátil y fecunda de producir transformaciones trascendentes.
- También se explica allí cómo el manejo discrecional —propio del *imperium* — de sus recursos procesales * y extraprocesales puede llevar al pretor a negar o condicionar un proceso cuando la pretensión jurídica se basa en un criterio ya obsoleto o chocante del viejo *ius civile*, y cómo, por el contrario, puede otorgar un proceso en cuya fórmula articula ja manera de proteger una relación o situación hasta ese momento TÍO contemplada en el ordenamiento vigente.

Puede parecer que esa discrecionalidad originaba una falta de seguridad jurídica, pero el pretor no hacía otra cosa que ir paulatinamente institucionalizando nuevas soluciones y valoraciones expresadas por los juristas. Y esa institucionalización' se hacía pública — como un compromiso ante la comunidad— en el edicto *, que resulta así, como se advierte en el transcripto fragmento * de Gayo, una de las partes constitutivas — nosotros hablaríamos de fuentes— del Derecho Romano.

- Como se verá en ti capítulo VIII, el edicto aparece como un repertorio de fórmulas cu el que se imponstan las posibles controversias cuyo sometimiento a un *iudicium* significa la dación de una *adió* por parte del ministrado.
- En efecto, en la primera etapa del procedimiento ordinario romano, oídas las partes, el magistrado encuadra o plantea los términos de la *litis* de acuerdo con normas del *ius* preexistente, o con criterios establecidos en su edicto o que adopta en el momento, aconsejado por su *consilium* de juristas y movido por razones de equidad o conveniencia social (*publica utilitas*). En la concreta fórmula resultante se ordena al juez quo expresamente se designa en ella, que, comprobados o no determinados supuestos, sentencie en uno u otro sentido de dos que se dan en alternativa.
- El juez no tiene que buscar en el ordenamiento jurídico cuál es la norma aplicable al caso: ella está implícitamente desarrollada en la concreta fórmula cuya estructura en abstracto está prevista —salvo el

caso do un *decretum repentinum**— en el edicto.

EL DERECHO ROMANO COMO UN SISTEMA DE ACCIONES

Por ello, el Derecho Romano, sobre todo en su período clásico, aparece estructurado más como un sistema de acciones a concederse en la forma de confección de una fórmula, que como un conjunto normativo del que se derivan explícitamente derechos subjetivos.

I. Hoy en día, si de una establecida norma —derecho objetivo— nace para una persona una facultad de exigir de otras una específica conducta, esa facultad es un derecho subjetivo porque lleva ínsita la posibilidad de reclamar en justiciación— aquella conducta o, eventualmente, un correlativo sucedáneo en forma de indemnización.

Es decir, el esquema sería: **derecho objetivo —> derecho subjetivo —> acción**.

II. Pero la *iurisdictio*, en el período clásico del Derecho Romano, nos presenta un esquema distinto. El magistrado podía conceder acción a quien no tenía, hasta ese momento, un derecho subjetivo basado en una norma del derecho objetivo. Al ordenar el magistrado, en la fórmula, que el juez, una vez comprobados ciertos supuestos, sentencie en modo tal que una relación o situación adquiera una relevancia jurídica hasta ese momento no otorgada institucionalmente, ¿no está consagrando un nuevo derecho subjetivo? Y si no hay duda de que esa relación o situación seguirá siendo contemplada en la praxis jurisdiccional, ¿no significa ello que se ha enriquecido el ordenamiento jurídico con un nuevo criterio normativo, no formulado explícitamente pero contenido implícitamente en el otorgamiento de aquella fórmula?

Por lo tanto, la concesión de acciones lleva a efectivizar o a consagrar derechos subjetivos que suponen un ampliado ordenamiento jurídico.

Esquemáticamente: **acción —> derecho subjetivo —> derecho objetivo**.

DERECHO CLASICO

CARACTERES

UNIVERSALISMO

La incorporación de criterios del *ius gentium* y la atenuación de los antiguos particularismos lleva a un derecho en función del hombre libre del mundo cultural greco-romano y no de una comunidad nacional.

DECRECENTE FORMALISMO

Aunque subsistían las formalidades del viejo *ius*, la praxis jurisdiccional había superado o mitigado ciertas exigencias, al dar relevancia a algunos negocios jurídicos incompletos o deficitarios formalmente —senadoconsulto Neroniano—, o al otorgar una protección supletoria a situaciones en las que no se habían cumplido las formalidades —la *bonorum possessio** concedida de acuerdo con un *testamentum praetorium* *.

DECRECENTE RIGIDEZ

Amplios principios o criterios como el de la *aequitas*, *bona fides*, *publica utilitas*, elástica y funcionalmente aplicados llevaron a ir atenuando o suprimiendo el rigor del antiguo *jus* y a permitir así una más flexible y justa aplicación del derecho.

PAULATINA ABSTRACCIÓN

Por influencia del pensamiento filosófico los juristas superaron su tendencia casuística y su apego a la realidad concreta, y fueron capaces de llegar a formulaciones generalizantes y a la tipificación de instituciones.

CRECIENTE USO DEL DOCUMENTO ESCRITO

En los primeros tiempos, las pocas veces que se empleó la escritura en los negocios jurídicos sólo servía —salvo en los contratos *litteris* — ramo una evidencia más de que las formalidades inherentes a aquéllos habían tenido lugar. Pero por influencia greco-oriental y por las complejidades de los contratos consensuales se incrementó la práctica de la escritura y su valor probatorio, en muchos casos inatacable.

LA LABOR DE LOS JURISTAS CLÁSICOS

Se caracterizó por (A) su especial aplicación a estructurar en un ordenamiento coherente los antiguos sistemas estratificados del período preclásico y las nuevas tendencias —*ius novum*— que se consagraban en la *cognitio* * *extra ordinem*; (B) por la rigurosa lógica y técnica con que se manipularon las tendencias innovadoras de la normativa imperial y las influencias de instituciones foráneas; (C) por la atenuación del carácter privado, al pasar muchos juristas a integrar los grandes cuadros burocráticos del Imperio, y del carácter gratuito, al percibirse honorarios y sueldos por la actividad abogadil, docente y administrativa; (D) a pesar de todo, por su libertad frente a los intentos del poder por controlarla y dirigirla; (E) por haberse concretado en una amplísima producción escrita.

LA PRODUCCIÓN ESCRITA

- (A) Comentarios sobre el *ius dvile*, el edicto, el *IUS publicum —leges y senatus consulta*— y obras de jurisprudentes antiguos.
 - (B) Colecciones de *responsa*, (respuestas) sobre casos reales o imaginarios.
 - (C) Obras monográficas sobre típicas o específicas instituciones.
 - (D) Obras didácticas consistentes en manuales sistematizados o crestomatías de reglas y definiciones.
- Hasta el siglo III d.C., sólo se utilizaba el rollo de papiro (*lüber*) que se llamaba *volumen* —proveniente de *volvere* (envolver, enrollar)—. El contenido de un *volumen* o *lüber* equivalía a unas cuarenta páginas similares a las que se están leyendo.
 - Luego empezó a usarse el pergamo, de mayor duración, en forma plegada y aunada —como los actuales libros—, que se designó genéricamente *codex* y en plural *códices*, de donde viene nuestra palabra *código*, cuyo significado específico se originó en que las primeras recopilaciones de *leges* se editaron en esa forma.

IUS PUBLICE RESPONDENDI

Augusto, ya con el propósito de incrementar el prestigio de los grandes juristas, ya con el de atraerlos a su política cultural, dispone el otorgamiento de un verdadero privilegio, el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* (derecho de dar respuestas con carácter público, apoyándose en la *auctoritas* * del Príncipe).

Esta distinción personal —que, por cierto, no impidió que los no agraciados siguieran dando *responsa*— no se sabe si valía para todas las respuestas que pudiera dar su beneficiario, o si significaba para éste un derecho de someter cada respuesta al Príncipe para su específica aprobación.

Está controvertido también si las *responsa* tenían un valor absoluto obligatorio para los tribunales o sólo una gravitación enriquecida, subrayada, por la *auctoritas* * del Príncipe.

De todos modos, con posterioridad, Adriano, ante la frecuencia de disparidad de criterios entre los juristas, dispuso que fuera obligatoria la doctrina coincidente de los titulares del *ius respondendi*; pero, en el supuesto de divergencias, dejó al tribunal en libertad de elección.

SABINIANOS Y PROCULEYANOS

La rivalidad entre los juristas Capitón y Labeón dio lugar a que se formaran dos círculos o escuelas encabezadas por sus respectivos discípulos, Sabino y Próculo.

Fuera de una evidente modalidad más cautelosa y metódica de los sabinianos, y más imaginativa e innovadora en los proculeyanos, han sido infructuosos y contradictorios los intentos por referir sus divergencias doctrinarias sobre puntos específicos a teorías, sistemas, tendencias o escuelas jurídicas, filosóficas, políticas, etcétera.

PERIODOS DE LA JURISPRUDENCIA CLASICA

(A) De Augusto a Adriano (27 a.C. a 117 d.C). Caracterizado por el comienzo de la política oficial de gravitación sobre la actividad, hasta entonces privada, de los juristas y por el desarrollo de las dos escuelas de sabinianos y proculeyanos.

(B) De Adriano hasta el fin de los Severos (117 d.C. -235 d.C). Iniciado con el gran Salvio Juliano, se distingue por el ingreso de los juristas al *consilium* imperial y a los grandes servicios burocráticos. Los más excelsos juristas romanos son de este período: el popularísimo Gayo, Ulpio Marcelo, Florentino, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Aelio Marciano, Modestino, etcétera.

(C) Del fin de los Severos hasta Diocleciano (235 d.C-284 d.C). Signado por la crisis general de la cultura: los juristas, en funciones administrativas o docentes, trabajan, sin originalidad, en la exégesis y comentario de obras de los otros períodos.

LA LEGISLACIÓN

LEGES PUBLICAE

Luego de una importante producción legislativa promovida por Augusto a través de los comicios tribados y *concilia plebis*, esa fuente de derecho se agotó prácticamente en el primer medio siglo del Principado.

SENADOCONSULTOS

La transferencia de atribuciones que tuvo lugar en el Principado en favor del Senado y en detrimento de los otros órganos de la formalmente subsistente *res publica* se da también en la producción normativa; los magistrados y, cada vez más, el Príncipe, provocaron senadoconsultos innovadores del derecho privado. La asimilación de éstos a las *leges* se acentuó, tanto por la cesación de la actividad comicial, como por la creciente influencia del Príncipe, cuyas iniciativas —*orationes Principis*— empezaron a ser aceptadas por los senadores sin discusión ni votación.

CONSTITUCIONES IMPERIALES

La cesación de la actividad comicial y la pasividad del senado ante las *orationes Principis* abren camino a la creación normativa proveniente directamente del autócrata: "Lo que ha parecido bien al Príncipe tiene fuerza de ley", decía Ulpiano.

De lo constituido por el Príncipe hay que distinguir los *rescripta* y *decreta* —cuyo valor, en un principio, era solamente referido a los casos específicos que los habían provocado— de los *edicta* y *mandata*, que eran disposiciones de aplicación general.

- *Rescriptum* es la respuesta que consigna el Príncipe en el documento con que algún particular o

funcionario lo consulta. Se llama *epistula* si se redacta en otro documento.

- *Decretum* es el fallo con que el Príncipe resuelve una controversia que se le ha sometido en única o última instancia.
- *Mandatutn* es una pauta o criterio para el ejercicio jurisdiccional *extra ordinem* enviado por el Príncipe a las cabezas de la administración imperial.
- *Edictum* es una norma general para todo el Imperio o parte de él.

LA LABOR JURISDICCIONAL

Pierde su creatividad, tanto por el auge de la normativa promovida por el Príncipe —*leges publicae*, senadoconsultos y constituciones imperiales— como por la extensión del nuevo sistema procesal *extra ordinem*. El edicto va resultando casi puramente translaticio porque poco a poco dejan de incorporarse cláusulas nuevas.

EL EDICTUM PERPETUUM

La culminación y la paralización del *ins honorarium* parece haber sido la codificación que, según versión hoy controvertida, Adriano habría encargado al más grande jurista de la época, Salvio Juliano. A partir de ese *Edictum Perpetuum* ningún magistrado innova: el *ius honorarium* queda cristalizado en ese conjunto de cuarenta y cinco títulos, que si bien no ha llegado hasta nosotros, ha podido ser reconstruido por Lenel, según los comentarios que le dedicaron Salvio Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano.

DERECHO POSCLASICO CARACTERES

(A) Continuador, sin solución de continuidad, del derecho clásico, aun con la fuerte influencia de las prácticas jurídicas heleno orientales, con la vulgarización resultante de la explosiva extensión de la ciudadanía por obra del edicto de Caracalla del 212 d.C, y con la aceptación del pensamiento cristiano.

- El Derecho Romano, como propio de los *cives*, había coexistido con los derechos locales de las comunidades peregrinas y con ese derecho común que fue el *ius gentium*.
- La concesión de la ciudadanía romana a esas comunidades significó que el Derecho Romano iba a ser utilizado por grupos que, no suficientemente romanizados, los desvirtuarían en algunas modalidades típicas por que le introducirían factores extraños a su evolución: resultará, sobre todo en la parte occidental, una normativa de disminuido nivel técnico conocida como derecho romano vulgar.
- En la parte oriental el derecho recibirá aportes que darán pie a su calificación como cristiano (Biondi, Riccobono) o helénica (Bonfante, Perozzi).

(B) Deterioro en el nivel técnico o científico, tanto por la aludida irrupción de elementos extraños, como por la decadencia general de la cultura.

(C) Completa fusión de los sistemas de la época preclásica y clásica: *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*, *ius novum* ..

(D) Desaparición de las tradicionales fuentes del derecho —*leges publicae*, senadoconsultos, interpretación de los juristas, *iurisdictio* del magistrado— y monopolio estatal de la normativa —constituciones imperiales.

(E) Contraposición entre *iura* y *leges*.

- Cualquiera hubiera sido su fuente, todos los criterios o reglas del derecho anterior al posclásico habían sido transmitidos a través de la producción escrita de los juristas: todo ese saber tradicionado fue llamado genéricamente *iura* (derecho, normas).
- Las constituciones imperiales, única fuente viva del derecho, se denominaron, también genéricamente, *leges*.

(F) Predominio de un presumido interés social sobre los principios individualistas romanos.

(G) Protección, incluso a expensas de la seguridad jurídica, a la parte considerada débil: la mujer, el pupilo, el deudor, etcétera.

(H) Sustitución de las formas solemnes y de la oralidad por los instrumentos escritos.

LA COSTUMBRE

La subsistencia de prácticas locales en el Imperio Romano, cuando el Derecho Romano se extendió —junto con la ciudadanía (212 d.C.)— a todos los hombres libres, planteó el problema de su valor frente a las normas consagradas autoritaria o doctrinariamente: frente a la posición de algunos juristas que llegaron a atribuirle a la costumbre un valor derogatorio de la ley, se alzó la voluntad del estado negándosela y admitiéndole sólo un valor supletorio ante el vacío legal, y explicitador de cómo interpreta la comunidad a las instituciones del ordenamiento jurídico.

LA JURISPRUDENCIA

Es anónima y profesional: cargos administrativos, docentes, asistencia en juicios. Fundamentalmente se dedicó a explicitar, unificar, simplificar y también vulgarizar todo lo tradicionado, que será presentado entonces en forma de *iura*.

Se hacen compilaciones A) de *iura*, B) de *leyes*, C) de *leges* y de *iura* conjuntamente.

- Entre las *iura*: "Reglas", de Ulpiano; "Sentencias", de Paulo; el "Epítome", de Gayo, de notorio menor nivel que el original, comentario de los comentarios de Ulpiano a Sabino, etcétera.
- Entre las colecciones privadas de *leges* o códigos —como se las llamó por la forma encuadrada en lugar de enrollada—: el "Gregoriano" (292 d. C.), con, por lo menos, catorce libros con constituciones imperiales ordenadas cronológicamente; el "Hermogeniano", n modo do apéndice del anterior, comprendía, fundamentalmente, rescriptos de Diocleciano.
- De las compilaciones privadas de *iura* y *leges* —no se trata aquí de las leyes romano-bárbaras, por su carácter oficial—, las más famosas son los *Fragmenta Vaticana* y la *Collectio legum mosaicarum et romana-rum* (Comparación de leyes romanas y judías).

LEY DE CITAS

Los emperadores, con el fin de asegurar un más claro conocimiento y aplicación judicial del plexo jurídico y de preservar la autenticidad de la doctrina clásica, llegaron a pronunciarse sobre el valor de las obras que en su comentario se realizaban y a reglamentar la invocación de los *iura* ante los tribunales. Así, por ejemplo, una constitución imperial de Constantino del 321 prohibió los comentarios, atribuidos a Paulo y Ulpiano, sobre Papiniano, que habían "depravado" su doctrina; otra del 327, en cambio, afirmó la genuinidad de las *Sententiae* de Paulo.

Pero lo que concretó un definitivo dominio del poder político sobre el valor normativo de la doctrina fue la llamada ley de citas de Valentiniano III (año 426). Por ella se dispuso que sólo los *iura* de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino podían citarse ante el tribunal, pero con valor de norma vigente si su doctrina resultaba coincidente en el punto controvertido: no siendo así, predominaba la opinión de la mayoría, para lograr la cual, en caso de empate, se le reconocía un voto suplementario a Papiniano; si de todos modos no se lograba una definición mayoritaria, el tribunal tenía libertad de elegir entre los distintos criterios.

- Teodosio II, emperador en la parte oriental, al ordenar que se insertara en su *Codex* (año 438) aquella constitución de su colega occidental, le añadió una parte en la que se ampliaba la pertinencia de las citas y su valor vinculatorio a los *iura* de los juristas que fueran citados por aquellos cinco, con la condición de que había que ofrecer el cotejo de sus manuscritos.
- Aunque esta condición era de difícil cumplimiento por la escasez y desaparición de los textos, de todos modos, el aditamento teodosiano abría de nuevo el campo a la invocación, por lo menos en Oriente, de casi todos los juristas clásicos.

LA LEGISLACIÓN

EL CÓDIGO TEODOSIANO

La gran proliferación de las constituciones imperiales, sus contradicciones, su deficiente publicidad y la falta de una coherente exposición de la doctrina jurisprudencial habían inspirado al nombrado Teodosio II el proyecto de realizar oficialmente una codificación de *leges* y armonizarlas y encuadrarlas con fragmentos selectos de *iura*. Sin lograr esto último, Teodosio II alcanzó, sin embargo, a publicar su código de 16 libros, divididos en títulos que comprendían constituciones imperiales ordenadas por su fecha de aparición —del año 313 al 437—. Con el propósito de actualizar lo preceptuado por las *leges* de sus predecesores, Teodosio les hizo todas las supresiones, simplificaciones, armonizaciones y aditamentos que parecieron necesarios. Las constituciones que no llegaron a figurar en el *Codex* —y que no se encontraban en los "Gregoriano" y "Hermogeniano", oficialmente reconocidos como suplemento de aquél—, quedaban automáticamente sin vigencia.

- El *Codex Theodosianus*, originado en Oriente, fue aceptado en Occidente, donde tuvo mayor importancia y duración.
- En efecto, en Oriente fue suplantado por el de Justiniano.
- En Occidente, en cambio, aun luego de fragmentado aquél en reinos bárbaros, siguió influyendo a través de su recepción en las leyes romano-bárbaras y del cultivo de los estudiosos hasta el llamado renacimiento⁰ del Derecho Romano.
- Sólo nos han llegado de él manuscritos parciales y su presencia, sobre todo, en la *lex Romana Visigothorum*.

CORPUS IURIS CIVILIS

Con este nombre —impuesto muchos siglos después, en el año 1583, por el sabio jurista Dionysius Gothofredus—, se designa la compilación y producción jurídica promovida por el emperador Justiniano e integrada por el Código, el Digesto o Pandectas, las Instituciones y las Novelas.

Justiniano quiso un cuerpo actualizado de *leges* y *iura*. Para ello hizo recopilar

constituciones imperiales —Código—, fragmentos de los grandes jurisconsultos —Digesto—, redactar un compendio sistemático y didáctico —Instituciones— y promulgar constituciones nuevas —Novelas.

Como el propósito de las compilaciones era el de darles carácter de legislación vigente, Justiniano introdujo en los textos originales de las constituciones de sus predecesores y de los *iura* de los grandes juristas todo tipo de alteraciones, añadidos y supresiones que eliminaran contradicciones y "modernizaran" criterios. Esas modificaciones o desvirtuaciones del texto original constituyen las interpolaciones, cuya detectación o "cacería" ha constituido ardua labor de la romanística moderna.

Código. — Una primera edición del año 529 perdió actualidad tanto con la promulgación de cincuenta constituciones que decidieron (*quinquaginta decisiones*) controversias de la doctrina jurisprudencial, como con la publicación del Digesto. Se dispuso una segunda edición del Código (*Codex repetitae preelectionis*) que, aparecida en el 534, es la única que ha sobrevivido.

- Está integrado por doce libros divididos en títulos que contienen constituciones ordenadas cronológicamente.

Digesto. — Aparte de ese nombre, que significa en latín ordenamiento, se lo designa también con el vocablo griego *Pandecta* (omnicomprendsivo), derivado de *pan* (todo) y *dekhomai* (recibir, abarcar).

- Encargado en el 530 a una comisión de 16 profesores y abogados presididos por el *quaestor sacri palati* Triboniano, requirió, según Justiniano, la compulsa de dos mil libros con tres mil renglones.
- Fue terminado a los tres años, lo que ha promovido teorías explicatorias de tal rapidez: Bluhme (1820) postula la existencia de tres subcomisiones trabajando sobre sendas "masas" o conjuntos de obras; otros autores presuponen, además, tres preexistentes compilaciones de *iura* extractadas de esas masas.
- Contiene 9.142 fragmentos con 150 000 renglones —individualizados por autor, obra y número del libro de donde fueron extraídos.
- Es una especie de antología de *iura* de treinta y nueve juristas distinguidos con el *tus respondendi*, excepto, posiblemente. Gayo.

El Digesto aparece dispuesto, según el orden de materias del Edicto Perpetuo, en cincuenta libros, divididos cada uno en dos o más títulos —salvo los libros 30, 31 y 32, agrupados bajo una única rúbrica: *de legatis et fideicommissis*.

El contenido, según la división del mismo Justiniano en siete partes, es el siguiente.

Primera parte: principios generales del derecho y la jurisdicción (libros 1 al 4).

Segunda parte: doctrina de la acción y de la protección de derechos reales (libros 5 al 11).

Tercera parte: obligaciones y contratos (libros 12 al 19).

Cuarta parte: obligaciones y relaciones de familia (libros 20 al 27).

Quinta parte: herencias, legados y fideicomisos (libros 28 al 36).

Sexta parte: sucesión pretoriana, aspectos variados de derechos reales, posesión y obligaciones (libros 37 al 44).

Séptima parte: *stixulatio*, derecho penal, apelaciones, derecho municipal, y dos títulos misceláneos: "de la significación de vocablos" y "sobre diversas reglas del antiguo derecho", (libros 45 al 50).

Instituciones. — Sobre la base de la obra del mismo nombre de Gayo, y para suplantarla oficialmente en las escuelas, Triboniano, Teófilo y Doroteo redactaron un manual —que tuvo, además, valor de ley— en cuatro libros: 1) personas; 2) propiedad y sucesión testamentaria; 3) sucesión *ab intestato* y obligaciones generadas por actos ilícitos; 4) obligaciones provenientes de actos ilícitos, acciones y derecho penal.

Novelas. — Conjunto de constituciones nuevas (*novellae*), es decir, promulgadas a continuación del Código. No se hizo una colección oficial y se conocen varias privadas, de más de un centenar de constituciones.

INTERPRETACIÓN DEL CORPUS

Su contenido puede ser considerado según dos posturas (*dúplex interpretatio*).

(A) Tomado como un ordenamiento vigente, sus tres primeras partes integrantes, el Código, el Digesto y las Instituciones se consideran como un solo cuerpo aunque hayan sido promulgados en épocas distintas y así deben interpretarse y armonizarse sus contenidos. Por cierto, es difícil y a veces imposible conciliar las contradicciones, existentes a pesar de la afirmación de Justiniano.

Las Novelas, en cambio, por ser normativa posterior, son derogatorias de cualquier contrario criterio o disposición de las otras tres obras.

(B) Considerado como un material antológico del saber —*iura*— y de la normativa jurídicos —*leges*—, cada uno de los contenidos del Corpus debe ser analizado en función de la obra de donde fue extractado o de las circunstancias en que la respectiva constitución imperial fue promulgada.

MODO DE CITAR LOS PASAJES DEL CORPUS IURIS

Hay distintos criterios, pero el más practicado en la actualidad es el de ir de mayor a menor, a) indicación de la obra; b) del libro; c) del título; d) del fragmento, de la constitución imperial o del capítulo; e) del párrafo —el primero se marca con pr. que abrevia a *principium*: el segundo resulta entonces 1; el tercero, 2, y así sucesivamente.

Ejemplos:

C. 3, 23, 1 equivale a la constitución primera del título veintitrés del libro tercero del Código.

D. 41, 2, 1, 3 equivale al párrafo cuarto del fragmento primero del título segundo del libro cuadragésimo primero del Digesto.

Inst. 1, 2, pr. equivale al párrafo primero del segundo título del libro primero de las

Instituciones.

Nov. 118, 3, 1 equivale al párrafo segundo del capítulo tercero de la novela 118.

CAPITULO IV

VIGENCIA ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO

EL DERECHO ROMANO EN ORIENTE

LA PRODUCCIÓN POSJUSTINIANEA

Justiniano, deseando mantnei nalteiable su producción legal, prohibió que fuera objeto de comentarios e interpretaciones.

Sin embargo, tal disposición fue desoída y proliferaron las traducciones al griego, antologías, i omentarios monográficos, etcétera.

LA PARÁFRASIS DE TEÓFILO

Entre esas obras se destaca la realizada por uno de los más conspicuos colaboradores en la magna tarea compiladora: la Paráfrasis de Teófilo.

Como su nombre lo indica, es una libérrima explicitación en griego del texto latino de las "Instituciones", ampliamente i interpretada, comentada y referenciada.

COMPILACIONES BIZANTINAS

La compilación de Justiniano subsistió, naturalmente con transformaciones, a través de compilaciones, adaptaciones, resúmenes, refundiciones, dispuestos por sucesivos emperadores.

- El *Vrokheiros nomos* (legislación a mano), compilación de fragmentos ordenada por Basilio el Macedoniano (867-886).
- La *Epagogó ton nomon* (exaltación de las leyes), obra complementaria de la anterior.
- La *Basikhá* (imperial), completa refundición en 60 libros de compilaciones y resúmenes oficiales y privados. Fue ordenada por León el Sabio a fines del siglo ix.
- El *Exabiblos* (seis libros), compilación modernizada de la *Basiliká*, hecha por el juez Armenópulos en 1345, que llega a tener en 1835 fuerza / do ley en la flamante Grecia, liberada del poder turco.

EL DERECHO ROMANO EN OCCIDENTE

Aunque en Occidente había terminado, fragmentado en reinos bárbaros, el Imperio Romano, su derecho siguió teniendo, en cierta forma, vigencia (A), en virtud de la concepción de la personalidad de las leyes, en las legislaciones romano-bárbaras y en las prácticas y costumbres de las poblaciones descendientes de las que habían compuesto el Imperio; (B) por gravitación de los estudios universitarios que fueron consecuencia del llamado Renacimiento del Derecho Romano y (C) por la recepción que de él hicieron los ordenamientos jurídicos de los estados nacionales que se constituyeron en Europa al fin de la Edad Media.

EL SISTEMA DE LA PERSONALIDAD DE LAS LEYES

Según sus principios, admitidos unánimemente en el mundo antiguo, las instituciones son exclusivas del grupo étnico y acompañan por doquier sus miembros integrantes.

Ya se vio que el *ius avile* era exclusivo de los *cives romanos* y que se extendió sólo en la medida en que era extendida la ciudadanía. Cuando se establecieron los pueblos bárbaros resultó natural que se manejaran con sus propias leyes y costumbres y que permitieran otro tanto a las poblaciones que habían integrado el Imperio. Los jefes bárbaros mandaron redactar (A) leyes romano-bárbaras, con normativa romana, para el elemento humano romano habitante en sus territorios, (B) leyes bárbaras, consistentes en la redacción de las costumbres de su grupo.

PERIODOS DE LA HISTORIA DE ROMA

AÑOS	CIUDADANIA	ESTRUCTURA DEL AMBITO HEGEMONICO	ORGANIZACION DEL PODER POLITICO	PERIODOS
A.C. 800	Formación de la ciudad			HACIA LA CIUDAD ESTADO
700	Patricios		MONARQUIA	
600				
500	Proceso de acceso de los plebeyos al cuerpo cívico		509 legendaria expulsión del rey	
400			367 un cónsul plebeyo. Creación de la pretura	
300	Ciudadanía romana concedida a élites latinas y a latinos anexados	Ciudad estado Roma, única soberana		
200		Resto de Italia: zona privilegiada de ciudades aliadas	REPUBLICA	
100	88 A.C. Extensión de la ciudadanía a toda Italia	Resto del imperio: provincias, ciudades aliadas y protectados		
D.C. 0	Ciudadanía otorgada parcialmente a habitantes del imperio	Italia = ciudad estado Roma	Crisis de la República 27 A.C. Poderes de Augusto	HACIA EL ESTADO NACIONAL
100		Fuera de Italia		
200	212 D.C. Extensión de la ciudadanía a todo el imperio	Provincias del Senado Provincias del César Territorios del César	PRINCIPADO	
300		• • •		
400		Imperio organizado uniformemente en provincias, diócesis, y prefecturas	Anarquía militar 284 D.C. Diocleciano	
500			DOMINADO	
600			395 división definitiva del imperio en dos partes	
			565 muerte de Justiniano	

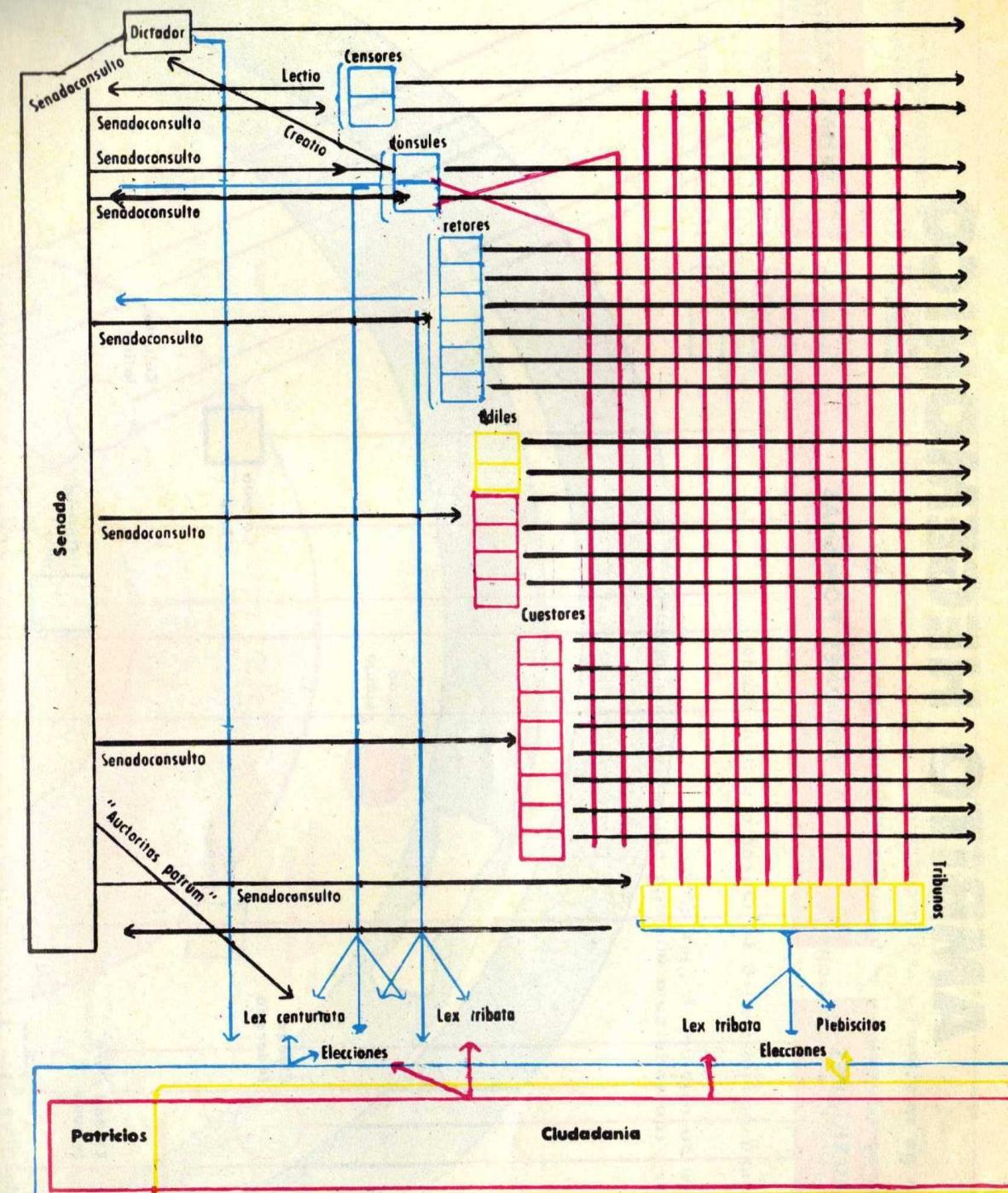


ITALIA A MEDIADOS DE SIGLO III A. C.

Territorio de las 35 tribus de la "res publica romana"
Colonia romanas
Colonia Latinas

- | | |
|----------------------|-------------|
| 1 Gallia transpadana | 10 Apulia |
| 2 Liguria | 11 Campania |
| 3 Venetia | 12 Lucania |
| 4 Gallia cispadana | 13 Calabria |
| 5 Umbria | 14 Bruttium |
| 6 Etruria | 15 Sicilia |
| 7 Picenum | 16 Sardinia |
| 8 Samnium | 17 Corsica |
| 9 Latium | |

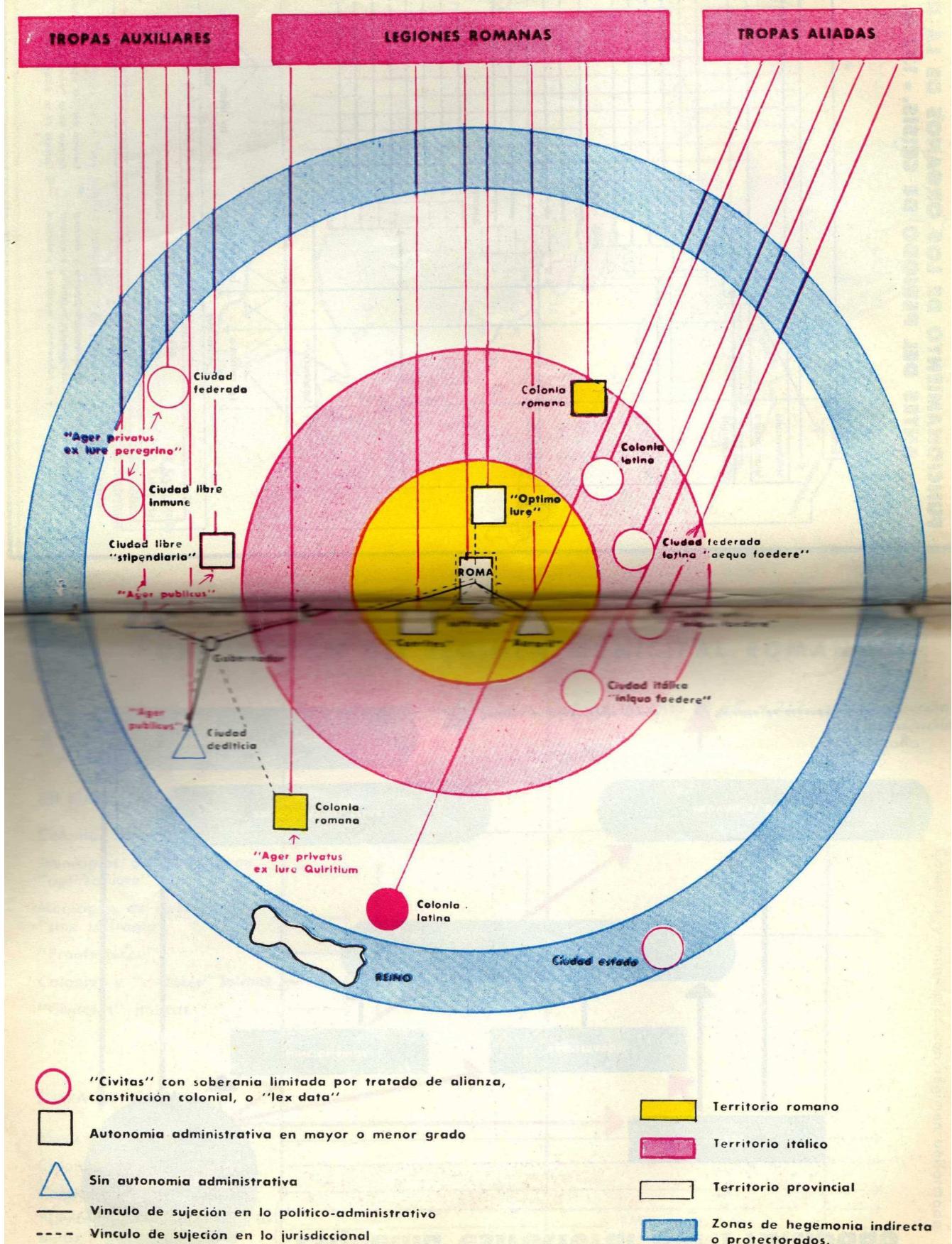
FUNCIONAMIENTO DE LOS ORGANOS DE LA REPUBLICA ANTES DEL PERIODO DE CRISIS. - 133 a. C. -



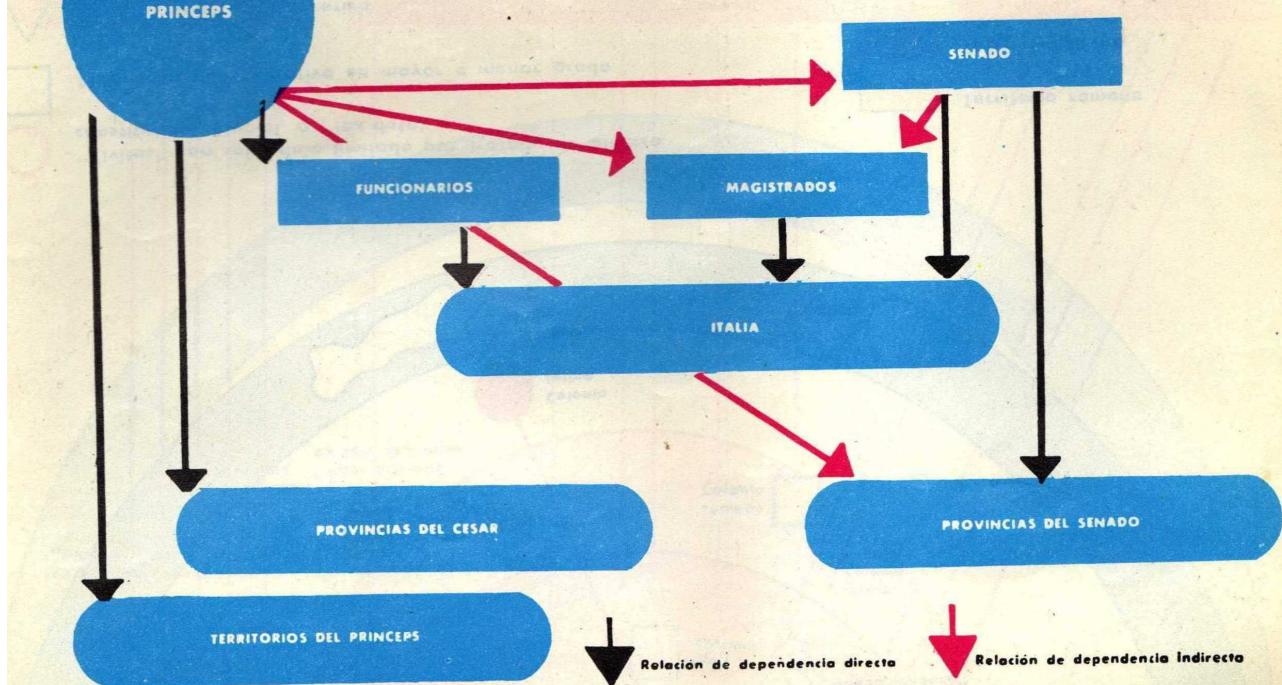
Comicios centuriados y su competencia legislativa y electoral
 Comicios tribados y su competencia legislativa y electoral
 "Concilia plebis" y su competencia legislativa y electoral

→ Ejercicio del "ius agendi cum populo et cum patribus"
 → Ejercicio de la "intercessio"
 → Ejercicio de la acción política

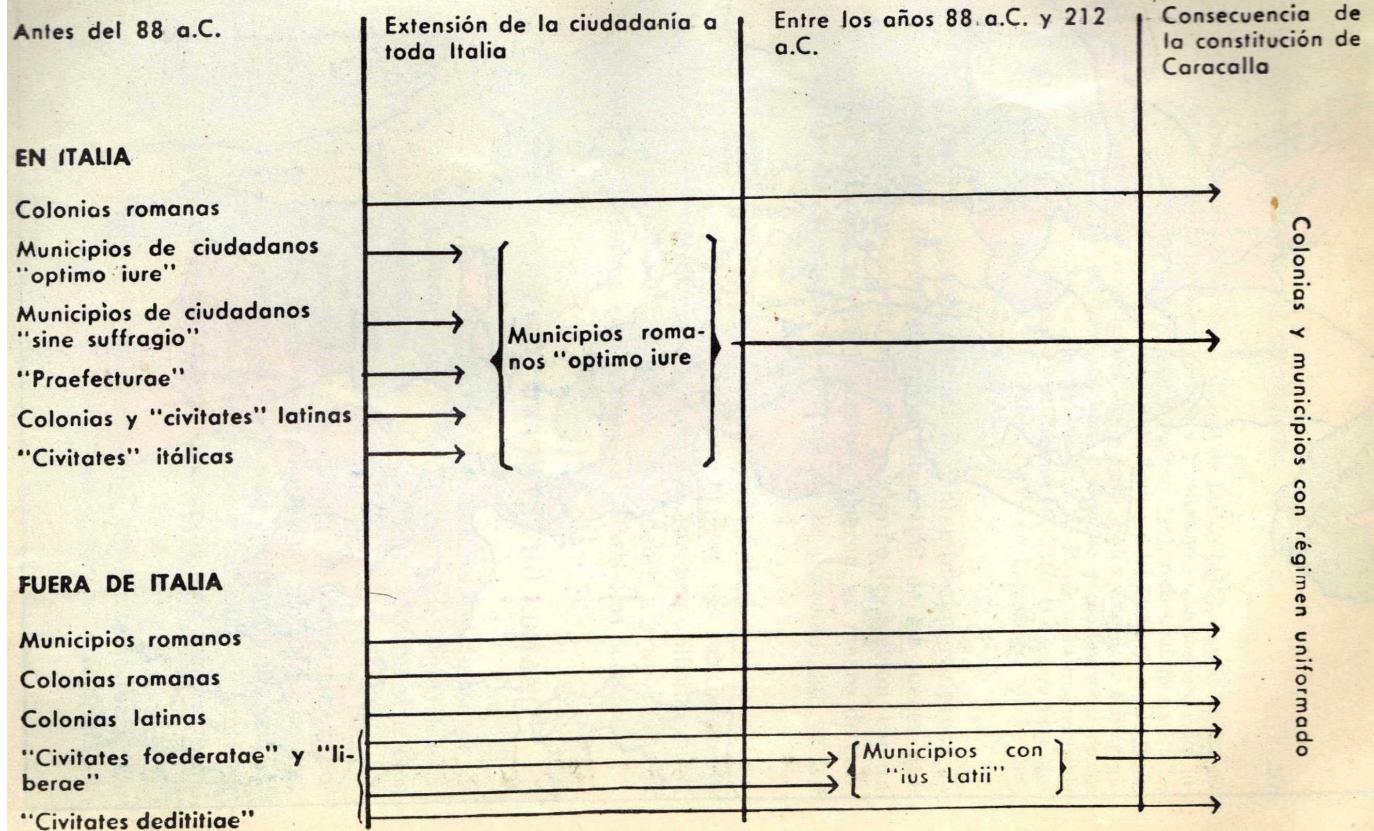
AMBITO HEGEMONICO

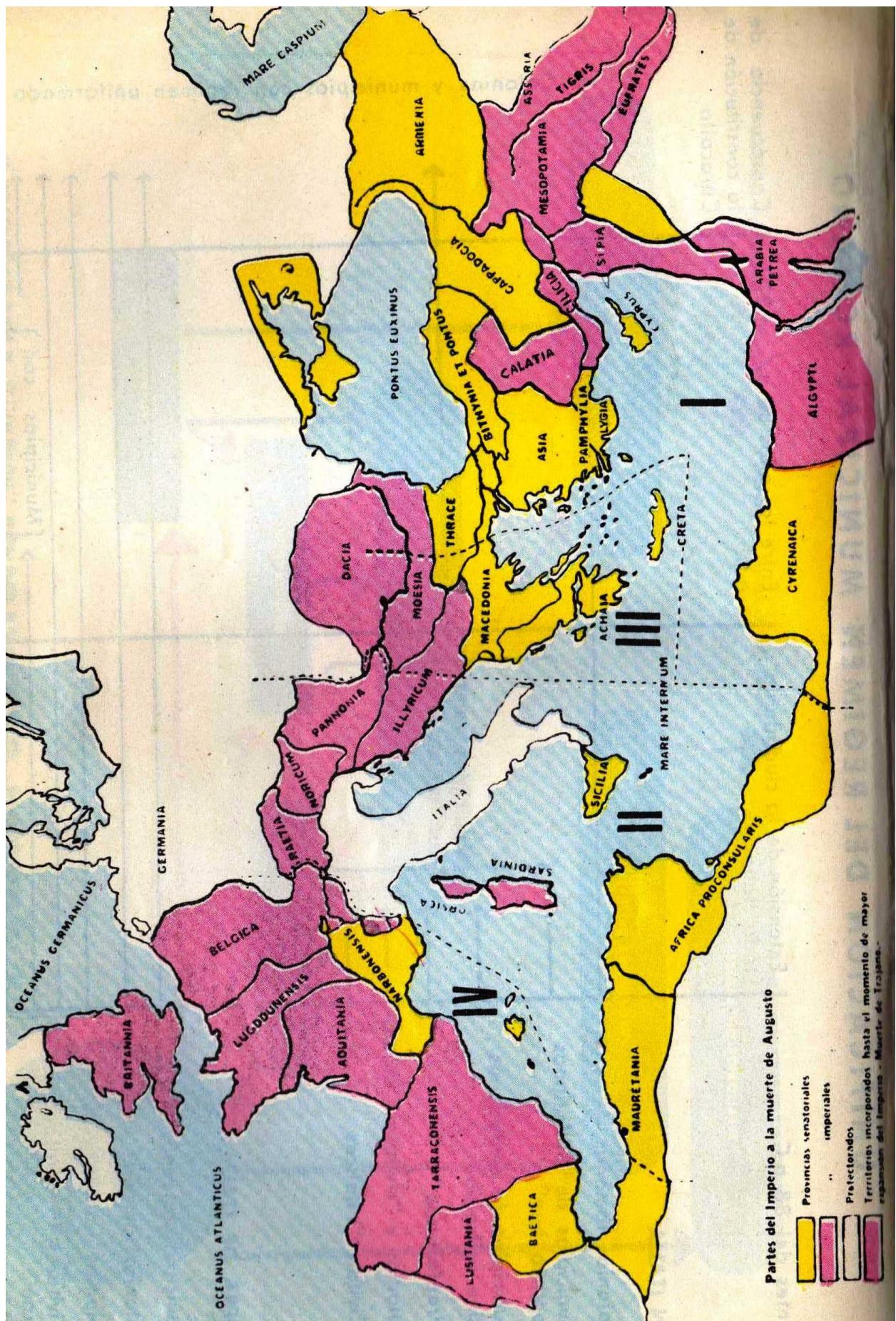


Esquema estructural del Principado



UNIFICACION DEL REGIMEN MUNICIPAL ROMANO





- Leyes romano-bárbaras el Código de Eurico (475), basado en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y algunos opúsculos jurisprudenciales; el Edicto de Teodorico (?), redactado en base a los mismos códigos, a las *Sententiae* de Paulo y a las *Instituciones* de Gayo; la *Lex romana visigothorum* (ley romana de los visigodos) o Breviario de Alarico II (485-507), en base a extractos y constituciones de los tres códigos citados, a algunas *sententiae* de Paulo, a un fragmento de los *responsa* de Papimano y al *Epitome* de Cayo, la *Lex romana burgundionum* (500) del rey Godebando de los burgundios, con las mismas fuentes del Breviano de Alarico.

La fusión de grupos étnicos, la contaminación recíproca de sus normas, el decreciente nivel intelectual de los jueces que fue simplificando las diferencias y alguna legislación común —es decir aplicada territorialmente— fueron, en menos de cuatro siglos, deteriorando el sistema de la personalidad de las leyes.

Ya en el siglo IX la fragmentación feudal y el localismo cultural llevan al principio territorial: en un relativamente pequeño ámbito local un único sistema jurídico aplicable a todos; si hay normas diferenciadas, no se deben a grupos étnicos o nacionales distintos, sino a clases o estamentos sociales.

EL RENACIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

Fue una de las manifestaciones del resurgimiento de la vida urbana en la Europa del siglo XII, después de siglos de acosamiento, de inseguridades, de estancamiento cultural y de economía agraria de autoabastecimiento.

La aparición de la burguesía, con nuevas inquietudes y posibilidades, se tradujo en la creación y desarrollo de las universidades. Como la sociedad se hacía más compleja y las relaciones entre sus miembros más frecuentes y variadas, se sentía la necesidad de una normativa más discriminadora, más racional, más ecuménica.

En ese clima y en aquel ambiente universitario iba a impactar el "descubrimiento" del precioso legado de la compilación justiniana.

- Es probable que, con anterioridad, las "Instituciones" y el "Código" hayan sido estudiados en Roma, Ravena y Pavia, pero no hay vestigios del "Digesto", la parte de mayor valor científico de toda la compilación.
- A fines del Siglo XI se conoce la existencia de un manuscrito del Digesto escrito a fines del siglo VI, es decir, a medio siglo de su promulgación. Se lo llamó *Littera Pisana* y luego *Littera Florentina*, por haber estado en Pisa y por haber sido llevado en el 140S a Florencia.
- Irnerio, un profesor de la Facultad de Artes —donde se impartían conocimientos de carácter general y previo a las otras facultades— de Bolonia estudió la *Littera Pisana* y comenzó a interpretarla y enseñarla. Diez mil alumnos de toda Europa concurrieron a Bolonia, interesados en esa forma superior de conocimiento jurídico.
- Pronto, en casi todas las universidades que han ido surgiendo, se encuentran facultades de derecho en las que sólo se estudia el Derecho Romano y el Canónico, formado bajo su influencia y con su mismo carácter de universalidad, frente a los particularismos de los derechos locales, que de ninguna manera se estudian en los claustros.

Según el modo de trabajo y los objetivos buscados, los juristas medievales y renacentistas han sido agrupados en tres escuelas o posturas frente al Derecho Romano: (A) la de los glosadores, (B) la de los comentaristas y (C) la de los humanistas.

La labor de las dos primeras era aludida con la expresión *mos italicus* (manera itálica) —por el predominio de juristas itálicos— y la de los humanistas, *mos gallicus* (manera francesa).

GLOSADORES

Irnerio y sus discípulos realizaron la exégesis de los textos justinianeos por medio de glosas, es decir, anotaciones marginales o interlineales, a propósito de una palabra, una institución, un criterio, etcétera.

A mediados del siglo XIII, Accursio, profesor en Bolonia, realizó una ajustada y selectiva compilación de las glosas de sus colegas en forma de un aparato exegético que en las ediciones —manuscritas, por cierto— encuadraba el texto justiniano. Esa *Glossa magna* quedó como definitiva e indiscutida en los claustros y en la práctica judicial.

La postura de los glosadores era de ciega reverencia ante el texto, al que trataban como una obra perfecta de la razón y no como un producto de diversas épocas históricas, de partes adulteradas por las interpolaciones, de reajustes y adaptaciones no exentos de contradicciones. En eso contrastarían abiertamente con los humanistas. Su gran objetivo era facilitar la comprensión de lo que se les aparecía como un derecho racional de validez general, -sin tratarlo promiscuamente con inferiores sistemas locales. En eso se diferenciarían de sus sucesores en el tiempo: los posglosadores o comentaristas.

COMENTARISTAS

Tuvieron una actitud más pragmática: trataron de arrancar del *Corpus Iuris* todo aquel material que, amalgamado con el derecho practicado en ese tiempo y articulado en la concreta realidad contemporánea, pudiera servir para una sociedad en rápido desarrollo. En esa actitud fueron realmente creadores de derecho, de un derecho común europeo de aplicación subsidiaria con respecto a los ordenamientos locales, pero extensible a todo lo no taxativamente dispuesto por éstos.

- Su modalidad de trabajo —a la que deben su denominación— fue la de componer comentarios sobre pasajes de los textos justinianeos, con amplio aporte de material jurídico local y canónico.
- El general reconocimiento del valor científico y trascendencia social de la labor de los comentaristas se hace patente en el prestigio de quien puede ser considerado el jurista que más ha gravitado en la formación del derecho occidental: Bartolo de Sassoferrato.

HUMANISTAS

Frente a la actitud reverente y ahistorical de los glosadores y al manipuleo pragmático e integrador de los comentaristas aparecen juristas enrolados en la corriente espiritual del Humanismo, apasionada por el conocimiento integral y circunstanciado del mundo clásico.

Los juristas humanistas veían en el *Corpus hiris* el resultado de una abigarrada suma y yuxtaposición de elementos que se habían ido dando en el acaecer histórico, con sus contradicciones y vicisitudes, y no una creación atemporal y perfecta de una iluminada razón. Quisieron, pues, entenderlo y explicarlo en la génesis, circunstancias y finalidades de los elementos constituyentes.

- Claro está que esta actitud, que integró importantes vacíos en el conocimiento erudito, sustrajo al Derecho Romano de un contacto y relación con la práctica cotidiana del derecho, como había tenido por obra y gracia de los comentaristas.

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano había alcanzado nueva vigencia en Europa por la vía de su prestigio y de su cultivo en las universidades. Todos los juristas se formaban en su aprendizaje y, cuando tenían que actuar como consejeros, abogados, jueces o legisladores, aplicaban la letra o el espíritu de ese derecho, único, con el Canónico, que era objeto del estudio universitario.

Así se lo fue recepcionando, en las regiones del centro y occidente europeos, en forma distinta según las circunstancias políticas y culturales.

- En el Sacro Imperio Romano Germánico los emperadores habían aceptado y favorecido el cultivo y aplicación del cuerpo legislativo sancionado por los que ellos querían destacar como predecesores. Más tarde, a partir de 1495, el Tribunal General del Imperio habría de decidir Según "el derecho común del Imperio", es decir, el Derecho Romano, impuesto por la vía de los juristas y no por la autoritaria de la legislación.
- En la parte meridional do Francia el Derecho Romano, divulgado por los estudios universitarios, suplió, en su forma escrita, a las costumbres, ya fuertemente romanizadas desde el colapso del Imperio en el 476. En la parte septentrional, las costumbres, muy impregnadas de germanismo, sólo permitieron una aplicación subsidiaria —aunque total en el sistema obligacional— del Derecho Romano.
- En Inglaterra, una monarquía más centralizada había logrado una unificación jurídica a través de un sistema de jueces itinerantes que llevaban a todas partes del reino criterios y prácticas comunes. El "Common Law" resultante hizo innecesario al Derecho Romano, que cumplía un papel similar en las otras regiones europeas. De todos modos, este último campeaba en las universidades —el "Common Law" no se enseñaba en ellas— y formaba la mente y el método de los más destacados juristas.
- En las ciudades libres y principados italianos la riea actividad comercial fue un impulso más a la entusiasta aceptación de la normativa romana como derecho común do cada vez más extendida vigencia en todo aquello que las normas locales no estatuyeran específicamente.
- En España, el Renacimiento del Derecho Romano produjo una pléyade de profesores formados en Bolonia, que enseñaron en las universidades de Alcalá, Lérida, Valladolid, Valencia y, sobre todo, Salamanca. En las "Siete Partidas" —por la división justinianea del "Digesto"—, de Alfonso el Sabio (1256), se da magnífica puerta a la recepción del Derecho Romano, que aparece allí enciclopédicamente enriquecido con otros elementos, especialmente del Derecho Canónico.

LA TENDENCIA CODIFICADORA Y LA ESCUELA HISTÓRICA

Por la evolución de los conceptos políticos y jurídicos sobre la organización del estado y, específicamente, por la influencia de la escuela racionalista del derecho natural, tiene lugar, a fines del siglo xvín, una fuerte tendencia a la formulación de códigos nacionales: el prusiano (1794), francés (1804), austriaco (1811), sajón (1863), italiano (1865), español (1889), para no mencionar los latinoamericanos.

- La redacción de esos códigos cristalizó la presencia del Derecho Romano en la vida europea, pero lo desalojó de la posición —sólo compartida con el Derecho Canónico— que tenía en las universidades: los códigos nacionales serán la columna vertebral de los estudios en las facultades, ahora nacionales y ya no europeas, de derecho.

La llamada Escuela Histórica, liderada por Savigny (1779-1861), considerando que el derecho de un pueblo es producto histórico de la evolución del espíritu nacional, como el arte y la lengua, se opuso a que en el ámbito alemán fuera cristalizado en códigos. Propugnó una vuelta al Derecho Romano como base para una creación doctrinaria, la Pandectística —*Pandecta* era el nombre griego del Digesto—, que fue normativa vigente en Alemania hasta la promulgación del Código Civil Alemán del año 1900.

EL DERECHO ROMANO EN LA ARGENTINA

Su recepción se realizó (A) en forma indirecta e implícita a través de la normativa y doctrina castellana y canónica, (B) en igual forma a través del espíritu romano que inspiró, en buena medida, las Leyes de Indias, (C) en forma explícita a través del adoctrinamiento dado al clero y de la enseñanza universitaria y (D) a través de la sanción del Código Civil Argentino, justamente considerado como el más rico en contenido jus-romano.

Según el romanista Díaz Bialet se pueden distinguir cuatro períodos en el proceso de recepción.

- Primer período —hasta la fundación de la Universidad de Córdoba en 1614—, con el Derecho Romano implícito en la legislación castellana, canónica y de Indias.
- Segundo período, hasta 1791, en que, al crearse la cátedra de *Instituto* en la Universidad de Córdoba, la enseñanza que allí se había hecho, hasta entonces, del Derecho Romano se hace más directa y orgánica.
- Tercer período, que se cierra en 1834 cuando se publica "Instituciones de Derecho Real de España", de José María Alvarez con notas de Vélez Sársfield.
- Cuarto período, caracterizado por la influencia de aquel libro, que servía de texto en Derecho Civil y en la Cátedra de Derecho Romano de Buenos Aires (1863), por los estudios de Vélez Sársfield y, sobre todo, por la promulgación del Código Civil, redactado por este último romanista.

CAPITULO V

LAS PERSONAS

Con la palabra *persona* se designa hoy al sujeto de derecho, es decir al individuo humano (persona física) o ente abstracto (persona jurídica) al que el ordenamiento legal reconoce la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

- En el Derecho Romano nunca hubo un término técnico para designar al titular de esa capacidad jurídica. Distinguía entre lo que es un *homo* y lo que es una *persona*. Por *homo* se entiende la mera unidad psicofísica, es decir, todo ente que tenga una mente racional en un cuerpo humano. En cambio *persona* es ese mismo hombre, pero considerado "con sus circunstancias", constituidas éstas por la situación que ocupa en la sociedad, en el estado y en la familia: esta situación o "posición jurídica" es conocida con el nombre de *status*. Pero *persona* no fue específicamente empleado en el sentido actual. En realidad, el significado primitivo u original de *persona* era el de máscara utilizada en las representaciones teatrales; por extensión pasó a significar el rol o papel desempeñado por un personaje, y luego la circunstancia, calidad o condición con que se actuaba en sociedad.

Hoy en día, en las naciones civilizadas, sobre la base de la libertad, dignidad e igualdad ante la ley de todos los seres humanos, esa capacidad jurídica es concebida como atributo innato e inseparable de la condición humana. Pero en los pueblos antiguos era atribuida sólo a ciertas personas, según las pautas de sus estructuras políticosociales y correlativas valoraciones sobre la necesidad o conveniencia de tal atribución. Así, en Roma sólo era reconocida una plena capacidad jurídica en el derecho privado a quien tuviera simultáneamente *status* de libre en la sociedad, *status* de ciudadano en el estado romano y *status* de jefe —*paterfamilias*— en el grupo familiar. Sólo poco a poco —y especialmente después del comienzo de nuestra era— fueron apareciendo o incrementándose restringidas y parciales capacidades de los otros miembros de la familia —mujeres y descendientes—, de la población del Imperio —latinos y peregrinos— y de la sociedad —esclavos.

Es que primitivamente la sociedad civil era considerada como integrada por grupos familiares —*gentes*, familias agnaticias o *proprio iure*— y no individuos: las relaciones jurídicas eran de grupo a grupo, titulariadas precisamente por los respectivos jefes. Sólo con el tiempo, en una sociedad más compleja y articulada y por las necesidades de un mayor desarrollo de relaciones, se fue concediendo mayor autonomía y responsabilidad a los individuos.

Así, pues, en Derecho Romano, a propósito de la persona física, hay que tener en cuenta dos clases de requisitos: 1) los que se refieren a la existencia humana —comienzo y fin— y 2) los que se refieren a su posición —*status*— social, ciudadano y familiar. Inmediatamente, luego de otros conceptos preliminares, se analizarán esos requisitos, de los cuales en el derecho moderno sólo los primeros tienen relevancia para el reconocimiento de la capacidad jurídica.

Distinta de la capacidad jurídica es la capacidad de hecho o de actuar, que es la aptitud —reconocida al individuo que no se halle afectado por alguna expresa condición disminuyente de sus facultades intelectuales o volitivas— de llevar a cabo actos idóneos para provocar efectos jurídicos.

- Hoy en día cualquier infante o insano declarado puede, en todo momento, adquirir' derechos —por ejemplo, resultar heredero—, pero no puede actuar para modificar o extinguir derechos.
- También en Roma ese infante o insano podía —siempre que tuviera el grado óptimo en los tres status, es decir qué fuera *paterfamilias* romano— gozar de derechos y adquirirlos, en tanto no fuera necesaria su personal actuación, invalidada por el ordenamiento jurídico, precisamente en razón del déficit en sus aptitudes intelectuales y volitivas. Era un capaz de derecho puro incapaz de hecho.
- Viceversa, un esclavo, si no presentaba impedimentos de edad o de salud mental, tenía cierta capacidad de actuar; aunque, claro está, los efectos jurídicos de sus actos no recaían sobre él, privado como estaba de capacidad de derecho, sino sobre su dueño. Era capaz de hecho, pero no de derecho.
- En el Derecho Romano, pues, una capacidad no presupone la otra: pueden o no coexistir en un mismo ser humano.

COMIENZO Y FIN DE LA EXISTENCIA

NACIMIENTO

La aparición del hombre en la escena jurídica comienza con el nacimiento. Para considerar nacido a un hombre son necesarias las siguientes condiciones:

(A) La efectividad del nacimiento, es decir, el total desprendimiento del seno materno.

- Mientras el concebido esté en el vientre de la madre se lo considera no como una individualidad, sino sólo como "una parte de la mujer".
- Sin embargo, por una razón de equidad se le admite un nivel de existencia respecto de ciertos efectos que le son favorables; por ejemplo, donaciones y legados. La afirmación de este principio continuará en Justiniano estableciéndose que siempre que se trate del provecho del concebido, se lo reputa como nacido.
- La evolución posterior de este principio respecto del *nasciturus* (el que va a nacer), al que al parecer no fue ajeno el cristianismo, acuñará más tarde la regla *nasciturus pro iam nato habetur* (al *nasciturus* se lo tiene por ya nacido).
- En caso de premuerte del padre —caso del hijo postumo— el *nasciturus* recibía una protección especial, por medio de un *curator ventris* (procurador del seno materno) designado por el magistrado.

(B) Que haya nacido con vida, pues "a quien nace muerto, no se lo tiene ni por nacido ni por procreado".

- Hubo acá una controversia entre las escuelas acerca de la prueba de haber nacido con vida. Para los proculeyanos era necesario haber escuchado el grito del recién nacido; en cambio, para los sabinianos bastaba con cualquier signo, fuera el de la voz u otros. Fue por esta tesis por la que se inclinó Justiniano.

(C) Que el nacido presente forma humana, puesto que si la mujer ha dado a luz algo monstruoso o prodigioso, es decir procreado en contra de la forma normal de la figura humana, ello no tiene ninguna significación jurídica.

MUERTE

La muerte extingue al *homo* y en consecuencia deja éste de ser persona.

- Se planteaba el problema de determinar el orden de prelación de quienes morían en un mismo accidente —incendio, naufragio, etcétera—. Ello podría tener importancia en el caso del orden sucesorio.
- Para el derecho clásico, si no se podía probar quién murió antes y quién murió después, se

consideraba que "no se veía que uno haya sobrevivido respecto del otro", por lo que ambos eran tenidos como muertos al mismo tiempo.

- En cambio, Justiniano siguió otro sistema, al establecer una presunción para un caso particular. Se basaba en un criterio de mayor o menor resistencia a la muerte: así, si en el accidente perecen el padre y el hijo, se presume que si el hijo es impúber se lo tiene como muerto antes; en cambio, si es púber, se lo tiene por muerto primero al padre, siempre que no se pruebe lo contrario. Anteriormente Adriano también había decidido en un caso así, que el hijo muere antes que el padre.
- Los romanos no conocieron las presunciones y declaraciones de muerte. Fueron los glosadores quienes sentaron el criterio de que cabe presumir la muerte del ausente —salvo prueba en contrario— que ha cumplido 100 años. La interpretación medieval posterior, basada en el Salmo 90 (89) v. 10, rebajó el cómputo a 70 años.

EL "STATUS"

El status es la situación o posición jurídica ocupada por un hombre. Se acostumbra a dividir tres casos distintas:

Status Libertatis ----- de acuerdo con la libertad.

Status Civitatis ----- de acuerdo con la ubicación en la civitas.

Status Familiae ----- de acuerdo con la ubicación en la familia.

- La clasificación precedente no sería típicamente romana, sino elaborada posteriormente (s. XVI y siguientes), tomando como base la idea, que sí era romana, de la *capitis deminutio*. Los romanos establecían tres clases: *capitis deminutio máxima* (cuando alguien perdía la libertad), *capitis deminutio media* (cuando alguien perdía la ciudadanía) y *capitis deminutio mínima* (cuando alguien perdía su posición dentro de la familia o cambiaba de familia).

STATUS LIBERTATIS

La máxima división de los hombres (*summa divisio hominum*) es la que nos dice que los hombres son libres o son esclavos. A su vez, los libres son ingenuos o son libertos.

LOS ESCLAVOS

El esclavo es aquel hombre que por una *iusta causa* está privado de su libertad y debe servir a un hombre libre.

- Florentino nos da una definición de la esclavitud inspirada en el estoicismo, según la cual es "una institución del derecho de gentes, por la cual alguien se encuentra sometido —en contra de la naturaleza— a un dominio ajeno".
- Para que exista la situación de esclavo es necesario que medie una causa legal de esclavitud; de lo contrario el hombre continúa siendo libre. Se podía dar el caso del hombre que no obstante ser libre, estaba sirviendo de buena fe como esclavo (*homo liber bona fide serviens*). En este caso sus actos se regían por las reglas de la esclavitud.

Respecto de los esclavos nos interesa destacar: (A) cómo se llega a ser esclavo; (B) cuál es la condición jurídica del esclavo; (C) cómo se cesa de ser esclavo.

(A) Cómo se llega a ser esclavo. — Los esclavos *nacen o se hacen*: 1) nacen esclavos los hijos de esclavas. Se hacen esclavos los hombres, 2) por causas del *ius gentium*, 3) por causas del *ius civile*.

1) Nacen esclavos los hijos de una madre esclava. Poco importa que el padre sea libre o esclavo, pues fuera del matrimonio legítimo (*iustae nuptiae*), único supuesto en el cual el *pater* es *certus*, la regla es que el hijo sigue la condición de la madre. Como los esclavos no pueden celebrar *iustae nuptiae*, se explica la solución dada.

- ¿Cuándo se toma en cuenta la situación de la madre? Podía suceder que fuera libre en la concepción y esclava en el parto de su hijo, o viceversa. Los romanos tuvieron sus dudas, pero luego, por aplicación del principio del *favor libertatis* (en caso de duda estar por la libertad) se estableció que bastaba que la mujer hubiese sido libre, aunque más no hubiese sido un momento, en el embarazo para que el hijo naciera libre.

2) Se hacen esclavos por el *ius gentium* los aprehendidos en una guerra de acuerdo a derecho (*iustum bellum*), es decir una guerra formalmente declarada contra aquellos pueblos con los cuales Roma mantiene vínculos regulares (*hostes*), o también una guerra sin declaración formal con aquellos pueblos desconocidos para Roma (*barbari*).

- En principio, los cautivos extranjeros pasan a ser esclavos del *populus romanus*, el cual puede utilizarlos para trabajos públicos, o también subastarlos a los particulares. Raramente eran cedidos a los soldados y jefes.

- Siendo una causa del *ius gentium*, el romano podía también ser aprehendido por el enemigo. En ese supuesto, para el caso de que escapara de su cautiverio y transpusiera los límites de terreno romano, se hacía de cuenta que no sólo recobraba su libertad, sino también su *ingenuitas*; es decir, se lo reintegraba a la misma situación jurídica que gozaba antes de caer prisionero. Esta institución se llamaba *postliminium* (*post* — después de; *limes* — límites).

- Otra ventaja de que contó el romano prisionero era la *fictio legis Corneliae*. Un romano podía hacer testamento, pero para que éste fuera válido debía contar con la capacidad activa de hacerlo (*testamenti factio activa*), tanto en el momento de su confección como en el de su muerte. En el caso que nos ocupa, si moría prisionero del enemigo, el testamento se tomaba inválido. Para salvar la validez del acto la *Lex Corneliae* estableció la ficción de que al romano muerto en cautiverio se lo considerara muerto en el mismo momento en que había caído prisionero.

3) Se hacían esclavos por el *ius civile* —supuestos más raros— por las causas siguientes:

- los que rehusaban inscribirse en el censo o alistarse para la leva;
- los condenados a penas infamantes (*servi poenae*), como la de ser obligados a trabajar en las minas, condenados a las bestias feroces, a ejercer de gladiadores, etcétera;
- la mujer libre que mantenía relaciones ilícitas con un esclavo ajeno no obstante la triple advertencia del *dominus* de dicho esclavo de que las mismas debían cesar.
- Todas estas causas fueron derogadas posteriormente y en la época de Justiniano quedaron prácticamente sólo dos: a) el caso del hombre libre mayor de 20 años que en connivencia 'Con otro se hace vender por éste a un tercero como esclavo, para luego declarar su verdadero *status* y defraudar al comprador en el precio pagado; b) por ingratitud de un liberto respecto de su patrono.

(B) Condición del esclavo. — En principio, el esclavo no tiene capacidad de derecho; es decir, no puede celebrar por sí actos jurídicos. Técnicamente es cosa (*res*), y en tal calidad queda sujeto a la propiedad de su amo.

- Sin embargo, creemos que la palabra exacta para designarlo es *homo*, que lo diferencia de una mera *res*.
- Por ello es que, si bien no podía hacer actos jurídicos por sí, tenía capacidad de actuar por su *dominus* en los actos cuyo objeto era hacerle adquirir bienes o convertirlo en acreedor, pero no en aquellos que significaban hacerle perder bienes o convertirlo en deudor: por ejemplo, podía adquirir para su dueño por ocupación, herencia, etcétera, o celebrar una *mancipatio* o una *stipulatio* que beneficiasen a éste.
- También podía retener ciertos bienes en calidad de peculio.
- Desde el punto de vista penal era *capax*, de tal modo que su *dominus* respondía por los delitos

cometidos por su esclavo, pudiendo optar entre abonar la pena o recurrir al abandono noxal.

- Como *homo* que es, se lo reconoce como sujeto del *ius naturale*: así, no podía contraer *iustae nuptiae*, pero sí unirse por el *contubernium*. Como consecuencia de esta unión se admitió un parentesco de sangre (*servilis cognatio*) que tenía repercusión si el esclavo llegaba eventualmente, por una manumisión, a ser liberto en los impedimentos matrimoniales y para los supuestos de herencia. También se admitió que las obligaciones celebradas *per se*, si bien no eran obligaciones civiles, tenían los efectos de las obligaciones naturales".
- Finalmente, en el orden religioso se lo consideraba partícipe tanto del culto familiar como del público, teniendo validez la palabra empeñada en los juramentos y votos. El sitio donde descansaban sus restos era una reí *religiosa*", mereciendo por ello las honras fúnebres.

En cuanto a su situación, el esclavo dependía mucho del trato particular que le dispensaba cada *dominus*. Podemos distinguir varias etapas.

1) En un principio, los esclavos eran de la misma condición étnica y aun religiosa de sus amos, por lo que convivían con ellos, trabajando junto a sus hijos y participando del culto. Incluso más adelante, muchos esclavos helénicos estarán encargados como pedagogos de la instrucción de los niños.

2) Hacia fines de la República, la situación cambia. El número aumenta, y siendo en su mayoría extranjeros cautivos, se los mantenía alejados de la casa familiar, haciéndolos trabajar en los campos de sus dueños.

3) Sin embargo, la rudeza de ciertos amos se fue suavizando por efectos de distintas disposiciones, originadas por una neta influencia estoica, a la que se agregó luego la cristiana.

- Para el estoicismo, el principio de la *humanitas* hizo mirar con animadversión a la esclavitud. El camino fue sin embargo bastante lento en cuanto a las correcciones.
- Por la *lex Petronia* (19 d.C.) se prohibió condenar al esclavo a las bestias.
- Por edicto de Claudio se prohibió al *dominus* abandonar a su esclavo viejo o enfermo, bajo pena de perder el *dominium* del mismo.
- Antonino Pío dispuso que si alguien mataba al esclavo propio, se lo hacía responsable como si se tratase de la muerte de un esclavo ajeno. Además, le estaba prohibido maltratarlo, bajo pena de ser obligado a venderlo por orden del magistrado.
- La influencia cristiana se hizo ver a partir de Constantino, quien calificó de homicidio la muerte intencional del esclavo. Ya en la época de Justiniano se redujeron las causas de esclavitud y se proveyeron diversas medidas para evitar actos de crueldad respecto de los esclavos.

(C) Cómo se cesa de ser esclavo. — La situación de esclavitud cesa por voluntad de la ley o por voluntad del amo que manumite (*manus* = poder; *mittere* = enviar, abandonar).

• Muchas veces la ley podía disponer la libertad de un esclavo; por ejemplo, por haber prestado un servicio importante al *populus* — descubriendo una conspiración, denunciando delitos, etcétera—. También hubo normas más genéricas, como el citado edicto de Claudio, que otorgaba la libertad al esclavo abandonado por su dueño; o la disposición de Constantino por la que el esclavo recién nacido y abandonado era libre.

- En cambio, dependía de la voluntad del amo el manumitir.

En el derecho clásico había tres clases de manumisiones solemnes:

1) por la vindicta.

- En este caso, el *dominus* concurría con el esclavo delante del magistrado debiendo estar presente un tercero (*adseritor libertatis*) que actuaba por el esclavo, quien no podía actuar en justicia. Este tercero era comúnmente uno de los lictores que acompañaban al magistrado. Afirmaba solemnemente que el esclavo

era un hombre libre, y ante el silencio del *dominus*, el pretor lo declaraba como tal.

2) por el censo

- Consistía en permitir al esclavo inscribirse en el censo en la clase de los ciudadanos. Como es sabido, el censo tenía lugar cada cinco años en Roma.

3) por testamento.

- El amo podía acordar en su testamento la libertad a su esclavo, ya sea directamente, por una cláusula inserta al mismo, ya indirectamente por medio de un legado que debía cumplir el heredero, o también por medio de un fideicomiso que debía cumplir el heredero fiduciario.

En el Bajo Imperio, a partir de Constantino se admitió una nueva forma, influida por el cristianismo: la manumisión en la iglesia (*in sacrosanctis ecclesiis*).

- Se realizaba en las iglesias, en presencia del obispo y de la grey reunida; se utilizaba generalmente el dia de Pascua, y luego de la declaración del *dominus*, se redactaba un libelo o escritura, firmado por los presentes, que actuaban de testigos.

Aparte de las formas rituales solemnes, podía suceder que el *dominus* decidiera otorgar la libertad a su esclavo de un modo informal. Así, haciéndolo en presencia de sus amigos (*inter amicos*), o invitándolo a compartir la mesa (*per mensam*), o haciéndoselo saber por una carta (*per epistolam*).

- Ocurría acá una situación curiosa, por cuanto de hecho, el esclavo estaba manumitido, aun cuando para el *ius civile*, por no haberse cumplimentado los ritos respectivos, permanecía esclavo. Tanto era así que el *dominus* arrepentido podía reclamar al pretendido manumitido por medio de una *reivindicatio*. Sin embargo, acá intervenía el pretor otorgando al demandado una serie de defensas (*exceptiones*) por las que se detenían los efectos de la acción incoada.
- Esta situación ambivalente —esclavo para el *ius civile*, libre para el *ius praetorium*— fue finalmente resuelta por la *lex Iuna Norbana*, que declaró que estos libertos serían libres, ubicándolos en el *status de latini iuniani*.

En un principio, la posibilidad de manumitir fue totalmente libre. Debido al carácter familiar de los esclavos, era, incluso, bastante rara. Luego, en plena República, se consideraba un honor para el *dominus* el manumitir, lo cual representaba un rasgo de generosidad. Sin embargo, como estas manumisiones podían afectar otros intereses, se sancionaron leyes restrictivas de las manumisiones: la *lex Aelia Sentia* y la *Fufia Caninia*.

- La *lex Aelia Sentia* limitó la posibilidad de manumitir *per vindictam*. Su objetivo estaba relacionado con el hecho de que, siendo la mayor cantidad de esclavos de esa época (año 4 d.C.) extranjeros, por una ligereza de los dueños se otorgara la libertad a individuos que no eran dignos de ser ciudadanos romanos, o pudiera resultar peligroso para la seguridad pública el otorgarles la ciudadanía. Por ello esta ley pedía: a) que el *dominus* tuviera por lo menos 20 años —de lo contrario era nula la manumisión—; b) que el manumitido tuviera por lo menos 30 años —de lo contrario se convertía en *latinus iunlanus*—; c) no se podía manumitir a esclavos que fueran tales por penas infamantes. Si no obstante se lo lucía, se convertían en *libertos dediticios*, y d) no se podía manumitir en fraude de los acreedores.
- En cambio, la *lex Fufia Caninia* (año 2 d.C.) limitó el número de esclavos manumitidos por testamento. Su objetivo era que no se perjudicara a los herederos. Se establecía una tabla progresiva, siendo el máximo permitido el de 100.
- Justiniano derogó la *lex Fufia Caninia* y mantuvo la *lex Aelia Sentia* en lo que se refería a la edad del *dominus* para manumitir y en cuanto a la prohibición de manumitir en fraude de los acreedores.

LOS LIBRES

(A) **Los ingenuos** — Son quienes han nacido libres y lo continúan siendo. En esto se diferenciarán del liberto, quien si bien es libre, antes fue esclavo y luego fue manumitido. Para considerar la ingenuidad no importa si el padre fue ingenuo o liberto.

(B) **Los libertos**. — En la época clásica se diferencian tres clases de libertos.

1) **Los libertos ciudadanos romanos**. Eran tales los manumitidos por formas solemnes, habiéndose respetado las normas de la *lex Aelia Sentia*.

- Esta categoría de libertos era la que más se parecía a la de los ingenuos ciudadanos romanos. Sin embargo, había algunas diferencias. En lo que respecta al *ius publicum*, carecían del *ius honorum*, y si bien tenían el *ius suffragii*, sólo les era permitido intervenir en los comicios tribados votando exclusivamente en alguna de las cuatro tribus urbanas. En lo que se refiere al *ius privatum*, tenían la capacidad de efectuar actos jurídicos del *ius civile*, es decir el *ius commercii*, ° y también el *ius connubii*. Respecto de esto último, durante mucho tiempo estuvo, sin embargo, prohibida la realización de *iustae nuptiae* entre ingenuos y libertos. Augusto la permitirá, pero sin acordarles a las libertas la posibilidad de casarse con personas del rango senatorial.

- Esta clase de libertos podía conseguir en la época imperial la *ingenuitas*, mediante la concesión del principio del *ius aureorum anulorum* (derecho de anillos de oro) de los caballeros, si bien quedaba vigente la relación de patronato. En cambio, por la *natalium restitutio*, concedida por decreto del príncipe con el consentimiento del patrono, el liberto era igual al ingenuo, y desaparecía el patronato.

2) **Los libertos latinos junianos**. Eran éstos quienes a) fueran manumitidos por formas no solemnes; b) o no contaran con la edad de 30 años; c) o fueran manumitidos por un *dominus* que sólo tenía sobre ellos el dominio bonitario.

- Esta categoría era inferior a la anterior. En lo que se refiere al *ius publicum*, carecían tanto del *ius honorum* como del *ius suffragii*.

- En lo que se refiere al *ius privatum*, carecían del *ius connubii*, pero poseían el *ius commercii*, por lo que su situación se parecía a la de los latinos coloniarios, pero se diferenciaba en cuanto a que esta posibilidad quedaba limitada a los actos *ínter vivos*. Respecto de los actos *mortis causa*, no podían ni hacer testamento ni tampoco adquirir nada a título de herederos o de legatarios. Ulpiano resumía su situación diciendo que "viven como libres, pero mueren como esclavos".

- Quienes estaban en esta categoría, en la época clásica podían, por diversos procedimientos, ascender a la de "ciudadanos romanos": Así,

- a) si era latino juniano por no contar aún 30 años, si se casaba —no *iustae nuptiae*— con una mujer ciudadana, romana o latina, y tenían un hijo, cuando éste llegaba al año de edad, se podía presentar al magistrado o al gobernador pidiendo la ciudadanía romana.

- b) Todo latino juniano se hacía ciudadano romano si había militado durante 6 años en la guardia de Roma; más tarde, por un senadoconsulto, se rebajó a 3 años.

- c) Ello también ocurría si el latino había construido una nave capaz de llevar no menos de diez mil medidas de trigo, y había efectuado el tráfico a Roma llevando trigo durante 6 años.

- d) Además, Nerón otorgó la ciudadanía al latino cuyo patrimonio se elevara a más de 200.000 sestercios y edificara en Roma una casa en la cual invirtiese al menos la mitad de su patrimonio.

- e) Por último, Trajano ordenó otorgar la ciudadanía al latino que hubiese ejercido en Roma durante tres años el oficio de molinero, o panadero, y hubiese molido no menos de 100 medidas de trigo diarias.

- Todas estas disposiciones están vinculadas, como es fácil advertir, con distintas necesidades públicas en la vida de Roma.

3) **Los libertos dediticios**. Eran éstos los esclavos por penas infamantes (*servi poenae*) que hubieran sido manumitidos.

- Según Gayo, era la peor de todas las situaciones en que podía estar un hombre libre (*pesimá libertas*). En efecto, quedaban asimilados a la categoría de los peregrinos dediticios". No podían llegar a ser ni latinos ni menos aún ciudadanos romanos.

- A su vez, les estaba prohibido vivir en Roma o en un radio de 100 millas alrededor. Si contravenían

esta disposición, tanto a ellos como a sus bienes se los vendía públicamente.

En el Bajo Imperio no hay sino una sola clase de libertos: la de ciudadanos romanos, habiendo desaparecido la de los latinos junianos y la de los dediticios.

El patronato. — El liberto quedaba ligado a su antiguo amo por medio de un vínculo que arrastraba una serie de deberes a cumplir; el amo, luego de la manumisión, pasaba a ser denominado *patronus*. Esa situación era conocida como patronato. Los deberes eran los siguientes:

(A) *El obsequium*

- Llamado también *reverentia u honor*, consistente en el deber de respeto debido al patrono y a sus descendientes. El liberto no debía realizar ninguna acción infamante ni demandarlo judicialmente sin una autorización del pretor. Si el patrono caía en la miseria, podía reclamarle alimentos al liberto; en este supuesto, la obligación era recíproca y el patrono estaba obligado a sostener al liberto indigente.

(B) *Las operae*

- Consistían en servicios que debía prestar el liberto. Había dos clases: *operae officiales*, generalmente servicios domésticos a los que estaba acostumbrado el liberto, de un carácter netamente personal y debidos sin necesidad de convención al respecto; pero además podían ser *operae fabriles*, que tenían un carácter más extraordinario, generalmente involucrando un valor pecuniario. Para poder exigirlas era necesario haber mediado una promesa juramentada, que era una forma contractual verbal, la *promissio iurata liberti*.

(C) *Los bona*

- Cuando el liberto moría sin descendientes habidos luego de su manumisión, los bienes correspondían a su patrono. Este tenía también la tutela del liberto impúber o cie la liberta.

Las obligaciones del liberto hacia su patrono pasan a los descendientes de éste, quienes pueden exigir su cumplimiento. En cambio, el que debe cumplirlas es el liberto, y en principio no pasan a sus hijos, quienes nacen ingenuos. Sin embargo, de hecho quedaban bajo la dependencia moral del patrono, luego de la muerte de su padre.

SITUACIONES AFINES A LA ESCLAVITUD

Ciertos hombres, no obstante no ser esclavos, estaban sometidos a una situación muy cercana a la esclavitud. Serían los casos siguientes:

1) Las personas *in mancipio* o *in causa mancipii*.

- Estaban en esta situación los *filii familliae* que el *pater* transmitía por una *mancipatio* a otro *pater*. Las causas podían ser varias y no llevaban generalmente la idea del simple lucro. Así, podía efectuarse la *mancipatio* para realizar los requisitos de una emancipación ° o de una adopción °, o para entregar el hijo a la guarda de un tercero con fines de aprendizaje. También, el *pater* podía mancipar a un *filius* a los efectos de no hacerse cargo de la responsabilidad por daños delitivos cometidos por ese *filius*. Este supuesto es conocido como *abandono noxal*.
- En cuanto a su situación, es muy parecida a la del esclavo, los textos dicen que está *in loco servi* (ocupando el lugar de esclavo) y sometido al *mancipium* del *pater* adquirente. Se diferencia del esclavo en que continúa teniendo su *status libertatis* y por ello, cuando termine esta situación, continuará siendo ingenuo y no dejará de ser ciudadano romano.
- Para salir de esta situación era necesaria una manumisión solemne.
- Para la época de Gayo, la situación de personas *in causa mancipii* ha quedado reducida a los casos de abandono noxal. Ya para Justiniano, el *mancipium* ha desaparecido.

2) Los *colonos*

- El colonato es una institución tardía de Roma —fines del siglo IV d C—. El *colonus* era un hombre libre y como tal podía casarse, tener patrimonio, contraer obligaciones, etcétera; pero se hallaba adscripto, con toda su familia, a la tierra de la que formaba parte, siendo por ello un siervo de la tierra (*servus terrae*).
- No podía abandonar la tierra, y si lo hacía, era tratado como un esclavo fugitivo. Además, cuando se vendía la tierra, el colono y los suyos eran vendidos como accesorios de la misma.
- Para ser colono, la fuente más frecuente era el nacimiento; pero podía ocurrir también por convención, o a título de pena. La extinción era más difícil. Ocurría cuando el colono alcanzaba a comprar el campo o la porción de éste al que estaba sujeto. También cuando el patrono lo ofrecía como soldado, como curiación o como sacerdote. En cambio, si alcanzaba la dignidad de obispo, no era necesario el consentimiento del patrono.

3) Los *addicti* y los *nexi*

- Los *addicli* son aquellos deudores que no habiendo pagado sus deudas han sufrido los efectos de la *manus injectio* por parte de sus acreedores. Situación semejante es la de los *nexi*, es decir los deudores que se han obligado por medio del *nexum* y no cumplen la prestación debida.
- Técnicamente no son esclavos, y en Roma continúan siendo ciudadanos, pero su situación real es muy cercana a la esclavitud: posibilidad de tenerlos presos privadamente durante 60 días, al cabo de los cuales podían ser vendidos o atribuidos en propiedad.

4) El *auctoratus*

- Se llamaba así al hombre libre que se entregaba a un empresario (*lanista*), el cual podía disponer de él como gladiador.

5) El *redemptus ab hostibus*

- La persona que había caído prisionera del enemigo podía ser redimida mediante el pago de una suma de dinero. El *redemptus* quedaba luego obligado a tener que pagar con sus servicios el precio del rescate al *redemptor*. Según una constitución de Arcadio y Honorio se determinó que el plazo del reembolso no podía ser superior a 5 años, pasados los cuales quedaría saldada la obligación.

STATUS CIVITATIS

Significa la posición jurídica que ocupa un hombre libre dentro de la *civitas*. De acuerdo con ello, la clasificación sería la de distinguir: (A) los ciudadanos romanos; (B) los latinos y (C) los peregrinos.

Roma fue siempre muy celosa en lo referente a la concesión de prerrogativas o ventajas en la *civitas*. El criterio rector sería el de la *romanitas*, de acuerdo con el cual, cuanto mayor fuera el grado de romanización, es decir la adaptación al modo de ser romano, mejor sería la situación del individuo o del grupo en este *status civitatis*.

(A) LOS CIUDADANOS ROMANOS

Cómo se adquiere la ciudadanía. — Se es ciudadano romano ya sea 1) por nacimiento o 2) por un hecho posterior.

- 1) **Por nacimiento** era ciudadano romano aquel concebido por padres romanos unidos en *iustae nuptiae*. Fuera de esta unión había que considerar la situación de la madre, sin

importar la del padre, por lo que era ciudadano el hijo de una madre romana en el momento del parto.

- A fines de la República se sancionó una *lex Minicia* según la cual el hijo habido de la unión de una ciudadana romana y un latino, o un extranjero, seguía la condición del padre, con lo que le rehusaba la ciudadanía romana. Esta ley fue derogada por un senadoconsulto de la época de Adriano.

2) **Por hechos posteriores al nacimiento** se podía ser ciudadano romano: a) por la manumisión, por medios solemnes y cumplimiento de los requisitos de la *lex Aelia Sentia*, de un esclavo y b) por concesión especial expresa por el *populus* en los comicios —época republicana— o por senadoconsulto o una constitución imperial —época imperial—. Podía comprender a un solo individuo, o a un grupo, o un pueblo entero, y podía la concesión ser plena en cuanto a las prerrogativas o limitarse a algunas de ellas —*ius suffragii* o *ius connubii* o *ius commercii*.

Condición jurídica de los ciudadanos romanos. — I. La calidad de ciudadano romano representa la plenitud de prerrogativas de este *status (óptimo iure,)*. Tenían:

(A) ***Ius publicum***

- *ius honorum*: posibilidad de poder acceder a las magistraturas (*honores*)
- *ius suffragü*: posibilidad de intervención y de voto en los *comitia*
- *ius sacrorum*: posibilidad de acceder a los *collegia sacerdotales*
- *ius provocationis*: *ad, populum*: posibilidad de apelar en último grado al *populus* en los procesos criminales

(B) ***Ius privatum***

- *ius commercii*: posibilidad de poder efectuar todos los actos y negocios jurídicos del *ius civile* —tanto para adquirir bienes, v. gr. *mancipatio*, como para obligarse, v. gr. *sponsio*
- *ius connubii*: posibilidad de poder celebrar *iustae nuptiae*. Consecuentemente, fundar una familia según el *ius civile*, con los efectos de la *patria potestas*, *agnatio*, etcétera
- *testamentifactio activa*: posibilidad de hacer testamento romano y
- *testamentifactio passiva*: posibilidad de poder recibir algo, como heredero o legatario, en un testamento romano
- *ius actionis*: posibilidad de poder recurrir al procedimiento romano mediante *actiones*.

(C) ***Munera (cargas)***

- *census*: obligación de anotarse en el *censo*
- *militia*: obligación de servir en las armas
- *tributum*: obligación hasta el 167 a.C. de pagar el impuesto

II. El carácter distintivo del ciudadano se denota en la prerrogativa de ser designado por los *tria nomina* (los tres nombres).

Nombre individual – <i>praenomen</i> Nombre gentilicio – <i>nomen</i> Nombre familiar – <i>cognome</i> A veces, un sobrenombre – <i>agnomen</i>	Marco Tulio Cicerón	Cayo Julio César	Publio Cornelio Escipión El Africano
--	---------------------------	------------------------	---

- En cuanto al liberto, llevaba su nombre particular precedido del de su antiguo *dominus*. Así, el esclavo *Stichus* manumitido por Marco Tulio Cicerón se denominaba *Marcos Tullius (Marci libertus) Stichus*.

Pérdida de la ciudadanía. — La ciudadanía romana se podía perder por: a) sufrir una *capitis deminutio máxima* que ocasionaba la pérdida de la *libertas* y arrastraba la pérdida de la calidad de *civis*; b) una condena política, por ejemplo la *interdictio aquae et ignis* (prohibición del agua y del fuego), con lo que se significaba simbólicamente que se lo ponía al margen de la *civitas*. Esta pena será reemplazada, en épocas de Tiberio, por la *deportatio*; c) abandonar *motu proprio* la ciudadanía romana y convertirse en ciudadano extranjero (*dicatia*).

(B) LOS LATINOS

Por debajo de la categoría de los ciudadanos romanos, pero en grado preferente a la de los extranjeros (*peregrini*), los romanos ubicaron a los latinos. Los había de tres clases.

1) **Latini veteres.** — Fueron los antiguos habitantes del *Latium*; luego se agregaron los miembros de las colonias fundadas por la Liga Latina hasta su disolución en el 338 a.C.; también a otras comunidades no latinas se les concedió este *status*.

- Se trataba de los ex aliados de Roma, sobre los cuales ésta había triunfado luego de una revuelta de la posteriormente disuelta Liga Latina. De acuerdo con la política romana, se los admitió por su similitud de costumbres y religión en una categoría muy cercana a la de los ciudadanos romanos.
- Conservaban los *iura privata* —*connubium; commercium*— e incluso el *ius suffragii*, siempre y cuando estuvieran en Roma en oportunidad de las reuniones de los *comitia*. Carecían en cambio del *ius honorum*,
- Sin embargo, tenían ciertas facilidades para asimilarse a los ciudadanos romanos: a) si se iban a vivir a Roma dejando un descendiente en su ciudad; b) si habían ocupado una magistratura en su país; c) si habían hecho condenar a un ciudadano romano.

2) **Latini coloniarii.** — Uno de los procedimientos arbitrados por los romanos para mantener el espíritu de la *romanitas* sobre las regiones que iban ocupando en Italia fue el de las colonias, que servían de centro de irradiación de ese espíritu. Unas colonias eran romanas y sus habitantes continuaban siendo ciudadanos; otras, eran latinas —formadas por latinos o por ciudadanos romanos que al irse de Roma perdían su categoría—. A estos últimos, a partir del 268 a.C, se los acostumbra llamar *latini coloniarii*.

- Tenían el *suffragium* siempre que estuvieran en Roma en oportunidad de reunirse los *comitia*, pero no el *ius honorum*. Ejercían también el *commercium*, careciendo del *connubium*, a menos que les fuera concedido especialmente.
- Este *status* les fue más tarde concedido a habitantes fuera de Italia con total prescindencia de su condición étnica, v. gr., Vespasiano se lo otorgó a todas las ciudades de España.
- Si bien subsistieron después de la desaparición de los *latini veteres*, poco a poco fueron mermando, sobre todo por su naturalización. Con el *edicto de Caracalla* del 212 d.C, terminaron por extinguirse.

3) **Latini iuniani.** — Esta tercera clase de latinos corresponde a los libertos manumitidos de manera irregular, a los cuales, no obstante no ser étnicamente latinos, se los asimiló a este *status*.

(C) LOS PEREGRINOS

Los **peregrinos** o extranjeros eran aquellos pertenecientes a otras comunidades que mantenían relaciones con Roma, asegurándoles ésta ciertos derechos y garantías. Se oponían a los bárbaros, designación genérica de los pueblos que vivían fuera del

Imperio.

- Por un lado estaban los simples peregrinos a quienes Roma les había permitido el uso de sus leyes e instituciones locales (*cum civitate*): se regían subsidiariamente por el *ius gentium*.
- Por el otro, estaban los integrantes de las ciudades dediticias, en general castigadas por su resistencia a Roma: se les prohibía tener instituciones propias (*sine civitate*). Se regían por el *ius gentium*, y no podían nunca ser ciudadanos.

STATUS FAMILIAE

Desde el punto de vista del *status familiae*, se dividen las personas en *sui iuris* y *alieni iuris*.

(A) SUI IURIS

Aquel que no está bajo la dependencia de otro. Tiene patrimonio, del que es responsable y puede obligarse por el mismo. Es el caso del *paterfamilias*.

- Un niño que quedaba huérfano de padre pasaba a la condición de *sui iuris* si es que no estaba sometido a la *patria potestas* de su abuelo o bisabuelo paterno. Lo mismo ocurría con la mujer cuando no estaba sometida ni a la *potestas del paterfamilias* ni a la *manus* del *pater* de la familia del mando.

(B) ALIENI IURIS

Son quienes no pueden actuar por sí mismos por cuanto están sometidos a la dependencia de otro.

- Son *alieni iuris* los sometidos a la patria potestas —los *filii familias*—, la mujer sometida a la *manus* y también los *filii familias* cedidos ín *causa mancipi*.

Todo lo relativo al *status familiae* es tratado especialmente en el capítulo referente a la familia.

CAUSAS MODIFICATIVAS DEL "STATUS"

No obstante que una persona esté gozando de un determinado *status*, puede ver disminuido el ejercicio de sus prerrogativas por la existencia de ciertas causas modificativas de aquél.

(A) LA EDAD

Por razón de la edad podemos distinguir las siguientes condiciones:

1) Los infantes. Son los niños que no pueden expresarse jurídicamente. En la época de Justiniano, se determina que son los menores de siete años. No pueden celebrar por sí ningún acto o negocio jurídico.

2) Los impúberes. Son aquellos que no tienen el desarrollo físico para engendrar

(*potestas generandi*). Respecto de la edad en la cual se entendía que alcanzaban la pubertad, se estableció que para las niñas ocurría a los 12 años; en cambio, respecto de los varones hubo una discusión entre las escuelas. Los proculeyanos establecieron la edad de los 14 años; en cambio, para los sabinianos, había que determinarlo caso por caso mediante un examen realizado en el ámbito familiar (*inspectio habitudinis corporis*). Justiniano decidió la controversia inclinándose por la solución proculeyana.

Los impúberes pueden ser clasificados como sigue.

- a) **Impúberes infantiae proximi.** Eran aquellos que estaban asimilados aun a los infantes.
- b) **Impúberes pubertati proximi.** Eran aquellos mayores de 10 años y medio, aproximadamente, y las niñas de más de 9 años y medio.

La importancia práctica de esta distinción radicaba en que para los *impúberes pubertati proximi* nacía la responsabilidad por actos ilícitos y la posibilidad de actuar con la *auctoritas* del tutor.

3) **Los púberes** eran de por sí capaces para toda clase de actos y negocios jurídicos, si bien al respecto se produjo una evolución.

- a) Dada la inexperiencia que tenían estos jóvenes eran convencidos muchas veces de realizar negocios dañosos, incluso sin necesidad de que mediara dolo o error. Ante esa circunstancia se dictó la *lex Plaetoria** (año 192 a.C), que estableció una serie de sanciones para todos aquellos que se aprovecharan negocialmente de los menores de 25 años (*minores*).
- b) Si bien dicha ley parece ser que permitía el ejercicio de una excepción (*exceptio legis Plaetoriae*) para evitar que lo pudieran demandar con éxito al menor que hubiese celebrado un acto perjudicial, lo cierto es que el acto quedaba válido.

Por ello apareció el pretor concediendo a estos menores una defensa extraordinaria, la *in integrum restitutio*, que ocasionaba la nulidad del acto y la obligación de entregarse mutuamente las prestaciones intercambiadas con el tercero.

- c) Pero esta medida favoreció tanto a los menores que en la práctica les representó un perjuicio, por cuanto nadie quería contratar con ellos por temor a la invalidez de los actos celebrados. Por ello fue que primero solicitaron del pretor un curador que los asistiera en cada negocio que pensaban hacer, ya que con la presencia del curador en el acto, no podían luego alegar la inexperiencia, base de la *in integrum restitutio*. Esta institución se fue haciendo tan normal, que por comodidad los propios *minores* eran los que iban a solicitar un curador permanente.

(B) EL SEXO

En principio, el papel de la mujer en Roma quedaba recluido al ámbito de la casa, aun cuando tenía una libertad de acción superior a la de otros pueblos, como, por ejemplo, el griego. Sin embargo, no participaba de la vida política.

Desde que nacía estaba siempre protegida por la sumisión a una *potestas*. Así, a la *patria potestas*. Si su *pater* no vivía, estaba bajo tutela, la cual se transformaba en perpetua —al revés de la de los varones, que cesaba a los 14 años—. La única manera de escapar de esa tutela ejercida por sus agnados era contrayendo *iustiae nuptiae* y

sometiéndose a la *manus* de su marido.

- No podía ejercer la *patria potestas* de sus hijos; no podía actuar en juicio por otro. No podía contraer obligaciones en favor de terceros, dándosele una defensa en caso de que así lo hiciera. Recién en la época posclásica pudo, de acuerdo con el cumplimiento de ciertos requisitos, ser tutora de sus hijos.

(C) EL HONOR CIVIL. LA INFAMIA

La *infamia* era la forma de hacer perder a un ciudadano romano su honor civil de tal modo que se le modificaba gravemente su capacidad, puesto que se le impedía el acceso a las magistraturas, el poder votar en los comicios y también el poder actuar en juicio en lugar de otro.

En realidad, la institución no era simple, puesto que existía una *infamia censoria*, por la cual el censor como cuidador de las costumbres (*curator morum*) tachaba de infame al ciudadano indigno; una *infamia consularis*, por la cual el que presidía los comicios —por ejemplo, el cónsul— rechazaba la pretensión de elegibilidad de un candidato; y una *infamia praetoriana* que era la que le impedía actuar por otro en justicia.

Ya en la época de Justiniano, se establece una lista de *infames*: así, los que ejercen oficios deshonestos o deshonrosos como el ser artista de teatro o ser gladiador; los que ofenden a la moral, tales como el bigamo, la viuda que contrayera nupcias antes de cumplido el año de su disuelto matrimonio; el condenado por prevaricato y calumnia o el que violó la confianza depositada en contratos regidos por la *bona fides*, tales como comodato, depósito, sociedad, etcétera.

Juntamente con la *infamia* (*infamia iuris*) estaba la *turpitud* (*infamia facti*), la cual era una desconsideración de hecho en virtud de la cual —sin llegar a ser infame— se los excluía de algunos actos: testimonio, tutela, etcétera.

(D) ENFERMEDAD MENTAL

Pueden darse dos casos: a) el *furiosus*, que es aquel que tiene alteradas las facultades mentales, y b) el *mente captus*, que es el insuficiente mental. La diferencia está dada en la posibilidad de intervalos lúcidos que tiene el primero —en los cuales los actos realizados son válidos— y que son imposibles para el segundo.

PERSONAS JURÍDICAS

La concepción de la persona jurídica es, en realidad, una construcción muy elaborada, realizada por la ciencia del siglo XIX. La idea radica en computar que determinadas organizaciones o sociedades alcanzan a tener una vida jurídica independiente de la de sus miembros, de tal modo que se configura una persona capaz de tener su patrimonio, ser acreedora, deudora, concurrir a juicio, etcétera, a la que se califica de jurídica —término un tanto equívoco— para diferenciarla de las personas físicas.

En Roma, una idea tan elaborada no alcanzó a "existir. No obstante ello, aparecen los primeros lineamientos de esta concepción, como puede apreciarse en las modalidades de las siguientes instituciones.

EL ESTADO ROMANO

Con el nombre de *populus romanus* se denomina el conjunto de todos los ciudadanos. Desde cierto punto de vista puede ser comprador, vendedor, arrendador, etcétera, pero ello no nos debe confundir en el sentido de ver allí a una persona jurídica en la concepción actual.

El estado se mueve para los romanos en el ámbito del derecho público (*ius publicum*), de tal modo que su patrimonio es un bien público, no pudiendo ser objeto de propiedad, ya que lo que es propiedad de todos no pertenece a nadie en particular. Además, los órganos con los cuales se maneja pertenecen sim-pre a la esfera pública, por lo que las relaciones y cuestiones surgidas entre un particular y el estado no son resueltas sino de una manera autoritaria por el propio estado, por cuanto los negocios que se hayan podido establecer no entran en el ámbito del *ius privatum*.

EL FISCO

A comienzos del Imperio apareció el *fiscus*, que no hay que confundir con el *aerarium* —tesoro del *populus*—, por cuanto se trataba de un patrimonio especial del César que se formaba fundamentalmente con lo aportado en carácter de tributos por los habitantes de las provincias asignadas a su cargo y del cual disponía con total independencia del *populus* y del Senado. A su muerte pasa al sucesor en el cargo de emperador.

No obstante su carácter reservado para la persona del César, ya que el fisco se halla en parte sometido al derecho privado, e incluso se puede hablar de deudores del fisco, estamos lejos todavía de poder ver en él a una persona jurídica en el sentido moderno, ya que por los privilegios de que goza, se encuentra por encima de las meras relaciones negociales privadas.

MUNICIPIOS

Los *municipio*, o *civitates* tenían sus propios órganos de actuación. Acá nos encontramos con un germen más nítidamente trazado de personalidad jurídica, por cuanto el *municipium* participa de los actos jurídicos privados, pudiendo accionar y ser demandado judicialmente.

ASOCIACIONES

Es un vocablo genérico en el cual englobamos toda una serie de situaciones distintas, como, por ejemplo, la *sodalitas* —asociación de tipo religioso—, el *coüegium* —por ejemplo, el de los pontífices—, la *diuersitas* y el *corpus*. Estas dos últimas son denominaciones más genéricas que engloban asociaciones de oficios, gremios, etcétera. En estos casos nos encontramos con la noción más cercana a la personalidad jurídica entendida en sentido moderno.

REQUISITOS Y FUNCIONAMIENTO

Los *collegia* y otras corporaciones existieron desde muy antiguo. Se encuentran

permitidas siempre y cuando sus fines no sean *contra mores* (contrarios a las buenas costumbres), puesto que en ese caso el estado romano podía disolverlas.

Debido a cierta repercusión que tuvieron en la faz política estas asociaciones, donde a veces se encubrían otros propósitos, Augusto dictó una *lex lidia* tendiente a reglamentar el funcionamiento de las mismas. Se estableció así que los requisitos para su existencia debían ser: 1) contar —en la reunión constitutiva— por lo menos con tres miembros; 2) tener un estatuto (*lex collegii*) que reglara el funcionamiento interno y 3) que tuvieran un fin lícito.

Cada una de estas asociaciones alcanza a constituir una individualidad que se mueve jurídicamente con independencia de los miembros que la sostienen. Las principales reglas de su funcionamiento podrían resumirse como sigue:

- 1) Respecto de los bienes: la *universitas* tiene su propio patrimonio, el cual no se confunde con el de sus miembros.
- 2) Respecto de las obligaciones: la *universitas* puede ser acreedora por sí misma, y aquello que se obtenga es para ella y no para los miembros; lo mismo en caso de ser deudora, pues la que debe es ella y no sus miembros.
- 3) Respecto de la actuación judicial: la *universitas* es actora y demandada por sí misma; obviamente, alguien debe actuar por cuenta de ella, pero ese actor representa a la *universitas* y no a sus miembros, aun considerados globalmente.

FUNDACIONES

Las **fundaciones** representan en la doctrina actual una idea más avanzada que la de cualquier otra persona jurídica, ya que ésta aparecería —no obstante que se la configure como un ente distinto— respaldada por los miembros que la sostienen. En cambio, en la fundación, más que el soporte colegiado de personas, aparece un patrimonio afectado a la realización de un fin elevado. Constituida por el estado o un benefactor privado, si bien hay un grupo administrador, el que aparece como titular de derechos y obligaciones es ese patrimonio afectado que cumple su vida jurídica en sí mismo y realizando el fin propuesto. En Roma sólo se tuvo, luego de una lenta evolución, el primer sentido jurídico de estas fundaciones.

(A) Un romano podía en su testamento instituir a alguien como heredero cargándolo con un *modus*, el cual podía consistir en el cumplimiento de un fin altruista, como, por ejemplo, distribuir alimentos a los pobres o establecer un lugar como refugio para enfermos, etcétera.

En este caso se entendía que el heredero debía cumplir el *modus* impuesto, y si estaba asignado a ese fin piadoso (*pia causa*,) un determinado capital, debía regentearlo como fiduciario que era de ese capital.

(B) Un paso más adelante se va a dar con la constitución de fundaciones de caridad, establecidas por los emperadores Nerva y Trajano, que consistían en otorgar a algunos municipios la administración de arrendamientos y préstamos garantizados, para que con el beneficio obtenido en calidad de alquileres o intereses se emplearan esas rentas en la manutención de gente humilde. Propietario de los capitales es el emperador y los municipios son sólo administradores.

(C) En la época de la Roma cristiana, la Iglesia tomará a su cargo la administración de muchos establecimientos de caridad y socorro para gente necesitada. Si bien la situación jurídica no resulta muy clara, cabe advertir que en algunos casos el patrimonio afectado funcionaba con una cierta independencia, dándose allí el germen de las fundaciones actuales. Así, con Justiniano, les estará permitido heredar, ser acreedoras, contraer obligaciones, etcétera.

CAPITULO VI

LAS COSAS

CONCEPTO DE COSA

En el sentido jurídico, cosa es todo ente o porción limitada del mundo externo al sujeto, al que el pensamiento social, por sus condiciones de utilidad, accesibilidad, apropiabilidad y relativa escasez, ha reglado las condiciones de aprovechamiento o enseñoramiento para evitar o solucionar los eventuales conflictos de intereses entre los sujetos.

El vocablo latino *res*, de tan fluctuante significado como el español cosa, aparece usado en Derecho Romano, fundamentalmente, en dos sentidos.

I. El restricto coincide, aproximadamente, con la definición arriba dada de cosa en la materialidad o corporeidad.

- Este significado es el más frecuente, a veces se lo refuerza añadiéndole al sustantivo *res* el adjetivo *corporalis*, otras veces se lo reemplaza con *corpora* —cuerpos— o con *cama*, que es de donde procede nuestro vocablo cosa.
- De esas *res* toman su nombre, y sólo a ellas se refieren, los derechos reales, y con ellas se identifica la propiedad, resultando así, en el pensamiento romano, no escindible la cosa en sí del señorío sobre ella.

II. Otro, lato y de menor relevancia, en el que se comprenden no sólo las cosas corporales sino también otras incorpóreas que aparecen reducidas a los *iura*, o derechos, tanto los reales —con excepción de la propiedad, que, ya se ha visto, no se concebía con abstracción de la cosa que era su objeto— como los personales.

- Esta ampliación, puntualizada por Gayo, es una adaptación al campo jurídico de la división filosófica de las cosas en *corporalia* —*quae cerni et tangi possunt* (que pueden verse y tocarse)— e *incorporalia* —*quae intelleguntur* (que son concepciones del intelecto).
- Es probable que tal ampliación haya surgido de la necesidad de incluir en el concepto de patrimonio, aparte de las cosas corporales —únicas que lo integraban en los primeros tiempos—, los derechos de crédito y los reales sobre cosa ajena.
- De todos modos, esa distinción no tuvo más trascendencia en la doctrina romana que un claro y práctico criterio de limitar a solamente las *res corporales* el ámbito de la posesión, de la tradición y de la usucapión .

Así, pues, todo lo que de aquí en adelante se diga a propósito de la clasificación de las cosas se referirá a las corporales.

PATRIMONIO

La doctrina moderna considera **patrimonio** al complejo de derechos —reales y personales— y obligaciones de una persona, apreciable en el común denominador del dinero y constituyendo una universalidad jurídica distinta de los elementos que la componen.

Los romanos no llegaron a una tal abstracta y precisa noción.

- En la época arcaica, sólo las cosas corporales se consideraban en la órbita patrimonial del poder del *paterfamilias*.
- Luego se incluyeron los créditos, pero no las deudas, como se desprende del régimen de la adrogación y de la manus. A esta etapa corresponde la definición que da Hermogeniano de *pecunia* —una de las palabras, junto con *bona*, usadas para referirse al patrimonio—: "Con el nombre de *pecunia* se significan no sólo el dinero contante y sonante sino todas las cosas inmuebles y muebles y tanto las cosas corporales como los derechos".
- Un paso más allá fue posible 1) a través de la idea, a propósito de la sucesión *mortis causa*, de una necesaria relación entre la entrada en posesión de un conjunto de bienes y la obligación del culto privado y del pago de ciertas deudas del difunto, y 2) a causa de innovaciones del pretor al considerar el conjunto de bienes de una persona como prenda común de sus acreedores.
- Se llega así al criterio, más bien de carácter contable, del patrimonio como residuo de lo que resulta una vez deducidas las deudas.
- Por último, en algunos textos interpolados del "Digesto" se ha querido ver, no sin controversia, una concepción del patrimonio como una universalidad de derecho resultante de la suma de cosas, derechos y deudas.

De todos modos, el patrimonio llegó a quedar configurado en las concretas soluciones como una universalidad jurídica asignada como única al sujeto de derecho: a) el adquirente de un patrimonio en una *bonorum venditio* sustituye al antiguo titular en todas las relaciones jurídicas patrimoniales activas y pasivas, con alguna excepción; b) en ese supuesto la unidad del patrimonio impone de regla, con algunas excepciones, la confusión del patrimonio adquirido con el anterior, propio del adquirente; c) el patrimonio resulta tutelado por medios procesales y extraprocesales distintos a los que tutelan las cosas, derechos y situaciones de hecho que lo integran.

DIVISIÓN DE LAS COSAS

A parte de la distinción entre *res corporales* y *res incorporales* los juristas romanos establecieron otras que se referían a) a la condición jurídica fundamental, o sea a la aptitud o susceptibilidad absoluta o relativa de ser objeto de relaciones patrimoniales, o b) a diferenciaciones impuestas por concepciones o estructuras de la primitiva sociedad romana, o c) a características o particularidades que el pensamiento social subraya especialmente, de manera tal que dan lugar a tratamientos o regímenes jurídicos distintos.

DIVISIÓN DE LAS COSAS SEGÚN SU CONDICIÓN JURÍDICA FUNDAMENTAL

RES IN COMMERCIO - RES EXTRA COMMERCIUM

I. Son *res in commercio* las susceptibles de ser objeto de negocios jurídicos patrimoniales.

II. Por el contrario, la condición de *res extra commercium* aparece en las fuentes romanas: a) en sentido absoluto, como propia de las cosas a las que el ordenamiento jurídico considera —sea por su naturaleza física, sea por el destino que el pensamiento social le asigna— al margen de toda relación jurídica patrimonial; b) en sentido relativo, haciendo referencia a la imposibilidad de ciertas cosas de ser adquiridas por determinados sujetos o de, estando en el patrimonio de un determinado sujeto, ser alienadas.

RES IN PATRIMONIO - RES EXTRA PATRIMONIUM

La división entre *res in patrimonio* y *res extra patrimonium* tiene el mismo fundamento de la anterior, pero en las fuentes aparece también para caracterizar a las cosas según estén o no efectivamente en un patrimonio privado, con lo que quedan incluidas así en la categoría de *res extra patrimonium* aquellas que, siendo teóricamente susceptibles de ser objeto de relaciones patrimoniales, no lo son concretamente en un momento determinado, como es el caso de las cosas de una herencia yacente, de las *nullius* y de las *res derelictae*.

RES DIVINI IURIS - RES HUMANI IURIS

I. Las *res divinis iuris*, caracterizadas por estar consagradas a los dioses, no pueden ser objeto de relaciones patrimoniales. Se dividen en *sacrae*, *religiosae* y *sanctae*.

(A) Sacrae. — Son las destinadas al culto de los dioses au-periores —templos, altares, bosques .sagrados— por medio de una *consecratio* de los pontífices, concurrente con el consenso del *populus* —ley, plebiscito o senadoconsulto.

- En la época imperial es suficiente la sola *consecratio* efectuada por el emperador.
- A partir de Justiniano basta la *consecratio* efectuada por el obispo para dar carácter de *sacrae* a las cosas afectadas al culto cristiano, las que tienden, por lo demás, a confundirse con otros bienes patrimoniales de la Iglesia.

(B) Religiosae. — Son las cosas dedicadas a las divinidades inferiores, específicamente a los manes de los difuntos. Esencialmente el lugar —ubicado en *ager romanus privatus*, pero fuera de la ciudad de Roma— donde su propietario, responsable de los funerales, ha hecho enterrar un cadáver, aunque sea el de un esclavo, pero no el de un enemigo del pueblo romano.

- En lugar público o en suelo provincial, la inhumación de un cadáver no da carácter de *religiosa* a la sepultura.
- Si la inhumación ha sido efectuada sin orden o autorización del dueño del lugar, éste tiene medios procesales para obtener su precio o la remoción del cadáver, pero no puede efectuarla sin autorización.
- El sepulcro —inalienable por ser *res religiosa*— es, sin embargo, objeto de un derecho subjetivo, el *ius*

sepulcri, no alienable pero transmisible a los herederos. Comprende la facultad de visitar y cuidar el sepulcro, atravesando, si fuese necesario, el circundante terreno perteneciente a un tercero.

- El *ius sepulcri* se confunde con el *ius inferendi*, derecho de ser enterrado o enterrar otros cadáveres en el sepulcro si quedase sitio. Este derecho sí era patrimonial y alienable, y por lo tanto, no recaía exactamente en el sitio preciso ocupado por el cadáver que lo había convertido en *religiosus*.
- En el derecho de Justiniano el *ius sepulcri* se agota en ni *tus inferendi*, de carácter patrimonial, consistente entonces en el derecho a lugares en los cementerios, pero sigue siendo extrapatrimonial el sepulcro.
- Al irse generalizando la costumbre de cementerios comunes a todos los fieles y considerados propiedad de la Iglesia, las *res religiosae* se fueron confundiendo con las *sacrae*.

(C) Sanctae. — Son las cosas puestas bajo la protección de los dioses mediante la ceremonia de la *sanctio*. Eran *sanctae* los muros y las puertas de Roma y de los municipios romanos y, probablemente, en época arcaica, los confines entre los fundos rústicos.

II. Las *res humani iuris*, individualizadas por la común característica de ser consideradas al servicio de los particulares o de las comunidades, aparecen divididas por Gayo en privadas y públicas.

Las privadas son las que ya caracterizamos como *res in commercio* o *res in patrimonio*, en su valor absoluto.

Las públicas aparecen en las "Instituciones" de Justiniano subdivididas en (A) *res communes omnium*; (B) *res publicae* y (C) *res universitatis*, según se las considere que pertenecen a todo el género humano, al estado o a las *civitates*, concebidas como personas jurídicas.

(A) Res communes omnium. — Son las que, por el *ius naturale*, corresponden a todos los seres humanos en tanto tales. Son el aire, el mar, el litoral marítimo —hasta el límite de la mayor marea— y el agua corriente.

- Esta distinción, expuesta por Marciano, es criticable por su carácter filosófico pero poco jurídico. Considera algunas cosas —el aire, el mar— que, por su abundancia, disponibilidad y dificultad de apropiación exclusiva, no tienen las características de las cosas en sentido jurídico, y otras que en otros textos romanos aparecen como públicas —ríos, litoral marítimo— y aun como privadas —ciertas corrientes de agua.

(B) Res publicae. — Son aquellas sobre las cuales el *populus romanus* tiene no sólo soberanía sino propiedad.

Pueden distinguirse 1) aquellas "que, no en el patrimonio del *populus*, sino en el uso público son tenidas": los caminos' y los ríos públicos, los edificios destinados a la función pública; 2) las que "están en el patrimonio del *populus*": los esclavos públicos, los bienes privados pasados al estado como botín de guerra o como resultado de condena o confiscación, etcétera.

- Las primeras son cosas *extra commercium* y en el período republicano eran administradas por los censores. Las segundas son cosas *in commercio* y fueron administradas por los cuestores.
- El goce individual de las cosas de uso público está protegido o con una *actio iniuriarum*—en tanto haya un ultraje o lesión a la personalidad— o con interdictos.

(C) Res universitatis. — Son las pertenecientes a las *civitates* del Imperio, en tanto personas jurídicas distintas del estado romano. Esos edificios y lugares se consideraron

primeramente también como *res publicae* y su régimen siguió siendo el mismo,

DIVISIÓN DE LAS COSAS PATRIMONIALES SEGÚN CONCEPCIONES O ESTRUCTURAS DE LA PRIMITIVA SOCIEDAD ROMANA

RES MANCIPI - RES NEC MANCIPI

I. *Res mancipi* son las que en la Roma arcaica se consideraron objeto del *mancipium*: los fundos itálicos, ubicados en el *ager romanus* —extendido después del 90 a.C. a casi toda Italia—, las primitivas servidumbres rústicas sobre ellos, los esclavos y las bestias de carga y tracción —bueyes, caballos, muías y asnos.

II. *Res nec mancipi* son todas las demás que se encuentran *in patrimonio*.

- Esta distinción tiene sobre todo relevancia a propósito de las transferencias de las *res*: las *mancipi* requerían formas solemnes como la *mancipatio* o la *in ture cessio* —ficción de proceso—. Las *res nec mancipi*, en cambio, se trasmitían por simple tradición, es decir, entregar
- Esta división, capital en el Derecho Romano, aunque entró en decadencia en el período clásico y desapareció bajo Justiniano, habría quedado estereotipada según concepciones y estructuras de la sociedad romana arcaica, de economía exclusivamente agraria y de autoabastecimiento de los grupos parentales.
- El origen de la división se atribuye, generalmente, a la mayor importancia de lo que en esa sociedad constituyan los únicos bienes de producción.
- De todos modos, esa clasificación y la correlativa exigencia de la *mancipatio* para transmitir el *dominium* quiritorio —la variante más importante del poder del *paterfamilias* y, junto con la patria potestad, las únicas sobrevivientes hasta nuestros días— quedó cristalizada y subsistió por sentido conservatista, a pesar de que las condiciones de intercambio económico la hacían inconveniente.

COSAS MUEBLES - COSAS INMUEBLES

I. Cosas **inmuebles**, como su etimología lo indica, son las que no pueden ser movidas, trasladadas de un lugar a otro.

II. Cosas **muebles** son las móviles, las trasladables.

- En el derecho arcaico y clásico la distinción entre *res soli* (cosas de suelo), es decir el suelo y lo adherido por construcción, y las restantes cosas tenía relevancia para el régimen de la usucación y de la tutela de la posesión.
- En el posclásico, la distinción adquiere fundamental relieve en cuanto a los negocios traslativos de la propiedad y viene así a sustituir la arcaica distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi*.

DIVISIÓN DE LAS COSAS SEGÚN DETERMINADAS CARACTERÍSTICAS O PARTICULARIDADES

COSAS CONSUMIBLES - COSAS NO CONSUMIBLES

I. **Consumibles** son las que perecen con el primer uso normal: alimentos, el dinero —que se pierde para su dueño cuando lo gasta—, combustibles, etcétera.

II. **No consumibles** son aquellas cuyo uso normal no implica su destrucción aunque

produzca un cierto deterioro: una estatua, una casa, la vestimenta.

COSAS FUNGIBLES - COSAS NO FUNGIBLES

I. **Fungibles** son aquellas cosas que son consideradas en las relaciones patrimoniales no por su individualidad sino por pertenecer a un determinado género del cual importa solamente la cantidad —peso, número, medida—: los granos, el vino, el dinero, productos manufacturados en serie.

- También se llaman subrogantes o representables porque son indiferentemente sustituibles por igual cantidad del mismo género.

II. **No fungibles** son las que tienen una individualidad propia tal que no pueden indiferentemente ser reemplazadas en su apreciación socioeconómica por otra cosa de un mismo género: una obra de arte, un esclavo, un fundo.

- Esta división adquiere especial relevancia en el campo de las obligaciones, en razón de la sustituibilidad y del principio de que "el género nunca perece".
- Todas las cosas consumibles son fungibles, pero no todas las fungibles son consumibles: los libros de una misma edición, productos industriales en serie, etcétera.

COSAS DIVISIBLES - COSAS INDIVISIBLES

I. Son divisibles las cosas cuando, fraccionadas, sus partes conservan la misma función económico-social que el todo: una suma de dinero, una cantidad de vino, de cereal, etcétera.

II. Son indivisibles las que no pueden ser divididas sin que sufran cierto deterioro o mengua en su valor o función: una estatua, un edificio, un navío, un libro.

COSAS SIMPLES - COSAS COMPUESTAS -UNIVERSALIDADES DE COSAS

I. **Son simples** las cosas de las cuales los usos socioeconómicos no tienen en cuenta la inevitable pluralidad de los elementos constitutivos: un animal, una piedra, una viga.

II. **Son compuestas** las que, resultando de la unión o conexión de varias simples, adquieren, en razón de una distinta y específica función económico-social, una entidad jurídica inmutable aunque aquellas partes integrantes sean parcial o totalmente sustituidas: una casa, un barco, etcétera.

- Se admite una propiedad latente de una parte integrante distinta de la propiedad del todo y que la posesión o usufructo del todo no implique la de las partes integrantes.

III. **Son universalidades** de cosas los agrupamientos de cosas no conectadas materialmente y que conservan su individualidad, pero consideradas en su conjunto, y en razón de una propia función económico-social, como una unidad distinta y aislada del mundo externo y, consecuentemente, como un objeto unitario de relaciones

jurídicas, que permanece idéntico e invariable aunque las cosas que lo componen disminuyan, aumenten o se renueven: un rebaño, una biblioteca, una colección de estampillas.

- No es romana la categoría de las universalidades de derecho o jurídicas, complejos patrimoniales que también tienen existencia autónoma de las cosas y derechos que lo integran: la dote, el peculio, la herencia.

PARTES DE COSAS - COSAS ACCESORIAS

I. **Parte** de una cosa es todo elemento —incorporado o no a la cosa— que, según los criterios y usos económico-sociales, tiene función necesaria y perpetua en la constitución o perfección de la cosa: tejas, clavos y puertas con respecto a una casa. II.

II **Cosa accesoria** es la que tiene una mera función instrumental con respecto a la cosa principal, es decir que es un medio para permitirle a ésta cumplir cabalmente su destino económico-social: los esclavos, animales y útiles de labranza con respecto a un fundo.

- Las partes de una cosa siguen la misma suerte jurídica que la cosa, pero no las accesorias, las que no se consideran involucradas en el negocio jurídico que tiene como objeto a la principal, a no ser que expresamente así se haya convenido.

FRUTOS

I. **Frutos** son las cosas que, producidas ordinaria y periódicamente por la cosa fructífera, no le alteran la esencia y constituyen entidades en sí mismas: la uva respecto del viñedo, la leña respecto del bosque, la lana y la leche respecto de la oveja; pero no los partos de las esclavas.

II. Además de estos frutos —llamados **naturales**—, jurídicamente se consideran también frutos civiles los rendimientos o réditos que se lucran periódicamente en virtud de un negocio jurídico que tiene como objeto una cosa: el alquiler producido por la locación de una casa, el canon pagado por la concesión- de una explotación minera, el interés por el mutuo * de una suma de dinero.

III Los frutos naturales tienen distinto régimen jurídico según sean: a) **pendientes**, los adheridos a la cosa fructífera y, por lo tanto, inexistentes como cosa en sí; b) **separados**, por cualquier causa, de la cosa fructífera, y, por lo tanto, con aptitud de ser objeto de relaciones jurídicas; c) **percibidos** los recolectados ; d) **no percibidos** por negligencia del detentador de la cosa fructífera; e) existentes, todavía en poder del detentador de la cosa fructífera; f) **consumidos**, transformados o alienados por el detentador de la cosa fructífera.

CAPITULO VII

EL NEGOCIO JURÍDICO

Los romanos acuñaron la expresión **negocio** (*negotium*, formada por la partícula negativa *nec* y la palabra *otium*) con el valor de significar aquellas operaciones de mercado con un fin utilitario o económico, por oposición al *otium*, interpretado en el sentido de dedicación a las tareas del espíritu. Sin embargo, debemos aquí aclarar que estuvieron muy alejados de construir una teoría del negocio jurídico. Dotados de una especial inclinación para resolver los problemas concretos que se presentaban en la instancia judicial, los jurisprudentes romanos centraron su atención sobre cada uno de los actos y negocios, aislandolos con una precisión ejemplar, para poder emitir su dictamen o parecer. Por ello es que de la mera lectura del "Digesto" lo que surge no es una teoría sino una casuística muy elaborada y precisa.

Pese a ello, del conjunto de todas esas soluciones quedaron establecidas las bases para la construcción de una teoría general. Esta fue la tarea a la cual se abocó la doctrina moderna, principalmente la pandectística alemana del siglo XIX, la cual, con una visión concorde con la de su tiempo, estructuró esto que se ha dado en llamar la teoría del negocio jurídico.

Hecha esta salvedad, trataremos metódicamente los principales problemas relacionados con este tema, lo que nos permitirá contemplar en forma genérica aquellos aspectos que los romanos trataron en forma específica en cada uno de los casos.

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Todo hecho es un acontecimiento que interesará al derecho siempre y cuando que por su intermedio se produzcan deteñ-minadas consecuencias jurídicas (nacimiento, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas). Cuando esos acontecimientos se producen naturalmente —sin intervención del querer humano— son llamados no voluntarios; cuando se producen queridos por el hombre son llamados voluntarios.

- Los hechos no voluntarios pueden ser meramente naturales, como por ejemplo, el transcurso del tiempo —que ocasiona jurídicamente el cumplimiento de los plazos—; la extinción natural de una cosa —como por ejemplo, el derramamiento de una vasija de aceite o la caída de un edificio—, que extingue por desaparición de la cosa el dominio que un sujeto tiene sobre ella —aun cuando en el segundo ejemplo el dominio continúa sobre el suelo y los escombros.
- Pero entran también en esta categoría aquellos acontecimientos en que interviene el hombre corno mero ser natural, es decir, sin tener en cuenta su voluntad. Así, el nacimiento, que trae como consecuencia el comienzo de la persona y ocasiona determinadas relaciones en la familia; o la muerte, que elimina a una persona, hace cesar las relaciones familiares y determina eventualmente la apertura de su sucesión.
- Cuando, en cambio, interviene directamente la voluntad del hombre, estamos en presencia de hechos voluntarios. Así, el matrimonio, la aceptación de una herencia, la destrucción de una cosa por daño intencional y en forma culpable.

Los hechos voluntarios pueden a su vez tener como finalidad:

(A) la ejecución de un acto prohibido por el derecho y que éste sanciona de un modo determinado, en cuyo caso estamos en presencia de actos ilícitos.

- Los actos ilícitos determinan una categoría genérica que no se confunde necesariamente con la de delitos. En efecto, una cosa son los delitos, que están sancionados por el derecho con una pena —así el *furtum*, que en la época clásica está penado con el *quadruplum* del valor de la cosa robada si es *manifestum* o con el *dupluin* si es *nec manifestum*—, pero puede haber hechos ilícitos que no sean delitos; así, por ejemplo, un acto doloso que no es sancionado con una pena, sino con la anulación del acto o negocio, ya sea por medio de una acción —*actio doli malī*— o de una excepción —*exaeptio doli malī*.

(B) procurar, por el contrario, una determinada consecuencia, dentro del marco del derecho, ya sea de nacimiento, modificación o extinción de una situación o relación subjetiva, y en tal caso estamos en presencia de actos lícitos.

Estos últimos son denominados, con más propiedad, actos jurídicos.

ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS

Para algunos autores la expresión "negocio jurídico" resulta sinónima de "acto jurídico", por lo que no corresponde ninguna diferenciación. En cambio, para otros se establece una distancia entre ambos conceptos. El criterio diferenciativo estaría dado por el mayor o menor poder de la voluntad en la eficacia concreta del caso específico. Así, tanto en el acto jurídico como en el negocio jurídico interviene la voluntad; pero mientras que en el primero actúa como un elemento cuyos presupuestos, modos y consecuencias están previamente establecidos por el derecho, en el segundo la voluntad juega más libremente, regulando las relaciones económico-personales de las partes.

- Demos un par de ejemplos. El pago sería un acto jurídico por cuanto el que lo efectúa manifiesta su voluntad, pero ocurre que el derecho previamente le ha fijado con precisión qué debe pagar, a quién debe pagar, cuándo debe pagar, cómo debe pagar, etcétera. Se ve aquí como el juego de la voluntad está, totalmente constreñido por las reglas objetivas. En cambio, el testamento sería un negocio jurídico, ya que si bien quedan establecidas ciertas solemnidades obligatorias, no obstante el testador puede libremente instituir los herederos que quiera, desheredar a sus hijos, cargar a los herederos de los legados, establecer modalidades, etcétera. Se ve pues, aquí, un juego más libre de la voluntad.
- Podríamos establecer en consecuencia que en el negocio jurídico existe a) una declaración de la voluntad b) dirigida a obtener un fin político, económico o personal, c) amparado por el derecho.
- Si bien en los ejemplos anteriores la diferenciación puede ser fácilmente aprehendida, mayor será la dificultad cuando tratemos de investigar la importancia de la voluntad en otros actos del Derecho Romano, como por ejemplo los contratos, que había que analizarlos teniendo en cuenta la época y las particularidades de cada caso. Lo que sí tenemos que dejar anotado es que cuando la doctrina contemporánea habla de negocio jurídico está pensando en la llamada autonomía de la voluntad, concepto moderno y que, como tal, no existió en el Derecho Romano. De este modo, hay que tener especialmente en cuenta que la expresión *declarare voluntatem* no significará en el período clásico, ni aun en el posclásico, el concepto técnico que hoy día reconoce la doctrina como declaración de voluntad.

CLASIFICACIONES

Los actos y negocios jurídicos pueden ser susceptibles de diversas clasificaciones que nos ilustran acerca de su variedad.

(A) **Unilaterales o bilaterales.** — En los primeros, la existencia del acto o negocio dependerá de la voluntad de un solo sujeto: el testamento, la manumisión, la aceptación

de una herencia. En cambio, en los segundos, la creación estará supeditada a un acuerdo —*consensus*— de dos o más sujetos: el matrimonio, la *stipulatio*, la sociedad.

(B) **Solemnnes o no solemnnes.** — En los primeros, el derecho prescribe la observancia de formas muy precisas. Son tales, en general, los correspondientes al *ius civile*: así, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, etcétera. En los segundos existe carencia de formas o libertad para establecerlos. Son tales, en general, los del *ius gentium* o *ius naturale*: así, la compraventa, el mutuo, la locación.

(C) **Onerosos o gratuitos.** — Los primeros suponen una ventaja económica que se adquiere por una contraprestación consistente en un desprendimiento patrimonial —así, la compraventa—; en los segundos, la adquisición de la ventaja se realiza sin contraprestación —como en la donación.

(D) **Causales o abstractos.** — En los primeros la existencia de la causa aparece ineludiblemente unida a la existencia del acto o negocio; por ejemplo, la compraventa, en la cual el fin tenido en vista es inseparable de aquella. En cambio, en los segundos, si bien puede existir una causa, ésta se oscurece en un segundo plano de significación, no dependiendo la existencia del acto de su explicitación. Por ejemplo, en la *mancipatio* o la *stipulatio*, en las cuales lo que interesa es la realización de las solemnidades sin tener en cuenta el fin tenido en vista. La importancia de esta clasificación está en que si el acto o negocio es causal y la causa es ilícita, ello arrastrará la nulidad de los mismos; en cambio, si el acto o negocio es abstracto, la regla es que, en el mismo supuesto, producirá todos sus efectos, sin perjuicio de los remedios procesales que el pretor irá arbitrando a medida que transcurra la evolución del Derecho Romano,

(E) **ínter vivos o mortis causa.** — Los primeros son aquellos que tienen eficacia en vida de las partes: la locación, el depósito, etcétera. Los segundos, en cambio, regulan sus efectos para después de ocurrida la muerte del disponente: el testamento, el legado, etcétera.

ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Se distinguen tres clases de elementos en el negocio jurídico, los cuales, de manera implícita, se hallan en la legislación justiniana: esenciales, naturales y accidentales.

(A) ESENCIALES

Son aquellos sin los cuales no puede concebirse la existencia misma del negocio jurídico. Por ello son denominados también requisitos.

1) la manifestación de la voluntad.

- Al mencionar a la manifestación de la voluntad, damos por sobreentendida la existencia de un sujeto que a su vez cuenta con capacidad de derecho y de hecho para la realización de ese negocio. Por ello, algunos autores engloban a estos elementos con el nombre de presupuestos
- La voluntad puede ser manifestada de manera expresa o tácita. Ocurre lo primero cuando se formula verbalmente mediante palabras indubitables. Así en la *stipulatio*, cuando uno de los contratantes dice: "Prometes. ..?" y el otro contesta: "Prometo". O también por escrito, como en el caso de los contratos literales. También se considera que es expresa la voluntad que se manifiesta por signos inequívocos: en una compraventa, si alguien la propone y el otro la acepta por medio de una inclinación de la cabeza, o se señala el objeto del contrato designándolo con la mano.
- La manifestación de la voluntad será tácita cuando, sin haber signos expresos de la actitud asumida por la parte, cabe reconocer con certidumbre la existencia de la voluntad. Así, si el que fue instituido heredero

en una sucesión, sin haber dicho nada expreso, toma parte en el arreglo de los negocios de la sucesión (*pro herede gestio*), cabe entender que ha aceptado tácitamente la herencia. También el acreedor que recibe los intereses de un mutuo por un cierto tiempo, promete por esto mismo no reclamar el capital antes de que expire dicho término. Como se ve, en estos casos la interpretación de la actitud de la parle debe liacerse en correlación con el contexto de circunstancias que la rodean.

- En cuanto al silencio, cabe decir que, en principio, no tiene valor. Así, si alguien me propone un contiato y yo nada digo, no se puede entender que lo haya aceptado. Sin embargo, este principio reconoce excepciones cuando por las circunstancias concretas la parte tiene obligación de expresarse y no lo hace. Así, si una *filia* manifiesta a su *pater* que contraerá nupcias y éste guarda silencio, no oponiéndose, cabe entender que las acepta. También, si una mujer casada que no vive con su marido anuncia a éste su embarazo, el silencio del marido es una confesión de su paternidad. Igualmente en la *in iure cessio*, ante la afirmación de una de las partes que vindica la cosa afirmando ante el magistrado ser suya, el silencio de la otra debe tomarse como conformidad con el acto.

2) el objeto.

- Debe ser *lícito*, es decir ni contrario al derecho ni a las buenas costumbres. Así, por ejemplo, no podría ser objeto de un negocio la sucesión de una persona viva. Este principio, que rigió durante la época clásica, se atemperó hacia el final, pues Justiniano lo permitió para el supuesto de alguien que realizara este tipo de negocio y hubiese perseverado hasta su muerte en el consentimiento dado. También sería ilícito el negocio que versare sobre la libertad de una persona; por ejemplo, si alguien pretendiese vender a un hombre libre como si fuera esclavo. Esto en la época imperial daría lugar a una sanción, y el que compró por error podía actuar para obtener una indemnización.
- Debe ser *posible*, es decir, debe resultar factible. Así, por ejemplo, no sería válido el negocio que versara sobre un objeto físicamente inexistente —un hipocentauro, un fauno, un esclavo después de su muerte— o jurídicamente imposible —un templo, por ser reí *sacra* y en consecuencia ser *res extra commercium*—. Pero las cosas que pueden existir, aunque en este momento no existan, pueden ser objeto de negocios, entendiéndose en este caso que se trata de objetos futuros (así!, la compraventa de la cosecha del año que viene).
- Debe ser determinado —así, por ejemplo, diez mil sestercios, el fundo tusculano, el esclavo Sticho—. Puede ocurrir también una cierta indeterminación, como en el caso en que el negocio versa sobre la entrega de 500 medidas de trigo; aquí lo que constituye el objeto no es una especie, sino un género. En casos semejantes los negocios son válidos, pero no lo serían cuando la indeterminación llegare a ser suma; verbigracia si se establece el género, pejo no se determina la cantidad —obligarnos a entregar trigo o aceite—. En realidad, si el negocio está suficientemente determinado, es una cuestión de hecho, y habrá que analizar cada caso en particular.

3) la causa.

- La palabra causa —sumamente discutida en doctrina— fue empleada por los romanos en varios sentidos, por lo que corresponde analizarlos separadamente.

I. A veces es empleada en los textos en el sentido de causa-fuente —investigación del hecho, acto o negocio antecedente—. Así, por ejemplo, en relación con la *traditio*. Este acto supone la entrega material de una cosa por parte de una persona a otra. Pero para que funcione como operando la traslación de la propiedad, se torna necesario analizar el negocio-fuente en cumplimiento del cual se efectúa la *traditio*. Así!, si era por una *causa emptionis* (por causa de una compra), o una *causa donandi* (por causa de una donación), o una *causa dotis* (por causa de una dote), o una *causa solvendi* (por causa de un pago), se entendía que la *traditio* operaba la transmisión de la propiedad. En cambio, ello no ocurría si la causa-fuente era un comodato o un depósito, causas que no son hábiles para la transmisión de la propiedad. Se ve aquí, pues, claramente como la *iusta causa* (causa lícita) de la *traditio* debe referirse al negocio o acto antecedente. Igual significado existe para la *iusta causa* de la *usucapión*.

II. Otras veces, la palabra *causa* es empleada en el sentido de causa-fin, entendiendo por tal el fin objetivo por el cual se realiza el negocio o acto. Si decimos fin objetivo, es para diferenciarlo nítidamente del fin o fines subjetivos, que serían más bien los "motivos". Pongamos un ejemplo: si yo celebro una compraventa, el fin objetivo, o causa-fin, será el convertirme —luego de la *mancipatio* o de la *iradicatio*— en dueño de la cosa; en cambio, los motivos pueden ser múltiples y en principio irrelevantes para el derecho: he comprado una casa porque me gusta, o porque queda cerca de mis amigos, o de mi lugar de trabajo.

- En el primitivo Derecho Romano, los negocios eran abstractos, es decir que no interesaba la

explicitación de la causa. Así ocurría con el *nexum*, la *sponsio*, la *stipulatio*. Por ello, si yo me obligaba por estos contratos, quedaba constreñido al cumplimiento de la prestación debida, aunque la causa fuere ilícita o contraria a las costumbres. En cambio, en el derecho posterior hubo que distinguir entre los negocios formales y no formales. En el caso de los primeros, se continúa el principio sentado anteriormente, pero el iuretor irá, utilizando la aplicación de la *aequi-foj*, admitiendo ciertas defensas para el supuesto de una ausencia de causa o de ilicitud de la misma, como, por ejemplo, la *exceptio doli*. En los segundos, se exige una causa que sea real y lícita. En efecto, si no había causa, se admitía la *condicatio sine causa*, la cual determinaba la nulidad del negocio para el supuesto de que la causa por la cual se habla hecho la prestación no había existido jamás —así, si yo le doy una cosa creyendo hacer un depósito, y usted la recibe como si fuera una donación—, o no ha podido existir jurídicamente, como la nulidad de una dote entregada en virtud de un matrimonio imposible de realizar por la existencia de impedimentos.

4) la forma.

- Este elemento rige solamente para el caso de actos o negocios que sean solemnes. Cabe advertir que en el antiguo Derecho Romano, la regla general era la solemnidad de los actos. Se explica ello, en principio, porque los intérpretes del primitivo *ius* eran los pontífices, para quienes era muy familiar el uso de las formas rituales; de tal modo que fueron aplicando, por analogía con los viejos actos del *ius civile*, el uso de ritos verbales (*certa et sollempnia verba*), acompañados de gestos rituales, a veces con la mano, como en la *mancipatio*; a veces con una varita, como en la manumisión ° *per vindictam* o en la reivindicación. También se utilizaba el agregado de testigos —diez en la *confarreatio*; cinco en la *mancipatio*—, debiendo algunos celebrarse en presencia de un pontífice —como en el caso de la *adrogatio*, que debía suceder ante el *populus* reunido en los *comilia calata*—, o de un magistrado —como en la *in iure cesatio*—. El cumplimiento ritual aseguraba igualmente una cierta publicidad y permitía el aseguramiento probatorio posterior.
- La tendencia posterior es ir liberando a los negocios de las formalidades solemnes. De este modo, vemos como la *mancipatio* será reemplazada por la vulgar *traditio*; los contratos verbales —*sponsio*, *stipulatio*— por los contratos consensuales, como la compraventa, o reales, como el mutuo.

(B) NATURALES

Son aquellos que no resultan necesarios para concebir el negocio jurídico, pero que están en la naturaleza del mismo. Por ello, aunque las partes no lo mencionen, lo mismo integran el negocio, estando implícitos en el mismo. No obstante esto, por no ser esenciales, las partes podrían determinar expresamente su exclusión

- Ejemplos de elementos naturales son los vicios redhibitorios y la garantía de evicción. Digamos aquí que en un principio hubo necesidad de estipular expresamente el supuesto y la sanción respectiva de estos elementos. Así, el pago del *duplum* del valor de la cosa si se daba el caso de la evicción y la indemnización pertinente en caso de los vicios redhibitorios; pero luego, dada la *jides* * en que se basan los negocios del *tus gentium*, se entendió que estos elementos estaban implícitos, salvo que expresamente se los excluyera.

(C) ACCIDENTALES

Son aquellos que se pueden lícitamente incorporar a un negocio jurídico, pero cuya existencia no se presume, sino que depende de la voluntad de la o las partes que los hayan o no querido incorporar. Generalmente se mencionan como elementos accidentales: 1) la condición, 2) el plazo y 3) el modo o cargo.

- Paulo incorporaba también la *accessio*, modalidad que se podía agregar a una obligación, ya por el sujeto (que el beneficio de la prestación sea para mí o para Ticio) o ya por el objeto (que me paguen a mí diez, o un caballo a Ticio). La lista podría ser más larga; así, se podrían agregar la "cláusula penal" (*stipulatio poenae*), la elección de un domicilio de pago para una obligación, y en general los distintos

pactos que se pueden agregar a un contrato, como pacto comisorio, de *non peten-do* *, *in diem addictio* ", etcétera.

1) CONDICIÓN

Es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la eficacia del negocio jurídico. Así, por ejemplo, si cuando realizo una *stipulatio* pregunto meramente: "¿Prometes darme cien?", el negocio es puro; pero en cambio, si establezco: "¿Prometes darme cien si viniera una nave del Asia?", el negocio depende de que se cumpla una condición.

- Es probable que la condición haya aparecido primeramente en los *nrfjo-cios mortis causa*, pero luego se la pudo hacer figurar en los *Ínter ttuw*. Es curioso ver, tal como lo enseña Gajo, que sólo después de ciertas dudas se dducidó la controversia en el sentido de admitir esta modalidad para la compraventa, y la locación, y que recién en Justininno la encontramos admitida para la sociedad.
- El acontecimiento debe ser futuro, ya que en el caso de ser pasado o presente, el negocio no queda sujeto a ningún elemento condicional. En efecto, sólo se pueden dar dos hipótesis: o dicho acontecimiento no es verdadero, es decir, no ha ocurrido, con lo cual el negocio carece de validez; o por el contrario ha ocurrido, con lo que el negocio es válido en fonna pura y simple desde el primer momento en que se celebró. Así, "te daré 100 si el rey de los parthos viviese" puede contener un plazo —si es necesario un lapso para comprobar su existencia—, pero nunca una condición.
- Además, el acontecimiento debe ser objetivamente incierto, pues si fuera cierto, entonces sería un plazo.
- Cabe anotar también que determinados actos legítimos como la *manci-patio*, la *in iure cessio*, la *acceptilatio*, la *heredis aditio*, la *dalio tutoris*. etcétera, no son susceptibles de ser sometidos a condiciones.

Las condiciones pueden ser agrupadas en varias clasificaciones.

a) Suspensivas o resolutorias. — Se dice que una condición es suspensiva cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto determina el nacimiento del negocio. En cambio, se dice que la condición es resolutoria cuando de suceder el acontecimiento se produce la extinción del negocio.

• Cuando los romanos hablan simplemente de condición, entienden siempre por tal a la suspensiva. Por ejemplo: "¿Prometes darme 100 si viniera una nave del Asia?". En cambio, el supuesto de la llamada condición resolutoria fue encarado más bien como la existencia de un negocio puro al cual se suma un pacto resolutorio. Así, por ejemplo, una compraventa pura y simple a la cual se agrega el *pactum displicantiae*, en virtud del cual la venta es ahora *ad gustum*, de modo que el negocio se celebra, pero se lo da por resuelto si el comprador en un plazo determinado no aprueba la mercadería. O también si se le agrega el *pactum in diem addictio*, en virtud del cual la compraventa se tiene por no hecha si el vendedor, dentro de un tiempo determinado, recibe una oferta mejor. Vemos a través de estos ejemplos cómo el acaecimiento de esas circunstancias extinguiría el negocio. A partir de estos pactos se irá abriendo luego el camino para este tipo de modalidades resolutorias, pero digamos que las mismas van a ser miradas con desconfianza por los juristas romanos cuando se las relaciona con la libertad, por ejemplo, manumitir con condición resolutoria o con la propiedad y las situaciones del derecho hereditario, por cuanto estimaban contrario a las buenas costumbres sujetar a estados dudosos situaciones como las mencionadas, que debían permanecer invariables.

- En la condición suspensiva debemos distinguir distintos momentos.
 - 1) Mientras la condición no se ha cumplido (*pendente conditione*), el titular condicional no adquiere la efectividad de ninguna situación. Así, si se trata de un negocio obligacional, la prestación no resulta exigible, y tanto es así que si se pagase por error, se puede repetir lo pagado. Sin embargo, se va a ir afirmando la idea de que el titular goza de una expectativa, es decir de una esperanza, la cual se torna transmisible por vía hereditaria e incluso puede ofrecer ciertas exteriorizaciones. Así, el titular expectante puede lograr medidas conservatorias —por ejemplo, obtener garantía real— para el supuesto de que tema que se torne ilusoria su expectativa; del mismo modo, el deudor está obligado a respetar la situación creada, y si impide fraulenkntamente el cumplimiento de la condición, la misma será reputada cumplida.

2) Si la condición se cumple (*condicio extitit*), o bien plena eficacia como si fuera puro y simple. Así, la expectativa se transforma en exigibilidad si se trata de un negocio obligacional, o en consolidación si se trata del dominio o de uno de los *iura in re aliena*. Se plantea en doctrina el complicado problema de saber si en estos casos se opera la retroactividad de los efectos. Quienes se inclinan por la afirmativa sostienen que los efectos se operan *ex tunc* (desde que se celebró el acto); quienes se inclinan por la negativa, entienden que los efectos se operan *ex nunc* (desde ahora, es decir, desde el cumplimiento de la condición). La cuestión es muy controvertida, pero resulta más o menos claro que si existió la retroactividad de los efectos, no fue en la época clásica, sino en la justiniana. Serviría, por ejemplo, para explicar por qué si un *filius* celebró un negocio para su *pater* y cuando se cumple la condición es ya *sui iuris*, el negocio aprovecha no al *filius*, sino al *pater*.

3) Si la condición no se cumple o si se toma cierto que jamás se podrá cumplir (*defecta condicione*), ello ocasiona la extinción de la expectativa y todo transcurre como si el negocio no hubiese existido.

• En los supuestos de la llamada condición resolutoria, los efectos jurídicos comienzan a producirse ¡desde la celebración del negocio, pero sobre éste pende la eventualidad de la resolución. Debemos, sin embargo, distinguir entre la condición meramente extintiva y la resolutoria. Así, en el primer caso —"Te presto mi casa hasta que venga mi tía del Asia"— el cumplimiento del acontecimiento hace cesar la permanencia del beneficio para el porvenir, pero no altera los efectos de la existencia pasada. En cambio, en la segunda —caso de la venta *ad guttum*—"el cumplimiento de la condición extingue la situación desvaneciendo jurídicamente lo ya realizado. Es decir que, en ambos casos, la situación beneficiosa nace inmediatamente, pero la llegada del acontecimiento futuro e incierto amenaza de distinta manera.

b) Positivas o negativas. — En las primeras, la eficacia de un negocio se subordina a la realización de un acontecimiento futuro e incierto —"Te daré 100 si hoy viniera una nave del Asia"—. En las segundas, la subordinación es a la no realización de ese acontecimiento —"Te daré 100 si hoy no viniera una nave del Asia".

c) Posibles o imposibles. — La condición es imposible cuando el acontecimiento no se puede realizar a causa de un obstáculo que puede ser físico o jurídico. Así, es físicamente imposible establecer: "Te prometo 100 si tocas el cielo con las manos". Es jurídicamente imposible establecer: "Te prometo 100 si vendes un templo a Ticio", toda vez que por ser *res sacra* está fuera del *commercium*.

• Cuando se emplean estas condiciones en negocios *inter vivos*, éstos se consideran nulos. Sin embargo, los sabinianos y juristas posteriores interpretaron, siguiendo el principio del *favor testamenii* (tendencia en pro de la validez del testamento), que las disposiciones testamentarias sujetas a condiciones imposibles eran válidas, entendiéndose que se trataba de actos puros, considerándose como no puesta la condición.
• A su vez, si la condición imposible era formulada de manera negativa —por ejemplo, "Te daré 100 si no tocas el cielo con las manos"—, se consideraba que por ser de acaecimiento necesario, el negocio era válido.

d) Lícitas o ilícitas. — Se entiende que son ilícitas aquellas reprobadas por el derecho y las buenas costumbres. Así, "Te daré 100 si matas a Ticio". La presencia de estas condiciones torna nulo al negocio.

• Los romanos establecieron una casuística interesante al respecto. Así, si se decía: "Te prometo 100 si no matas a Ticio", esto también tornaba nulo el negocio, por cuanto no debe pagarse para permanecer honesto. Sin embargo, admitían el caso siguiente: una mujer que al casarse le plantease al marido: "¿Me prometes 100 si no abandonas tu costumbre de tener concubina?", por cuanto aquí el beneficio no es para el que se debe abstener del hecho inmoral. También admitían esta otra: "Te daré 100 si impides que Ticio mate a Sempronio", por cuanto se trataba de un hecho que podía sucederle a un tercero.

e) Casuales, potestativas y mixtas. — Se entiende que son casuales aquellas condiciones que dependen de un evento de la naturaleza o de la acción de un tercero. Así, "Te daré 100 si viniera una nave del Asia".

La condición será potestativa cuando dependa del querer o de la actividad de la parte interesada: "Te daré 100 si fueras a Alejandría".

La condición será mixta cuando dependa, en parte, de un evento natural o de un tercero, o de la actividad querida de la parte. Así: "Te daré 100 si te casas" —la voluntad de casarse estaría connotando lo potestativo, pero el hecho depende también del querer de un tercero, que es quien debe dar el consentimiento para contraer matrimonio con el beneficiario.

- Las condiciones puramente potestativas —"Te daré 100 si quiero"— se entienden carentes de seriedad y son nulas.

Se plantea un problema con las condiciones potestativas negativas —"Te daré 100 si no subes al monte Capitolio"—, porque recién se podría comprobar el cumplimiento de la promesa cuando muriese la persona a la cual se refiere la condición. A inspiración del célebre jurista Q. Mucius Scaevola se admitió la *cautio Muciana*, según la cual el gravado podrá gozar del beneficio del negocio siempre y cuando preste caución de restituir lo adquirido para el caso de que hiciera aquello de lo que debe abstenerse. Se la admitió en principio para los legados, pero en la época justiniana aparece también admitida para la institución de herederos.

2) PLAZO O TERMINO

Es el acontecimiento futuro y objetivamente cierto del cual se hace depender el nacimiento o la extinción del negocio jurídico.

- Lo que caracteriza al plazo es la certidumbre de que necesariamente el acontecimiento acaecerá, por lo que su función consiste en dilatar o retrasar el nacimiento —caso del plazo suspensivo*— o la extinción —caso del plazo resolutorio— del negocio. En principio, las reglas que rigen para ambos son análogas a las analizadas para la condición.

Cabe, sin embargo, advertir que se puede admitir una cierta incertidumbre en el plazo. Los romanos analizaron los siguientes supuestos.

- a) *Dies certus an certus quando* (se sabe con certeza que sucederá y se sabe cuando sucederá): "Te daré 100 para las calendas del mes de marzo".
- b) *Dies certus an incertus quando* (se sabe con certeza que -ocurrirá, pero no se sabe cuando): "Te daré 100 el día de la muerte de Ticio".
- c) *Dies incertus an certus quando* (no se tiene certeza si ocurrirá; pero de ocurrir, se sabe cuando ocurrirá): "Te daré 100 cuando cumplas 20 años".
- d) *Dies incertus an incertus quando* (no se tiene certeza si ocurrirá y tampoco la hay sobre cuando ocurrirá): "Te daré 100 el día que se case Ticio".

- Los dos últimos casos han sido vistos como disimulando condiciones disfrazadas, por lo que no serían estrictamente plazos. Creemos, sin embargo, que se puede dar una cierta tonalidad —muy pequeña, por ser éstos casos límites— de diferenciación. Así, por ejemplo, una cosa es decir: "Te daré 100 si viniera una nave del Asia" —acá el negocio queda supeditado en cuanto a su existencia misma a la realización de ese evento— y otra distinta, por ejemplo, es decir, a propósito de una compraventa: "Mira, ahora no tengo el dinero para pagarte el precio, pero te lo daré cuando venga mi amigo en la nave del Asia". Es este último caso lo que se quiere obtener es meramente un retraso o dilatación de una de las obligaciones del negocio, pero de tal modo que si el hecho no ocurre, el precio lo mismo quedará debido.

3) MODO O CARGO

El vocablo *modus* —de significación bastante vaga— sirve para designar una cláusula agregada a los actos de liberalidad —legados, donaciones, instituciones de herederos—, por medio de la cual se impone al destinatario del beneficio gratuito un comportamiento determinado. Un ejemplo sería éste, a propósito de una institución de heredero: "Que Ticio sea mi heredero. Pero que en el fondo que recibe levante un monumento funerario

en mi memoria".

- Sin embargo, no debe confundirse el modo con la condición —en este caso sería una condición potestativa: que sea mi heredero si me levanta un monumento funerario—. En efecto, en ésta la eficacia del negocio queda suspendida hasta tanto se realice el hecho; en cambio, en el modo la disposición de la institución de heredero es de efecto inmediato.
- El problema que se presenta es saber cómo se puede exigir el cumplimiento del modo. En esto el Derecho Romano se movió muy cautamente, teniendo en cuenta las características de cada negocio. Debemos distinguir.
 - a) Cuando se trata de un legado *sub modo*, puede ocurrir que el legatario pretenda judicialmente obtener la cosa; en ese caso, a instancias del heredero, el pretor podía negársela hasta tanto no diera garantías suficientes (*cautiones*) que afianzaran el cumplimiento posterior del cargo. Luego, en el derecho imperial, para el supuesto de que el modo beneficiara a una persona concreta, se lo juzgaba como si fuera un fideicomiso, de tal modo que el beneficiario gozaba de las medidas extraordinarias concedidas para el cumplimiento de este tipo de negocio.
 - b) Cuando se trataba de una institución de heredero °, podía ocurrir que fuera un solo y único heredero: en este caso, el testador podía haber establecido una sanción de desheredación si no cumplía el modo; igualmente, se admitió que cuando beneficiaba a una entidad religiosa (*collegium*) o, en general, a un interés público, el magistrado podía imponer una multa al heredero que no cumplía el cargo. A su vez, podía ocurrir que juntamente con el heredero instituido *sub modo* existieran otros herederos: en este caso, si no cumplía el modo, los demás —antes de la partición de la herencia— podían exigirle garantías (*cautiones*).
 - c) Finalmente, cuando se trataba de una donación, el donante podía acompañar el traspaño del dominio —*mancipatio*— con un pacto de fi-ducia ", por el cual el beneficiado se obligaba por su *fides* a cumplir la modalidad; si no lo hacía, el donante tenía una *actio fiduciae* para asegurar el cumplimiento; igualmente lo podía hacer realizando una *stipulatio*. Luego, en el derecho posterior, se le admitieron al donante dos acciones: la *condictio causa data causa non secuta*, para recuperar la cosa donada, y la *actio prescriptis verhis*, si pretendía el cumplimiento del cargo o modo.

REPRESENTACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El caso normal es que la manifestación de la voluntad sea efectuada por la propia persona a favor o a cargo de la cual se quieren producir los efectos del negocio jurídico. Pero existen casos en los cuales esa manifestación de la voluntad es realizada por una persona distinta. Estamos entonces en presencia de lo que genéricamente se puede denominar representación.

Acá debemos hacer una aclaración, por cuanto se pueden dar dos situaciones:

(A) Que el representante obre en nombre y a cuenta del representado, de tal modo que los efectos jurídicos resultantes se producen directamente en la persona del representado. Este caso se llama representación directa.

- Ejemplos: A compra, en representación de B, un fundo a C. Las consecuencias de la adquisición serán directamente para B. Del mismo modo, A celebra con C un contrato de mutuo, en representación de B. B, de acuerdo con la hipótesis que nos planteemos, será directamente el acreedor o el deudor.

(B) Que el representante obre a cuenta del representado, pero a nombre propio, en el sentido de que los efectos del negocio jurídico se producen en la persona del representante. Este caso se llama representación indirecta.

- Ejemplos: A compra, a cuenta de B, un fundo de C. La adquisición del objeto será para A, quien deberá luego transmitirla a B, quien tendrá las acciones pertinentes para exigirlo. Del mismo modo, A celebra con C un contrato de mutuo, a cuenta de B. Quien queda como acreedor o deudor es A, que —de acuerdo con la relación interna existente entre representante y representado— deberá entregar el objeto del

conhato a B, teniendo acción para dcmaiidnilo L-1 monto de la devolución del pago.

La representación directa, que es en realidad lo que la doctrina moderna llama propiamente "representación", es relativamente reciente, demandando una muy desarrollada capacidad de abstracción. Los romanos, en cambio, utilizaron la noción de representación indirecta.

Esta circunstancia se podría explicar porque a) en el comienzo los actos jurídicos en Roma son formales, exigiéndose la intervención personal y directa del sujeto jurídico; y b) por la constitución de la misma familia romana, en la que el eje de los negocios está centrado en el *pater-familias*, y éste no necesita recurrir a personas extrañas, ya que cuenta con los miembros de su propia familia, que están sujetos a *potestas* (*filiifamiliae* y esclavos), y los utiliza para la celebración de los negocios.

Analizaremos los principales casos que se presentaban.

a) Está en primer lugar la figura del *nuntius*. Este es tan sólo un vehículo de la voluntad del *pater*, prestando únicamente una colaboración subordinada; es decir, algo así como 'un brazo prolongado' o un "instrumento animado" que se limita a transmitir la declaración ajena. Por ello, técnicamente no es un representante. Podía actuar solamente en aquellos actos ausentes de formas, como en los contratos consensuales ⁹, en la adquisición del dominio por mera aprehensión de la cosa —*occupatio*—, o en el repudio de la mujer en el caso del divorcio. En cambio, no puede celebrar actos solemnes —*mancipatio*, *in iure cessio*, etcétera.

Entran en esta circunstancia los *filiifamiliás*, a quienes se equipara la mujer sometida a la *manus* y los esclavos. Aquello que adquieren, aun sin noticia del *pater*, ingresa al patrimonio de éste. En cambio no lo pueden, en principio, obligar, salvo en los supuestos que por atención a la *aequitas* irá admitiendo el pretor con las figuras de las *actio-nes adiecticiae qualitallis* ⁹.

b) Las figuras más comunes, en el derecho clásico, de representantes por cuenta de otro serán las del mandato ⁹, contrato en el cual el mandatario se obliga a llevar a cabo un negocio por cuenta del mandante y la gestión de negocios ⁹, en virtud de la cual una persona, el gestor, lleva a cabo negocios en provecho de otro, sin habérselo encargado éste.

c) Otro caso especial está dado por las figuras del *tutor* y del *cura-tor*⁹. Estos ejecutarán ciertos actos en sustitución del incapaz (por ejemplo, del pupilo impúber o del *furiosus*). En el fondo, se explica ello por una *Jiducia*; es decir, una relación de "confianza" basada en la *fieles*. Tanto el tutor como el curador cumplían una "carga pública" a los efectos de proteger a los incapaces. Por eso algunos autores hablan de una representación legal o necesaria. El modo de actuar es el que corresponde a la representación indirecta: adquirían para sí mismos, transmitiendo luego lo adquirido a sus representados. Lo mismo sucedía con las obligaciones, si bien tenían también acciones útiles contra el que hubiera estado sujeto a tutela o cíuratela por los negocios celebrados en el interés de éste. Pese a esta regla general, se admitió que tanto el tutor como el curador podían disponer, como si fueran dueños, del patrimonio del pupilo o del sujeto a cíuratela para determinados actos, de los cuales debían dar luego rendición de cuentas. Ya en la época clásica se les admite adquirir para el pupilo la posesión y el dominio, d) No obstante que seguía funcionando la regla de que "por personas extrañas no podemos adquirir", hay que dejar anotada la figura del *pro-curador*, es decir, de una persona jextraña que se ocupaba de los negocios de otra —*factótum*—. Significó esto una lenta evolución hacia determinados casos en los que se podría hablar de "representación directa". Así, según un párrafo de Neracio, se permite por medio del *pro-curador* adquirir la posesión. El problema en torno de si se podía adquirir el dominio estaba en cambio muy controvertido —salvo para el caso de adquisición por *usucapió* o por *praescriptio longi temporis* ⁹—. Según otros textos, se la permitió para adquirir la *bonorum possessio* ⁹ y el *constitutum*.

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

I. Los negocios jurídicos deben ser interpretados para tratar de desentrañar su contenido y el alcance que los mismos tienen. Este problema fue encarado de manera sistemática por la doctrina moderna, principalmente por la pandectística alemana del siglo XIX, la cual elaboró con enjundia los principios doctrinarios.

Fundamentalmente, se han destacado los dos aspectos que tiene la "manifestación de la voluntad", que están señalados por la voluntad como hecho interno —tendiente a responder a la pregunta ¿qué es lo que realmente quiso decir el que celebró el acto?— y la voluntad como hecho manifiesto y externo —tendiente a responder a la pregunta ¿qué es lo que realmente dijo el que celebró el acto?

De esos dos aspectos se originan dos posturas o criterios.

De acuerdo con el primero —denominado voluntarista—, si la declaración es susceptible —dada la obscuridad de la misma— de dos o más sentidos, el intérprete debe escrutar hasta donde le sea posible la voluntad interna del declarante. De acuerdo con el segundo —denominado declaracionista— hay que atenerse únicamente a la voluntad declarada, interpretándola de manera aislada de las motivaciones internas del declarante.

Este último criterio responde a una línea de interpretación objetiva, que se concilia con la idea de la justicia. En cambio, el primero se corresponde con una interpretación subjetivista, tratando de satisfacer la idea de la equidad.

II. Respecto de este problema, podemos señalar la siguiente evolución en el Derecho Romano.

(A) En el viejo *ius civile*, en el cual los negocios celebrados eran muy solemnes, no se conoció otro método interpretativo que el "objetivo". De este modo, si alguien había celebrado un *nexum*, por ejemplo, quedaba obligado por la sola exteriorización del acto. Se puede, pues, muy bien decir que el efecto del negocio es consecuencia de la forma del acto y no de la voluntad.

(B) Pero luego, a medida que se van admitiendo los actos y negocios jurídicos del *ius gentium*, todos ellos informales, se va a ir abriendo lentamente el camino para considerar la voluntad que impulsó al declarante a la realización del acto o negocio. La perspectiva así abierta tenía grandes posibilidades dado que el pretor —por tratarse la mayoría de los casos de actos o negocios celebrados a la luz de la *bona fides*— tenía una gran libertad de apreciación. Nos encontramos acá con que la voluntad deja de ser prisionera de la forma.

• El caso más célebre y ejemplificador estuvo representado por la famosa *causa Curiana*. Ocurrió que una persona hizo su testamento, y esperando que su mujer le diera a luz un hijo, lo instituyó heredero, previendo que pudiera nacer después de su muerte —hijo postumo—. A su vez estableció una cláusula que se conoce como sustitución pupilar [°], que fijaba que en los casos en que el hijo instituido heredero falleciera antes de alcanzar la pubertad, el heredero pasara a ser M. Curio. Una vez muerto el testador, el hijo esperado no nació: la madre en realidad no había quedado embaiuzada. Entonces se planteó una controversia entre Coponio, que era un heredero *ab intestato* —defendido por Q. M. Scaevola— y M. Curio, el heredero substituto —defendido por L. Licinio Craso—. El alegato del primero —ejemplo típico de interpretación declaracionista u objetiva— se basó en que no habiendo nacido el heredero instituido, en realidad no había heredero y por ello caía el testamento. En cambio, el argumento del segundo —ejemplo de interpretación voluntarista o subjetiva— se basó en que la voluntad del testador estaba expuesta por la adición de la sustitución pupilar, demostrativa del interés que tenía en que la herencia no pasara a sus agnados.

La causa tuvo mucha importancia, por cuanto fue juzgada ante el tribunal de los centumviros, que había sido tradicionalmente apegado a la interpretación por las formas, pero que en este caso se inclinó por Curio, interpretando la voluntad del causante.

(C) No debemos por ello creer que los romanos se guiaron a partir de entonces por una

interpretación subjetivista a ultranza y trataron de indagar los más íntimos recovecos internos de la voluntad. Partían en principio de lo expresado —*verba*— tratando de conciliar la interpretación con lo querido —*voluntas*—. De este modo, no sólo los actos informales del *ius gentium*, sino también los que requerían solemnidades, fueron también inquiridos en su aspecto subjetivo.

• Véase este ejemplo del jurista Pomponio. "Si yo hubiera estipulado lo siguiente: «*prometes que me d.irás lü ó 5r\ se deben los 5; o*» Prometes que me lo darás en las calendas de enero o de febrero?», es lo mismo que si yo hubiese estipulado para las calendas de febrero". En este negocio formal —*stipulatio*— se ha interpretado inquiriendo la *voluntas* del contratante, que al permitir lo menos en dinero y la permisión de lo más en tiempo, está subjetivamente autorizando al otro estipulante a gozar de esa permisión.

(D) Finalmente, en la época poselásica, sobre todo en las escuelas orientales, la interpretación se va a inclinar por la posición voluntarista, en mucho influida por la doctrina de la voluntad expresada en las corrientes helénicas y en los estudios teológicos cristianos. Incluso en algunos negocios, como el testamento y la estipulación, la *voluntas* toma decidida prevalencia sobre los *verba*. Contribuyó también a esto el decaimiento de las formas solemnes para estos negocios.

DIVERGENCIA ENTRE VOLUNTAD Y DECLARACIÓN

I. La divergencia entre lo declarado y lo realmente querido puede dar lugar a la simulación. Las partes pueden querer apparentar la realización de un negocio en forma lícita, pero con vistas a defraudar a la ley, como cuando las partes simulan una compraventa para contravenir las limitaciones que rigen para las donaciones. * Otro caso muy común es el que daba lugar a la acción Pauliana. * Este último caso es llamado de simulación "absoluta" — se ha "declarado" un negocio, pero en realidad no se ha "querido" hacer ninguno— y para el derecho es nulo. En cambio, el primero de los ejemplos es llamado de simulación "relativa" —se ha "declarado" un negocio, pero en realidad se ha "querido" hacer otro distinto—. En estos casos el negocio simulado puede tener validez siempre que se constituya en virtud de una causa lícita.

II. Otro caso de divergencia entre la voluntad y la declaración puede darse en el supuesto de la reserva mental que ocurre cuando una de las partes guarda para su fero interno un determinado sentido de lo que exteriormente se ha "declarado" pero que no ha sido efectivamente expresado. La reserva mental no fue, tenida en cuenta en el Derecho Romano, adquiriendo importancia recién en el medievo a propósito de la interpretación del consentimiento del matrimonio realizado por el derecho canónico.

III. Finalmente, los negocios hechos por diversión o broma —*iocandi causa*— carecen de seriedad y por lo tanto son obviamente ineficaces.

INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

I. Los juristas romanos, sin llegar a estructurar una teoría de la ineficacia de los actos y negocios jurídicos, establecieron, siguiendo los casos concretos, una serie de reglas que van a ser precursoras de las construcciones logradas por el derecho posterior. Debemos distinguir dos supuestos: (A) el caso de la nulidad, en el cual el acto o negocio

sólo tiene una mera apariencia de ser, pero en realidad carece de alguno de los elementos esenciales, razón por la cual se lo considera inexistente o totalmente inválido; (B) el caso de la anulabilidad, en el cual el acto o negocio existe y en principio produce los efectos jurídicos que se propusieron las partes; pero éstas pueden pedir su anulación, o decretarla el juez devido a un obstáculo jurídico existente y atendible.

- En el derecho antiguo, los actos y negocios del *ius civile* son susceptibles de nulidad y no de anulabilidad. Se debe ello a su carácter solemne: en principio tienen vigencia, salvo que no se hayan realizado las formas respectivas o que las personas que los ejecuten sean manifiestamente incapaces —por ejemplo un impúber o un pupilo sin *auctontas* de su tutor—; o respecto de un objeto prohibido, ilícito o imposible. La terminología usada se retira a ese negocio como *nullum nullius momenti* (nulo en todo instante), o meramente *nullum o inutile*. Para el derecho, ese acto o negocio nunca fia podido producir efectos.
- En cambio, los actos y negocios del *ius gentium* o del *ius honorarium*, si bien son susceptibles de nulidad por carencia de algún elemento esencial, también pueden ser anulados cuando el pretor, considerando la realidad integral del negocio en sus aspectos objetivo y subjetivo a la luz de la equidad, entiende que presentan un obstáculo atendible para que se lo torne ineficaz para el futuro.
- Esta situación fue evolucionando en el derecho clásico, de tal modo que incluso los negocios formales del *ius civile*, que reúnen los elementos esenciales, van a poder ser interpretados por el pretor, el cual, cuando lo consideraba oportuno (por ejemplo, si existía un vicio de la voluntad) podía otorgar a la parte una *exceptio* para detener los efectos de la acción incoada o incluso denegar directamente la acción (*non dore actionem*). También podía otorgar una medida extraordinaria, como por ejemplo la *in integrum restitutio* ° en favor de un menor de 25 años.
- Más tarde, en el derecho posclásico, superadas las diferencias entre el *ius civile* y el *ius gentium* en estos aspectos, el criterio se unificará en cuanto a los actos ineficaces, admitiéndose la anulación o la anulabilidad de los mismos.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

II. En las causas de anulabilidad nos encontramos con los supuestos de vicios de la voluntad. La doctrina romana nos presenta tres casos: (A) el error; (B) el dolo y (C) la violencia.

(A) EL ERROR

Se entiende por error el falso conocimiento que la o las partes tienen sobre el acto o negocio llevado a cabo o sobre un aspecto esencial del mismo.

El error a que nos referimos es el error de hecho (*error facti*). Existe el error de derecho (*error iuris*), que versa sobre la ignorancia o ausencia total de conocimiento de las reglas jurídicas objetivas o sobre el conocimiento equivocado de las mismas. Por una mera razón de seguridad jurídica el error de derecho es inexcusable. Sin embargo, el Derecho Romano admitió que pudiera ser invocado por ciertas personas: los menores de 25 años, las mujeres, los soldados, los rústicos, etcétera.

El error puede versar ya sobre el negocio mismo, ya sobre distintos aspectos de él.

1) ERROR IN NEGOTIO

Tiene lugar cuando existe un desencuentro total entre lo que las partes han querido celebrar y lo realmente manifestado. Ello es lo que ocurre si Ticio cree haber dado una cosa a Sempronio en virtud de una compraventa, y Sempronio cree haberla recibido en virtud de una donación. Acá, directamente, no hay negocio, de tal modo que ni hay compraventa ni hay donación.

- En el ejemplo, debido al disenso existente, resulta claro que el error es esencial. En los demás supuestos que analizamos a continuación, este requisito deberá ser tenido especialmente en cuenta, ya que los simples errores' en las motivaciones resultan jurídicamente intrascendentes. Podemos, pues, decir que para que pueda causar la anulación del acto o negocio, el error deberá versar sobre aspectos esenciales de una persona o de una cosa.
- Por otra parte, el error debe ser excusable, es decir, debe haberse producido no obstante la normal diligencia que toda persona pone en la atención de sus asuntos. De no ser así, el error se habrá producido por torpeza de la parte y en consecuencia no es atendible

2) ERROR IN PERSONA

Tiene lugar cuando se ha realizado el negocio con una persona disintinta aquella con la cual se quería celebrar el mismo. Para ser esencial, la consideración de la persona tiene que haberse tenido especialmente en vista. Así, por ejemplo, cuando celebré un muto con Ticio, creyendo que era Sempronio, del cual conocía su solvencia económica y demás circunstancias personales.

- Se distingue el error sobre el nombre de los errores sobre la identidad y sobre las cualidades»En el primero, el negocio será válido, por cuanto la sola equivocación sobre el nombre no resulta esencial para el negocio. En cambio, en los otros dos, el error puede acarrear la nulidad.
- Los negocios sobre los cuales recae el error de identidad y de cualidades que pueden provocar la anulación de los mismos se los llama *in-tuitu personae*. Son, por ejemplo, la locación de obra, la sociedad, la donación, etcétera; es decir, aquellos que se han realizado teniendo como presupuesto esencial que la parte beneficiada o la otra parte es esa determinada persona y no otra. Fuera de este supuesto, el error será intrascendente.

3) ERROR IN CORPORE

Tiene lugar cuando he realizado el negocio sobre un objeto distinto del que creía celebrarlo. Así, creo haber comprado el campo A y resulta que se me ha vendido el campo B.

- Aclaremos aquí, también, que el mero error sobre el nombre del objeto negocial no es esencial, como cuando compro un esclavo creyendo que se llama Sticho, pero en realidad se llama Panfilo.

4) ERROR IN SUBSTANTIA

Tiene lugar cuando recae sobre las características esenciales del objeto del negocio. Así, por ejemplo, creo comprar una botella de vino y en realidad contiene vinagre. Creo comprar una fuente de oro, y es de bronce.

- En estos supuestos, el error no es sobre el *corpus* del objeto —es decir, quise comprar esa botella y esa fuente—, sino sobre la *substantia rei*: creía que era de vino y es de vinagre; creía que era de oro y es de bronce. El problema fue complicado en la doctrina romana. Así, en el caso del vino, Juliano lo considera nulo, Marcelo se inclina por la negativa respecto de la anulación del negocio y Ulpiano, en cambio, por la afirmativa, si bien haciendo una distinción: si compraba vino y el vino luego se avinagraba, la compraventa era válida; en cambio, si se había dado vinagre por vino, era nula.

5) ERROR IN QUANTITATE

Tiene lugar cuando recae sobre la cuantía del objeto. Así, por ejemplo, si creo comprar diez caballos y en realidad la otra parte me ha vendido solamente cinco.

- En la doctrina clásica, los casos están tomados generalmente del error sobre la cantidad en la *iipulatio*, decidiéndose que al no haber coincidencia entre la pregunta —"¿Me prometes dar diez?"— y la respuesta —"Te prometo dar cinco" — no había consentimiento en el negocio. En cambio Justiniano, por razones de equidad y trayendo la experiencia de los contratos del *ius genium*, decidió que el contrato era válido por la cantidad inferior. Así, en el ejemplo dado más arriba, se entendía que había consentimiento' por cinco caballos.

(B) EL DOLO

Se entiende por dolo la realización de todo tipo de maniobra engañosa o maquinación astuta tendiente a provocar un estado de error en la otra parte con la cual realizamos el negocio. Se trata, pues, acá, no de un error involuntario, sino de un error provocado.

Los romanos distinguen entre el dolo bueno (normales artificios utilizados en los negocios) y el dolo malo, cuya definición es la que dimos arriba.

- En un comienzo el *ius civile* no admitió esta causal de ineeficacia, razón por la cual los actos celebrados con dolo eran válidos.
- Peio luego, en tiempos de Cicerón, el pretor Aquilio Galo creó la fórmula de una acción penal, la *actio doli*, por la cual quien por engaño o fraude resultó peijudicado podía pedir el importe del daño sufrido. Esta acción tenía carácter infamante —por ello sólo se podía iniciada en ausencia de otra—; además, se debía ejercitar dentro del año y contra el autor del dolo, siendo personal en el sentido de que no se transmitía a los herederos.
- Se admitió también una *excepicio dolí*, otorgada a aquellos que eran demandados por la realización de un acto doloso, y servía para evitar el progreso de la acción.
- Más adelante se va a admitir también una *in integrum restitutio*, por medio de la cual se deshacía el negocio, debiéndose devolver las prestaciones dadas.

Requisitos. — Para que se entienda que hay dolo se requieren los que se enumeran a continuación.

- 1) A diferencia de lo que ocurre en la violencia, el dolo debe provenir de la contraparte negocial y no de un tercero.
- 2) Las maniobras dolosas deben haber sido causa determinante de la realización del acto. En este caso se habla de dolo principal. En cambio, si el dolo es incidental, es decir cuando aun sin las maniobras dolosas el negocio lo mismo se habría celebrado, ello no puede causar la ineeficacia del acto.
- 3) Debe occasionar un daño importante.
- 4) No debe mediar dolo de ambas partes.

(C) LA VIOLENCIA

En este vicio de la voluntad debemos distinguir dos supuestos: (A) la violencia física (*vis absoluta*) y (B) la violencia moral o coacción (*vis coactiva*)

- El primer supuesto no interesa tanto para el análisis, ya que sólo se puede dar cuando alguien fuerce a otro a realizar un acto utilizándolo como mero instrumento. Aquí resulta evidente que falta la voluntariedad del acto, es decir, un elemento esencial para su realización.
- En cambio, el segundo dio motivo a una fórmula especial, debida al pretor Octavio —*formula Octaviaria*, hacia el año 80 a.C—. De acuerdo con la dura fórmula del *ius civile*, el que realizaba un acto coaccionado no podía alegar dicho vicio —decía Paulo: "Quisiste constreñido, pero quisiste"—, pero a partir de la *formula Octaviaria*, se pudo ejercitar la *actio quod metus causa*, por la que se pretendía la restitución de lo entregado por miedo, o, en su defecto, el cuadruplo de su valor —si se había podido ejercitar en el término de un año, pasado el cual sólo podía accionarse por el valor simple.
- A su vez, para poder repulsar una acción que se pretendía intentar en base a un acto realizado con violencia, se otorgaba la *exceptio quod metus causa*.

Requisitos. — Para poder alegar el *metus* o la *vis coactiva*, deben darse estas circunstancias: 1) debe haber una amenaza injusta, es decir, el preanuncio de querer hacer sufrir a otro un mal. No es injusta la amenaza hecha al deudor de demandarlo ante la justicia. No interesa —a diferencia del dolo— si la amenaza proviene del que tiene interés en el negocio jurídico o de un tercero. 2) El mal con que se amenaza debe ser grave o inminente. 3) Debe estar dirigido a que la persona amenazada tenga que realizar el acto o negocio jurídico. 4) La amenaza debe ser seria, es decir, capaz de impresionar

a una persona normal.

CAPITULO VIII

DEFENSA PROCESAL DE LOS DERECHOS

I. Las normas jurídicas se distinguen de las otras por su carácter coactivo, en tanto el estado impone su cumplimiento, sanciona su violación y protege los derechos subjetivos que de ellas se deducen.

Precisamente, cuando los sujetos consideran que sus derechos no son respetados, recurren al estado en demanda de su reconocimiento y tutela.

Se llama **proceso** al conjunto orgánico y reglado de actos que deben desenvolverse ante los órganos específicos del estado —judiciales— para que éstos constaten la titularidad de los derechos subjetivos y la violación del derecho objetivo y, consecuentemente, impongan la reparación o sanción correspondiente.

II. Lo que posibilita el proceso es la acción, que, como afirmó Celso, no es sino el poder jurídico de perseguir en juicio lo que es debido.

- Actualmente, la acción se concibe sólo como un medio de defensa de derechos subjetivos preexistentes en el ordenamiento jurídico positivo, pero en el Derecho Romano el magistrado, en ejercicio de su función jurisdiccional, podía tanto otorgar acciones para tutelar situaciones de hecho no contempladas previamente por el *tus civilis* como negarlas a titulares de derecho subjetivos derivados del derecho objetivo vigente. Las pretensiones o intereses jurídicos encontraban, pues, su efectiva tutela no en una necesaria condición de derechos subjetivos, sino en la concesión de una específica acción.
- La acción resultaba, así, no un inevitable corolario, un automático reflejo de la condición de derecho subjetivo, sino una cierta entidad en sí misma, independiente de la existencia previa de un derecho subjetivo y, a veces, por el contrario, engendradora indirecta de derechos: se tenía un derecho porque el magistrado prometía una acción para una determinada hipótesis.
- De allí que el estudio de las acciones fuera más bien tema del derecho material que del derecho adjetivo —procesal— y que se haya dicho que el Derecho Romano se presentaba como un sistema de acciones.

III. En general, se llama **jurisdicción** a la actividad de órganos del estado dirigida a formular y aplicar las concretas normas jurídicas que, de acuerdo con el derecho vigente, deben regular una determinada situación jurídica.

Pero en Roma la *iurisdictio* es desde el principio y por un largo tiempo considerada un poder o prerrogativa personal del magistrado que, aunque consiste en la enunciación de los principios jurídicos que encuadran o importan la controversia, no comprende la emisión de la sentencia: es decir, compete a la *iurisdictio* dar el planteo pero no la solución del caso.

Sólo a partir del siglo I de nuestra era comienza a estructurarse como una función del estado cumplida a través de funcionarios jueces, en el ámbito y medida —competencia— establecidos por el ordenamiento estatal.

Entonces la *iurisdictio* será más o menos asimilable a la de nuestros días, porque comprenderá también la facultad de emitir el *iudicium* o sentencia: habrá planteo y solución.

IV. Es que ha tenido lugar en el Derecho Romano una paulatina publicización del proceso, es decir, que al principio una moderada intervención del poder público en las controversias privadas fue incrementándose para resultar al final casi tan completa como en nuestros tiempos. Claro, la evolución en tal sentido no tiene por qué haber sido rectilínea: puede haber habido vacilaciones o regresiones, pero en sus grandes rasgos podríamos esquematizarla en tres etapas.

(A) Legitimación de la violencia de la defensa privada a través de modos de actuar con recaudos o condiciones controlados por una genérica opinión pública, es decir, sin intervención de órgano estatal específico: por ejemplo, el tratamiento del declarado *sacer* * y la *pignoris capio* *. Quedan amplios remanentes de esa modalidad en todos los períodos del Derecho Romano: fuera de casos taxativamente fijados por las leyes, la autodefensa no es reprimida, y sólo en la época de Justiniano —siglo vi d.C.— se impone que la defensa del derecho propio sólo pueda tramitarse a través de la administración pública de justicia.

(B) La intervención, a requerimiento de las partes, del estado 1) para controlar o disciplinar el accionar de la defensa privada, accionar que se irá estilizando o haciéndose simbólico, y 2) para llevar, con previo encuadre jurídico, o sin él, a la instauración de un arbitraje a realizarse, sea con procedimientos ordálicos, sea con análisis crítico de las pruebas aportadas.

(C) Actuación cada vez más insoslayable de la administración estatal con control total y exclusivo del proceso hasta la decisión del caso mediante la sentencia.

La etapa (A) es propia de los comienzos de Roma; la (B), en lo fundamental, corresponde al período republicano, aunque alcanza su apogeo técnico en el Principado, en el que va a ir predominando la (C), que resulta exclusiva en el Dominado.

V. Durante la existencia de la comunidad romana los pleitos privados se tramitaron a través de tres sistemas procesales que se fueron sucediendo en el tiempo, pero con largos períodos de coexistencia. El sistema de las *legis actiones* —acciones de la ley— rige hasta el siglo H a.C., en que comienza a estructurarse el segundo sistema, el formulario. Luego aquél languidece, hasta ser oficialmente abolido —salvo en algunas restrictas aplicaciones— por la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del año 17 a.C. El sistema formulario se consagra, en coexistencia con el de las *legis actiones*, por la *lex Aebutia* (alrededor del 130 a.C.) y lo sustituye de acuerdo con la aludida *lex Iulia*. Estos dos sistemas tienen en común la división del proceso en dos etapas: la *in iure* (ante el tribunal), en la que el magistrado encuadra o plantea jurídicamente la controversia —*iurisdictio*— y establece la relación procesal, y la *apud iudieem* (ante el juez), en la que a un particular, designado específicamente para esa ocasión, le corresponde emitir la sentencia que resuelve el caso. A partir del comienzo de nuestra era, con el Principado se generaliza un sistema que, por haber unificado las dos etapas —la *in iure* y la *apud iudieem*— de los sistemas anteriores considerados variantes del *ordo iudiciorum privatorum* (orden propio de los juicios privados), fue llamado *extra ordinem* (fuera del orden normal) o extraordinario. Después de coexistir con el sistema formulario durante el Principado, será el sistema típico y exclusivo del Dominado.

EL SISTEMA DE LAS LEGIS ACTIONES

I. En la expresión *legis actiones*, la palabra *actio* significa modo de actuar y alude a los gestos y declaraciones rituales o solemnes, que, so pena de perder la instancia procesal, debían ser rigurosamente efectuados según prescribía la *lex*. De allí el nombre de acciones de la ley. También por considerar los romanos que ese sistema había sido introducido o, al menos, reglado por la ley por autonomasía, la de las XII tablas.

II. De las acciones de la ley, tres son declarativas, es decir, tienden a la elucidación de una controversia, y dos son ejecutivas, es decir, tendientes a una ejecución que sancione una relación jurídica no controvertible pero no cumplimentada, por ejemplo, una deuda declarada judicialmente pero no pagada todavía.

PROCEDIMIENTO

LAS PARTES

Sólo excepcionalmente era permitido participar en el proceso en lugar de otro: para hacer valer un derecho del pueblo romano contra un particular, para sostener el *status libertatis* de una persona reivindicada como esclavo, para perseguir por hurto a quien había robado a un romano prisionero del enemigo o ausente por causa pública o a una persona sujeta a tutela. Por lo demás, el tutor sustituía a su pupilo infante y el curador al *furiosus* y tal vez al pródigio.

IN IUS VOCATIO

Es la intimación verbal del actor a su contraparte para que ésta comparezca con él ante el tribunal. Ante la negativa manifiesta ante testigos podrá emplear la fuerza, que no podía logísticamente ser rechazada por el demandado, salvo por la intervención de un *vindex* que garantizara la oportuna presencia del demandado.

ETAPA IN IURE

I. Se llevaba a cabo ante el magistrado —el *rex* o los pontífices, en los tiempos más antiguos?—: el demandante debía recitar su reclamo necesariamente con las palabras sacramentales que figuraban en la ley o que le habían prescripto los pontífices o los jurisprudentes laicos consultados al efecto; el demandado, a su vez, respondía con palabras del mismo carácter.

El magistrado, por su parte, se limitaba a asegurar con su presencia el correcto accionar de las partes y a perfeccionar la instancia con su intervención.

II. Ahora bien, tratándose de acciones declarativas en las que se debía llegar a la elucidación de una controversia, si el derecho del actor no había sido cuestionado por el demandado, el magistrado lo consagraba. Pero si había controversia, las partes llamaban a terceros como testigos de los términos de ella —*litis contestatio* (atestiguamiento de la disputa)— y obtenían del magistrado el nombramiento de un juez o un arbitro, que no tenía tal condición como permanente, pues era elegido de una lista de ciudadanos

particulares —senadores en los primeros tiempos— y agotaría su nombramiento de juez en ese único litigio para el que era nombrado.

III. Con la *litis contestatio* quedaban definidos y fijados los extremos de la controversia, y el juez debía referirse siempre a la situación jurídica existente en ese momento.

LA ETAPA APUD IUDICEM

I. El lugar era el elegido por las partes, o los comicios o el foro. Allí se comenzaba con una sintética exposición del pleito, la que debía estar cumplida antes del mediodía. Si una de las partes no se había hecho presente hasta entonces, perdía la causa.

II. La faz *apud iudicem* no presentaba las rígidas formalidades de la anterior: el juez, recibida la producción de la prueba —casi siempre testimonios— y los alegatos de las partes, daba su sentir (*sententia*) con la eventual ayuda de un *consuum* de asesores. Podía devolver el asunto al magistrado si no había llegado a verlo con claridad.

LA SENTENCIA

Impugnable e inapelable, no necesitaba ser motivada. Y una vez que resolvía la controversia, ésta no podía replantearse.

EJECUCIÓN

Ante la falta de cumplimiento por la parte perdedora no quedaba otro recurso que otro proceso, el de la *legis actio per manus iniectionem*.

LEGIS ACTIO SACRAMENTO

Acción general, por ser adaptable a cualquier controversia para la que no se hubiera prescripto un diverso modo de actuar.

I. En la etapa *in iure*, cada una de las partes hacía la afirmación solemne y contrastante de sus derechos.

- En la *actio sacramento in rem*, alternativamente tocaban con una varita la cosa litigiosa o una parte representativa mientras decían más o menos así: "Digo que esta cosa es mía según el derecho de los quintos y conforme a la relación jurídica de la que es objeto. En lo que a ti respecta, como lo he afirmado, impongo mi reivindicación".
- En la *actio sacramento in personam* el actor habría comenzado diciendo: "Afirma que corresponde que tú me des..." Se ignora si debía hacer mención de la causa. El demandado habría negado en términos simétricos.

II. Luego venía la provocación o desafío recíproco al *sacramentum*: cada parte comprometía bestias, en los primeros tiempos, o quinientos o cincuenta ases —según la importancia del pleito— para el caso de que su afirmación fuera perjura.

III. El magistrado, luego de asignar provisionalmente a una de las partes la cosa litigiosa, nombraba, de entre ciudadanos privados, al juez ante el que debía iniciarse la etapa *apud iudicem*.

- En los primeros tiempos, caracterizados por la no discriminación entre lo jurídico y lo mágico-religioso, tal vez el mismo *rex* o los *pontífica* protagonizaron las dos etapas procesales, procediendo en la segunda con ritos ordálicos —tal vez la observación de las entrañas de las bestias entregadas— para que la divinidad indicara quién había perjurado...

IV. En tiempos posteriores, y al compás de la laicización del derecho, el juez debía recurrir a medios racionales de prueba para dar su sentencia de cuál *sacramentum* era *iustum* y cuál *iniustum*, lo que entrañaba decidir indirectamente sobre el contenido de la controversia.

LEGIS ACTIO PER IUDICIS ARBITRIVE POSTULATIONEM

Era la acción de la ley por el reclamo de un juez o un arbitro: introducida o admitida por la ley de las XII tablas, prescindía de la apuesta y llevaba directamente al nombramiento de un juez privado para pronunciarse sobre la cuestión.

En los primeros tiempos debe de haberse utilizado sólo para controversias sobre divisiones o delimitaciones de bienes, pero la ley de las XII tablas la aplicó a pleitos sobre créditos originados en la *sponsio*.

LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM

Nueva acción introducida, a mediados del siglo III a.C, por una *lex Silia* para el reclamo de sumas definidas de dinero —*certa pecunia*— y ampliada por una *lex Calpurníi* para el reclamo de cosa determinada —*certa res*.

Al igual que en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, había una directa —es decir sin el recurso a una apuesta— afirmación y correlativa denegación de una obligación y el pedido de un juicio.

- Pero en la *per condictionem* la convocatoria —*condiclio*— al juicio tenía un plazo fijo de treinta días y no había, en la instancia *in iure*, necesidad de dar las razones en las que se basaba la pretensión.
- Tal vez se completaba con una *sponsio* de pagar el perdedor de la litis un tercio del monto de lo reclamado, como pena en favor del ganador.

PIGNORIS CAPIO

De las acciones ejecutivas, la *pignoris capio*, en realidad, no se lleva a cabo ante el magistrado: simplemente se trata de que, en ciertos casos marcados por el ordenamiento jurídico, es lícito, sin más, para el acreedor tomar en prenda una cosa del patrimonio del deudor.

MANUS INIECTIO

En cambio, hay un verdadero procedimiento ante el magistrado en el caso de la *manus injectio* (echar mano a alguien) : en virtud de sentencia en un juicio declarativo o por el carácter de la causa —*nexum*—, un particular tenía derecho, luego de haber llevado a su deudor ante el tribunal y de haber sido éste declarado *addictus* por el magistrado, a apoderarse de su deudor y retenerlo encadenado en su casa. Si no cumplía con lo debido antes de los sesenta días, debía ser llevado tres días consecutivos de mercado a la plaza pública frente al magistrado y su deuda anunciada públicamente, tanto para ver si alguien lo ayudaba como, tal vez, para que otros acreedores pudieran hacer valer sus

créditos. No satisfecha la deuda transcurridos los sesenta días, el deudor podía ser vendido como esclavo fuera del territorio romano; o muerto, y su cuerpo repartido entre los acreedores, sin importar, como parece decir la ley de las XII tablas, que alguien retirara un pedazo mayor que el proporcionado a su crédito... En realidad, el texto del que se ha extraído esta cruenta disposición es muy controvertido y, por otra parte, no nos ha llegado ninguna referencia de un caso concreto en que se la hubiera aplicado.

- Distintas leyes ampliaron las hipótesis que daban lugar a una *manus injectio pro iudicato*, es decir, como si el deudor hubiese sido declarado tal en juicio.
- La *manus injectio* no podía ser rechazada ni discutida por el deudor sino por un *vindex* o garante, que arriesgaba pagar el doble de lo debido si perdía la instancia judicial.
- Algunas leyes fueron introduciendo, para ciertos casos, un nuevo tipo de *manus injectio*, llamada *pura*, por la que era posible al mismo deudor cuestionarla, siempre con el riesgo de pagar el doble.

EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

HISTORIA

I. Se vincula el origen del procedimiento formulario con la actividad jurisdiccional del pretor peregrino creado en el 242 a.C. para entender en asuntos con peregrinos y de éstos. Este pretor no necesitó ajustarse al rígido y formalista sistema de las *legis actiones*, al que no tenían acceso los no ciudadanos. Fue, por lo tanto, con toda libertad, desarrollando un tipo de proceso que, en lo general, seguía el esquema de arbitraje obligatorio de las *legis actiones*, con sus dos etapas: la *in iure* y la *apud iudicem*. Claro que, con palabras o referencias de las *leges*, en lugar de las formulaciones solemnes, el pretor peregrino acostumbró a plasmar por escrito, previa información, consulta, discusión y asentimiento con las partes y de las partes, la impostación de la controversia en base a la norma correspondiente, deducida de la institución romana extendida a los peregrinos o —lo que era más frecuente— del principio de la *bona fides*. De aquí la expresión de "actuar *per concepta verba*", es decir, dar lugar al *iudicium* con palabras adaptadas en cada caso a la concreta controversia; ello, en contraposición con las *certa verba* (palabras determinadas), siempre las mismas, según la genérica acción que se ponía en juego con el procedimiento de las *legis actiones*. Se originó así la fórmula, alma del nuevo procedimiento que de ella tomaría su nombre.

II. Cuando el pretor urbano fue incorporando en su *iuris-dictio* las nuevas instituciones y criterios del *ius gentium*, consagrados en el tribunal del pretor peregrino, también fue imitando esas formas más libres, más funcionales, con que éste organizaba el proceso. En especial, empezó a utilizar la fórmula en ocasión de juicios basados no en el *ius civile* —en esos casos debía emplearse el rígido y formalista sistema de las *legis actiones*—, sino en el sometimiento a su *imperium* de controversias sobre instituciones procedentes del *ius gentium*, pero en las que eran partes ciudadanos romanos que voluntariamente aceptaban aquel procedimiento *per formulas*.

III. Alrededor del 130 a.C. la *lex Aebutia* autorizó al pretor urbano a utilizar ese procedimiento, a pedido de las partes, también en todas las controversias sobre instituciones del *ius civile*. Las *legis actiones* cayeron rápidamente en desuso y en el nuevo procedimiento halló el pretor un más adecuado instrumento para una actividad jurisdiccional más libre de las formas y contenidos del viejo *ius civile*.

IV. Hasta ese momento, el pretor se habría limitado a ejercer su *uinisdictio* en la nueva forma del procedimiento formulario sólo para tutelar relaciones jurídicas consagradas por el *ius civile* o fundadas en la *bona fides* como criterio obligatorio sancionado por su colega peregrino. En ambos casos se trataba de normas ya existentes, ya consagradas antes de su intervención. Pero el camino estaba abierto para una más libre, más audaz actuación: su *imperium* no estaba trabado por el formalismo de las *legis actiones* y de su arbitrio dependía la existencia y el contenido de la fórmula, que era ley para el juez.

V. El pretor, en posesión de todos los recursos procesales y extraprocesales, se lanzará a una labor de profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convertirá a la *iurisdictio* en la fuente más original del Derecho Komano.

Con la *denegatio actionis* y la inserción de *exceptiones* paralizará pretensiones basadas en principios ya obsoletos o chocantes del viejo *ius*; con las acciones ficticias o las útiles o las con transposición de sujeto podrá extender a situaciones antes no previstas la aplicación de normas ya existentes; por último, hasta podrá dar lugar, con las *formulae in factum conceptae*, a la tutela de situaciones o relaciones hasta entonces no consideradas en el ordenamiento jurídico existente.

VI. La decadencia de las *legis actiones* —dejadas de lado por su formalismo y poca flexibilidad de adaptación a las características propias de cada controversia— se patentizará con la *lex Iulia iudiciorum privatorum* de Augusto, que las suprime casi totalmente y las sustituye con el sistema de las fórmulas, al que "legaliza" en el sentido de que, de ahí en adelante, todo juicio —sea basado en instituciones del antiguo *ius civile*, sea en la *bona fides*, sea en una situación fáctica digna de tutela por razones de equidad— será considerado *iudicium legitimum*, siempre que se den estas tres condiciones —no de fondo, sino de forma procesal—: que las partes sean ciudadanos romanos, que se celebre en Roma y que el arbitraje se someta a un único juez.

CITACIÓN

La citación a comparecer en justicia, con previa exposición verbal del reclamo, podía ser, igual que antes, con una *in ius vocatio* de efecto inmediato, pero se hizo más frecuente el *vadimonium*, compromiso —a través de una *stipulatio*— de comparecer en determinada fecha ante el tribunal.

LAS PARTES

En el procedimiento formulario —y luego en el extraordinario— se admitió un tipo de representación distinta de la actual, pues quien sustituía a cualquiera de las partes experimentaba en su persona los efectos del proceso: resultaba acreedor o deudor en la *condemnatio* y era consecuentemente sujeto activo o pasivo de la ejecución a través de la *actio iudicati*.

- Esto se traducía pioresaliente en el hecho de figurar en la *intentio* el nombre de la parte y en la *condeturritio* el del representante.
- No obstante ello, por razones prácticas, el pretor concedió la *actio xudxcati* tanto para, como contra, la persona misma del acreedor o deudor, respectivamente.

Uno y otro pudieron ser sustituidos o representados por un *cognitor* y por un *procurator*.

- El *cognitor* debía ser instituido en términos solemnes en presencia de la otra parte.

- El *procurator*, generalmente un intendente o gerente de los bienes y negocios de su representado, o el *procurator ad Htem*, específicamente designado para el juicio en cuestión, podían tomar su papel sin solemnidades y aun sin conocimiento de la parte contraria.
- Se llamó *defensor* a quien espontáneamente y de buena fe tomaba la representación de un demandado sin mandato de éste. Debía dar caución de que el demandado ratificara lo por él actuado.

ETAPA IN IURE

I. Presentadas las partes ante el magistrado, el demandante planteaba su pedido de acción sobre la base de una fórmula que proponía. El demandado concordaba con el planteo o impostación jurídica insita en la fórmula propuesta, o reclamaba alguna alteración —especialmente la inserción de una excepción—. El magistrado establecía en qué términos daría el *iudi-ciubi* y llevaba a las partes a un acuerdo en la redacción de la fórmula y en la elección del juez.

II. Se tiene, entonces, la *litis contestatio*, concretada en una formal propuesta y aceptación, de demandante y demandado respectivamente, de someterse al juicio en los términos en que se hallaba redactada la fórmula, la que, como se verá, incluía la orden del magistrado al juez para que, según las pruebas recibidas, condenara o absolviera al demandado.

III. Con la *litis contestatio* quedaban determinados en forma precisa y fija los derechos subjetivos deducidos en juicio.

Las **obligaciones civiles** en un *iudicium legitimum* se extinguían con la *litis contestatio*, o más exactamente se transformaban en una relación procesal, de modo tal que si el demandado resultaba absuelto, el demandante no podía volver a replantear en otro juicio aquella obligación, extinguida, como se ha dicho, por la *litis contestatio*. Si, en cambio, resultaba condenado, tampoco podía volver a accionar el actor en base a esa obligación, por ese mismo carácter extintivo de la *litis contestatio*; pero sí tenía derecho a actuar en base a la nueva relación creada por la *condemnatio* y posibilitada por esa relación o compromiso procesal de la *litis contestatio*.

En cambio, la *litis contestatio* no producía la extinción de los otros derechos litigiosos deducidos en juicio, pero sí daba lugar a una excepción de *litis pendentia* en cualquier otra causa en que se los planteara nuevamente.

ETAPA APUD IUDICEM

No presenta mayores diferencias con la de las *legis actiones*: el juez, asistido de un *consilium* de amigos, recibe en lugar público la producción de pruebas y los eventuales alegatos de oradores de una y otra parte. Con completa libertad para valorar la prueba, llega a la formulación de su parecer (*sententia*) ante las partes.

- Si no ha podido llegar a un convencimiento o decisión, jura que el caso no es claro para él (*sibi non liquere*) y el magistrado lo libera de su cargo. Las yartes concieterán entonces, con el magistrado, el nombramiento de otro juez.

LA EJECUCIÓN

Para conseguirla, el demandante victorioso deberá, sin embargo, introducir una nueva acción: la *actio iudicati* (acción de lo ya juzgado). Si en la etapa *actio iudicati* el demandado admite su responsabilidad, queda abierta la ejecución. Pero si quiere

controvertir, no por cierto el mérito de la causa sentenciada, sino alguna invalidez de forma, o sostener que ya ha pagado, habrá, entonces una nueva *litis contestatio* y etapa *apud ivdicem*: la condena, en este caso, será ejecutiva por el doble de lo estatuido en el primer juicio.

- La ejecución sobre la persona del deudor —*manus injectio*— subsistirá, pero se la irá sustituyendo con un procedimiento de ejecución sobre la totalidad del patrimonio —*bonorum venditio* °— que recuerda en algo los actuales procedimientos de la quiebra.

LA FORMULA

Con este nombre se denominó el programa o planteo de juicio —con la correlativa enunciación del deber del juez—, ya sea en su aspecto abstracto, como esquema propuesto en el edicto, ya sea en un aspecto concreto, como formulación ya aprobada por el pretor en un determinado proceso.

La fórmula coordina y da unidad a las dos etapas del proceso.

La estructura de la fórmula refleja esa función. Puede comprender las siguientes partes o cláusulas, que cuando aparecen, lo hacen en el orden en que a continuación se las consigna.

- 1) **Nombramiento del juez** o de la corte o colegio de *recuperatores*.
- 2) **Praescriptio**. Como su nombre lo indica —lo escrito al principio—, es una cláusula extraordinaria que se coloca —antes de cualquier otra referencia a la controversia— con el objeto de limitar o descartar los efectos de la *litis contestatio* articulada en el resto de la fórmula. Ejemplo, la orden al juez de que, previamente a entrar en materia, verifique si no ha vencido el plazo establecido por la ley para que una determinada acción pueda interponerse. De allí proviene el nombre de la actual prescripción. Otro ejemplo: si se trata de accionar por prestaciones sucesivas en el tiempo, el actor —para preservarse la posibilidad de reclamar las futuras, que de otro modo serían extinguidas por la *litis contestatio*— delimita el objeto de su *intentio* a las que resulten vencidas o exigibles en el momento de la *litis contestatio*. Para ello inserta como *praescriptio* la frase "*ea res agatur, cuius rei dies fuit*" ("que el pleito sea por lo que resulte ya debido").
- 3) **Demostratio**. En ciertas fórmulas suele resultar necesaria para enunciar los hechos en que se basa el derecho que se alega. Por ejemplo: 'Ticio, sé juez. **Puesto que Aulo Agerio ha vendido un esclavo a Numerio Negidio**, respecto del cual se litiga...'"
- 4) **Intentio**. Parte esencial que consiste en la enunciación de la relación jurídica deducida en juicio. Por ejemplo: "Ticio, sé juez. **Si resulta que el fundo corneliano es de Aulo Agerio...**" Es, en otros términos, la pretensión del actor presentada como condición para la *condemnatio*.
- 5) **Exceptio**. Cláusula cuyo efecto es impedir al juez condenar, aun si resulta probada la *intentio*, si otras circunstancias de hecho o situaciones de derecho aparecen también probadas. Va introducida por una expresión como "siempre que no", "a no ser que". Por ejemplo: "Si resulta que Numerio Negidio debe pagar a Aulo Agerio mil ses tercios y **siempre que no haya habido un pacto de no reclamar esa deuda...**".

Las excepciones se dividen en perentorias —basadas en una circunstancia oponible siempre a la acción del actor— y dilatorias —oponibles sólo en un cierto período de tiempo o frente a determinadas personas—: el último ejemplo citado, según el pacto sea de no reclamar nunca, o sólo por un tiempo, respectivamente.

6) *Adiudicatio*. Cláusula por la que se autoriza al juez, en las acciones por división o partición de bienes, a adjudicarlos en pleno dominio a quien resultaren corresponder.

7) *Condemnatio*. Cláusula por la que se da al juez el poder de condenar o de absolver. La condena, cualquiera haya sido lo reclamado, será siempre por una cantidad de dinero ya fijada en la *condevinatio*, o a fijar por apreciación del juez.

En síntesis, la fórmula es una orden al juez planteada más o menos en este sentido: "Si resultan verdaderos los hechos expuestos en la *demostratio* y si resulta fundada la pretensión expuesta en la *intentio*, y siempre que no resulte verdadera la circunstancia de hecho o situación de derecho planteada en la *exceptio*, condena, entonces, juez, al demandado a pagar determinada, o a determinarse, suma al actor; si no resultan verdaderos aquellos hechos, o fundada aquella pretensión, o resulta positivo lo planteado en la *exceptio*, absuelve al demandado."

CLASES DE FORMULAS

Según la inexistencia, o el mayor o menor grado de apoyo en el *ius* que tenga cualquier tipo de fórmula instrumentado por el magistrado, se puede hacer la siguiente distinción.

A) Fórmulas con *intentio in ius concepta* (*intentio* basada en derecho).

1) Fórmulas en las que se han vertido las preexistentes acciones del *ius civile*. En ellas el magistrado ha tendido a la simplificación y a una mejor adaptación a los distintos aspectos de hecho o de valoración: con *exceptiones* y *praescnptiones* corrigeó el rigor y formalismo del antiguo *ius* y dio relevancia jurídica a situaciones y modalidades antes no contempladas en el ordenamiento normativo.

2) Fórmulas en las que se extiende el campo de acción de las preexistentes acciones del *ius civile*.

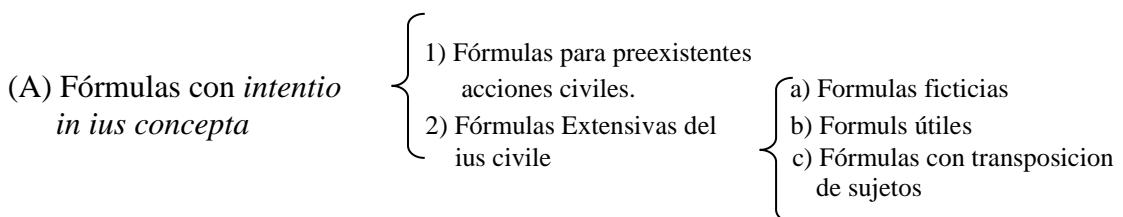
a) Fórmulas ficticias, en las que se ordena al juez que prescinda de la existencia o no existencia de determinada condición o circunstancia y dé su sentencia como si no existiera o existiera respectivamente. Un ejemplo a propósito de la propiedad bonitaria: "Ticio, es juez. Si Aulo Agerio compró y le fue entregado (sin *mancipatio*) el esclavo Sticho, que, si lo hubiera poseído un año, sería suyo según el *ius quiritium*, y a pesar de tu decisión, Numerio Negidio no lo hubiera restituido a Aulio Agerio, condena a N.N. a pagar a A.A. tanto dinero como valga la cosa, y si no ha resultado así [la cuestión], absuélvelo". Aulo Agerio no ha tenido un año de posesión para poder llegar por *jistiicatio* a ser dueño del esclavo, pero se le indica al juez que asuma ficticiamente que ha tenido lugar ese lapso y discriminé, en cambio, las otras condiciones que posibilitan la *usucapió**.

b) Fórmulas útiles, por las que se extiende el alcance de instituciones del *ius civile* a sujetos o situaciones no comprendidos primitivamente. Un ejemplo lo encontramos en la facultad otorgada al comprador en bloque del patrimonio de un deudor —*bonorum*

venditio — de ejercitar, precisamente como útiles, todas las acciones que le competían a éste.

c) Fórmulas con transposición de sujetos. Mediante ellas se superó, por ejemplo, la antigua imposibilidad de obligar al *pater* por deudas contraídas por el *filius* con motivo de la administración del peculio: en la *inientio* figuraba el nombre del *filius*; en la *condemnatio*, el del *paier*, al que por principios de conveniencia y equidad se quería responsabilizar.

(B) Fórmulas *in factum conceptae* (basadas en situaciones de hecho). Con ellas el magistrado tutela situaciones de hecho no contempladas todavía por el *ius* preexistente, pero que en virtud de las *aequitas* y la conveniencia social lo resultan dignas de amparo. Las tiene, pues, previstas en su edicto o, si no las ha previsto, las concede por *decretum repentinum* en los casos concretos en que encuentra mérito.



(B) Fórmulas *in factum conceptae*

CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

La vastísima variedad de las fórmulas marca un fuerte contraste con la limitación y rigidez de las *legis actiones*.

Cada fórmula, como esquema abstracto de juicio entraña un determinado tipo de *actio*. En el edicto del magistrado/ pues, figuran tantas acciones —cuyos términos se dan en otras tantas fórmulas— cuantas son las situaciones o intereses subjetivos considerados dignos de amparo judicial. De allí que acción, desde el punto de vista del sujeto, es el poder, para quien se encuentra efectivamente en una de esas hipotéticas situaciones, de actuar según el esquema procesal específicamente correspondiente.

El proceso formulario gira alrededor de un repertorio de acciones típicas mediante el cual el pensamiento jurídico romano estructura el sistema de lo que para nosotros son los derechos subjetivos. Ese repertorio aparecía clasificado por los juristas según distintos criterios.

ACTIONES CIVILES - ACTIONES HONORARIAE

Las primeras, fundadas estrictamente en el *ius civilis* preexistente, son las involucradas en las fórmulas aludidas como (A) 1) en el título Clases de fórmulas.

Las segundas, dispuestas por el magistrado en el ejercicio de su cargo (*honor*) para tutelar una relación no contemplada expresamente en el *ius*, son las que se dan en las fórmulas comprendidas en (A) 2) a), b), c) y (B) del mismo título.

ACTIONES IN REM - ACTIONES IN PERSONAM – MIXTAE

A través de la distinción procesal entre acciones *in rem* e *in personam* el pensamiento romano formulaba lo que para nosotros es la teoría de los derechos reales y obligaciones.

Las *acciones in rem*, llamadas también *vindicationes*, cuando son dadas en tutela de un derecho real, reclaman del demandado una determinada conducta negativa: la reclamación es posible con respecto a cualquier persona si se trata del derecho de propiedad, y sólo respecto a determinadas si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, específicamente, las determinables por una relación con esa cosa.

Pero también las acciones *in rem* sirven para pretender el reconocimiento de otras situaciones no patrimoniales, como son las de estado; por ejemplo, que se es hijo legítimo.

- En la *intentio* sólo figura, proclamado en forma absoluta, el derecho sobre la cosa, y sólo en la *condemnatio* aparece la designación del demandado.

Las *acciones in personam*, llamadas también *condiciones*, protegían un derecho subjetivo obligacional. Ya en la *intentio* figuraba el actor pretendiendo del demandado una determinada conducta, esto como resultado del vínculo de derecho existente entre ellos.

Las mixtas son aquellas con las que se pretenden atribuciones de derechos reales y de derechos obligacionales.

- Son las acciones divisorias *familiae erciscundae* (división del patrimonio familiar), *comuni dioidundo* (división de un condominio) y *finium regundorum* (demarcación de límites): el juez con la *adjudicatio* puede constituir no sólo derechos reales sino también obligaciones entre las partes.

ACTIONES STRICTI IURIS - ACTIONES BONAE FIDEI - ACTIONES IN BONUM ET AEQUUM CONCEPTAE

Según la amplitud del poder otorgado en la fórmula al juez, se distinguen las acciones *stricti iuris* (de estricto derecho), en las que aquél debe restringirse a lo indicado en la *intentio*, y eventualmente la *demonstratio*; y las *bonae fidei*, en las que la expresión *ex bono, fide* (en base a la lealtad o buena fe), contenida en la *intentio*, autoriza al juez una ampliación en su poder de apreciación y sentencia al indicarle tenga en cuenta criterios de equidad y buena fe en las relaciones entre las partes, relaciones previas al proceso y debidas, por ejemplo, a contratos consensúales, a la fiducia, a la tutela, a la gestión de negocios, etcétera.

No resulta claro si a estas últimas acciones se asimilan plenamente las *in bonum et aequum conceptae* (basadas en lo adecuado y justo), cuya fórmula ordena al juez determinar el monto de la condena según la equidad.

ACTIONES REIPERSECUTORIAE - ACTIONES POENALES - ACTIONES MIXTAE

Son acciones que se distinguen según el fin perseguido. "Las *reipersecutoriae* buscan

la estricta reparación de la pérdida o daño sufrido.

- Son las reales tanto las reales por las que se reclama la restitución de un objeto —acción reivindicatoria, *hereditatis petitio*, etcétera— como las personales por las que se reclamaba una cantidad de dinero en base a un contrato o como reparación por un daño patrimonial producido por un acto ilícito.

Las *poenales* persiguen el pago de una pena pecuniaria, como es el caso de la *actio furti*. Las *mixtae* tienen uno y otro objetivo: por ejemplo las acciones derivadas de la ley Aquilia.

ACTIONES ARBITRARIAE

Son aquellas cuya fórmula contiene la cláusula "*nisi arbitratu iudicis restituatur*" (a no ser que, por lo dispuesto por el juez, sea restituido), que supedita la condena pecuniaria a la no restitución o no exhibición de la cosa.

- El demandado perdedor puede en ese caso retener válidamente la cosa y pagar la *litis aestimatio* fijada por el juez, a menudo de acuerdo a juramento estimatorio del actor, y siempre mayor que el valor de la cosa.

ACTIONES PERPETUAE - ACTIONES TEMPORALES

Al principio no había límite temporal para el ejercicio de las acciones. Pero luego algunas acciones fueron consideradas extinguidas si no se deducían en un determinado plazo a partir del momento en que había nacido la posibilidad de ejercitarlas: el plazo de un año, por ejemplo, para la mayoría de las acciones honorarias. Hubo así una distinción entre acciones perpetuas y temporales.

Pero a fines del Principado se admitió que el demandado por una *actio in rem* pudiera oponer la *exceptio* o la *praescriptio longi temporis* haciendo mérito de haber poseído la *res* por un período de diez años, si el poseedor demandado y el actor, pretendido titular, vivían en el territorio de la misma *civitas*, o de veinte si no era así.

En el 424 a.C. Teodosio II extendió ese criterio a todas las acciones consideradas hasta ese momento perpetuas: todas quedaban extinguidas al no ser deducidas dentro de un plazo de treinta años, aunque la Iglesia tuvo el privilegio de que en relación a los bienes de que era titular las acciones tuvieran una prescripción de cuarenta años.

No obstante, se siguió llamando perpetuas a las prescriptibles a los treinta o cuarenta años, y temporales a las de prescripción más breve.

MEDIOS EXTRAPROCESALES

Basados no en su *iurisdictio*, sino directamente en su *ímpérum* completan la capacidad innovadora del magistrado en el campo jurídico.

(A) STIPULATIONES PRAETORIANAE

Obligando a una parte a que, por medio de una *stipulatio* asegure a la otra un derecho o una compensación, el pretor cubre lo que, de acuerdo con la *aequitas*, es un déficit del ordenamiento jurídico. Ejemplo, la *cautio davmi infecti*.

(B) IN INTEGRUM RESTITUTIO

Un total restablecimiento de la situación anterior. Por ella el pretor anula las consecuencias que han resultado inequitativas de un acto válido según el *ius civile*. Tal la otorgada a los *minores* de 25 años.

(C) MISSIONES IN POSSESSIONEM

Autorizaciones del pretor para que alguien entre en posesión de un bien, o del total, o cuota parte patrimonial de otra persona. Esa posesión varía en sus efectos, desde participar, con currentemente con el original poseedor, en el manejo de la cosa, hasta permitirle al nuevo poseedor una eficientísima y protegida posesión capaz de llevarlo a una *usucapió* *. Y sus propósitos van desde presionar a una parte para inducirla a una determinada conducta—por ejemplo, hacer una *stipulatio praetorianae*—hasta colocar a una persona en condiciones de adquirir una cuota o la totalidad de los bienes de una sucesión *mortis causa*, a pesar de no ser heredero de acuerdo al *ius civile*.

(D) INTERDICTA

Ordenes condicionales que da el pretor, a pedido de parte interesada, a persona determinada para que restituya o exhiba algo o se abstenga de un proceder. La no aceptación de tales órdenes, sobre la base de que no se dan las condiciones, lleva a un proceso frente a un *índex* o a *recuperatores*.

EL EDICTO

Las soluciones que se iban plasmando en las concretas fórmulas con que se otorgaba el *iudicium* se consignaban en el edicto que cada magistrado publicaba al asumir su cargo anual.

Cada nuevo pretor, haciendo suya la experiencia de sus predecesores, trasladará a su propio edicto el contenido de los anteriores (*edictum translatitium*) e incorporará de su cuenta, elementos nuevos.

El edicto es un programa de cómo desarrollará su jurisdicción el pretor; es el compromiso —controlado siempre por una vigilante opinión pública y, desde el 67 a.C, sancionado por la *lex Cornelia*— de, según las hipótesis contempladas, dar acciones, permitir inserción de excepciones, disponer de sus recursos extraprocesales, etcétera. El edicto es, en lo fundamental, un **catálogo de fórmulas** en el que se puede seleccionar la que corresponderá —si el pretor estuviera de acuerdo— como base del *iudicium* que se le habrá solicitado para dirimir una controversia.

En el edicto no hay normas imperativas ni para las personas —ni se crean directamente— ni para las instituciones, pues el pretor no es legislador; pero a través de la promesa de medios procesales o extraprocesales, se induce la sanción de una determinada relación jurídica. Así, por ejemplo, si el pietor en su ciclo prometía conceder una acción contra el acreedor cjne, una vez satisfecho en su crédito, no restituyera un bien prendado en garantía de aquel ciedito, no estaba creando directamente una obligación de restituir, que, por lo demás, no existía todavía en el *ius civile*. Pero, toda vez que el acreedor se sabía expuesto a una acción y a la correspondiente sentencia, puede decirse que indirectamente se sentía

"obligado", en este caso por el *ius honorarium*. Por lo tanto, en la práctica no había que consultar repertorios de leyes o de jurisprudencia: lo importante era encontrar en el edicto la fórmula que ofrecía el pretor, específicamente en consideración a la relación fáctica —no prevista por el *tus*— o jurídica —reglada por el *ius*— en la que una persona se encontraba.

Por todo ello va a resultar fundada aquella afirmación de que el Derecho Romano —por lo menos en su mejor momento— aparece más como un sistema de acciones que como un elenco de derechos subjetivos explícitamente originados en el derecho objetivo.

EL SISTEMA EXTRA ORDINEM

El proceso cognitorio se caracteriza por su carácter público, estatal, frente al de arbitraje privado —sólo encuadrado y reglado por el pretor— que presenta el formulario: no interviene un juez privado sino un juez funcionario, delegado mediato o inmediato del emperador. Se llamó procedimiento extraordinario porque no aparecía la típica bipartición que había sido desde los orígenes de Roma propia del orden o estructura de los juicios privados.

- La *cognitio extra ordinem* no implicaba, necesariamente, que el magistrado o funcionario tratara todo el asunto por sí solo. Se podían dar estas tres posibilidades: a) su intervención total en un proceso unitario; b) delegación completa a otra persona, particular, magistrado o iuris-cionario subordinado; c) *cognitio* en la que puede llegar hasta haber, como en el procedimiento ordinario, dos etapas: en la primera, redacción de una fórmula y la consiguiente *litis contestatio*; en la segunda, actuación de un funcionario que, en este caso, recibe su poder, del magistrado o funcionario delegante, y no como consecuencia de un arbitraje querido por las partes.
- El sistema procesal se adecúa así al nuevo régimen político que se inicia con el Principado y culmina en el Dominado: un poder autocrático, cabeza de una creciente y prolífica burocracia que interviene cada vez más en todos los aspectos —social, económico, cultural— de la vida comunitaria.
- De todos modos, con el sistema *extra ordinem* tomó cuerpo la idea de que la administración de justicia es atributo del Estado, en contraposición con la tradicional postura romana de que la función del Estado era a través del magistrado, sólo regular y moderar un proceso actuado por iniciativa, impulso y voluntad de las partes.

HISTORIA

I. La actuación *extra ordinem* del magistrado se conocía en el ámbito administrativo ya desde los tiempos republicanos. Los romanos no podían concebir que el *populus romanus* pudiera entrar en una relación jurídica en plano de igualdad con los particulares. En una reclamación contra el estado, el particular no podía pretender un juicio ordinario. Debía dirigir su reclamación al magistrado correspondiente —a menudo el mismo que había cumplido el acto cuestionado— para que éste, atendidas las razones —*causa cognitaa*—, decidiera, sin más, la cuestión.

II. Además, ese modo de actuar era el normalmente aplicado en las provincias que formaban el Imperio. Allí los magistrados romanos tenían plena *iurisdictio*, que comprendía el entender totalmente en las controversias y emitir sentencia.

III. Esta modalidad de intervención en la que el magistrado conocía y resolvía en unidad de actuación se extendió durante el Principado, fundamentalmente por tres causas: 1) el emperador fue encargando a magistrados la tutela de ciertas situaciones que hasta el momento no originaban más que obligaciones de tipo moral y que ahora se quería hacer coactivo su cumplimiento: por ejemplo, los fideicomisos y la obligación de alimentos; 2) la creciente extensión del ámbito de competencia de los funcionarios

creados por el emperador hizo que le incumbiera la resolución de numerosos litigios y controversias a propósito, por ejemplo, del acaparamiento y comercialización de granos, locaciones urbanas, posesión de tiendas en la vía pública, etcétera; y 3) la delegación de su *iurisdictio* —por indefinida, precisamente más ilimitada— que fue haciendo el emperador en casos esporádicos, al principio, y luego con asignación de competencias permanentes.

IV. El proceso formulario, ya en decadencia a fines del Principado, terminó completamente cuando los emperadores Constantino y Constante en el 342 a.C. prohibieron el uso de fórmulas al considerarlas peligrosas y rebuscados juegos de palabras. Pero su arsenal de medios técnicos fue, sobre todo por Justiniano, utilizado para implementar el nuevo tipo de proceso basado en esa *cognitio extraordinaria* del período clásico, y que ahora había pasado a ser ordinario.

DESARROLLO DEL PROCESO

CITACIÓN

La citación a juicio dejó de ser una actividad que correspondía al demandante para ser una orden de comparición decretada por el oficial público con la alternativa de, en caso de no presentación del demandado, declararlo contumaz y seguir el juicio en rebeldía.

No había más, pues, aquel carácter convencional y arbitral del proceso formulario, donde las partes se ponían de acuerdo, bajo la dirección del pretor, en los términos de la controversia y en la elección de un juez privado.

- Desde el 322 a.C. ya era obligatoria la *litis denuntiatio*: en un *libellus demintiationis*, el actor presentaba su pretensión y solicitaba al tribunal competente se diera curso a la instancia. Si el juez, tras un breve examen,¹ encontraba seria la *denuntialio*, la comunicaba por un agente del tribunal al demandado, quien, en un plazo máximo de cuatro meses, debía depositar en el tribunal su *libellus contradictorius*. Si no lo hacía, el proceso continuaba en contumacia.

ACTUACIÓN JUDICIAL

Comparecidas las partes o sus representantes en el día fijado, se planteaban en la audiencia, con la intervención de los *advocati* (llamados en consulta), las distintas posturas que llevaban a la formulación o definición de la controversia; eso constituiría la *litis contestatio*, que ya no tenía el efecto extintivo que se daba en el procedimiento formulario. En audiencias sucesivas se producía la prueba con juramentos, testimonios, documentos, etcétera.

- El desenvolvimiento del proceso era desprovisto al máximo de formalidades: rara vez se presentaban escritos, pero la secretaría del tribunal sintetizaba en actas las actuaciones orales. La lucha argumental entre las partes —precisamente por la falta de una previa impostación o reglaje de la litis que limitara el campo controvertido— se prestaba a toda sorpresa y argucia, por lo que se hacía sentir más que antes la necesidad de abogados para asistir a las partes. El juez funcionario apreciaba las cuestiones de hecho —recibía personalmente la prueba— y de derecho, aunque ya vimos que podía delegar algunas funciones a *iudi-ces pedanei* (jueces sentados a sus pies, es decir, subordinados).
- Característica del nuevo proceso es el deber del juez de sujetarse a criterios determinados para la valorización de las pruebas: así se patentiza con las *praesumptiones*, que le significan la obligación de deducir de un hecho cierto la existencia de otro incierto o no probado, al que se le atribuyen consecuencias jurídicas.
- Las presunciones son: *iuris et de ñire* (de y por derecho), en las cuales no se admite la prueba contraria

a la existencia del hecho presumido o deducido; o *iuris tantum* (sólo de derecho), en las cuales se admite dicha prueba.

SENTENCIA

Terminados los alegatos, analizados los resultados de la *inquisitio*, a veces con buen acopio de presunciones, el juez emitía su *sententia* leyéndola a las partes.

La sentencia, si no era absolución, consistía —contrariamente a lo que ocurría con la condena pecuniaria del sistema formulario—, de ser posible, en la condena de la precisa prestación debida más las expensas procesales.

Aquel efecto de la *litis contestatio* de extinguir los derechos obligacionales deducidos en juicio lo tiene ahora sólo la sentencia: mientras ella no sea pronunciada se puede iniciar otro juicio basado en la misma pretensión.

APELACIÓN

La actividad jurisdiccional del emperador, sumada a su enorme *accedoritas*, no podía menos que hacer que los particulares derrotados en un juicio se sintieran tentados a someterlo a su alta revisión. Nació así la institución de la apelación, que se extendió también a otras instancias de la jerarquía burocrática.

Antes, en el sistema formulario, uno sólo podía poner en cuestión un fallo defendiéndose al ser demandado en la consecuente *actio iudicati*. Ahora, en cambio, contra toda sentencia que no fuera en contumacia se podía apelar a una nueva autoridad superior, que volvía a examinar la causa.

EJECUCIÓN

En la *cognitio extraordinaria*, el magistrado o funcionario puede hacer ejecutar su decisión por directa coacción de la fuerza pública. Es posible la prisión por deudas, pero se acostumbra un más ágil y conveniente sistema de ejecución sobre los bienes que en la *bonorum venditio*: personal del tribunal puede ser autorizado a tomar una parte suficiente del patrimonio del deudor y luego de dos meses venderlo para satisfacer al acreedor.

CAPITULO IX

DERECHOS REALES

CONCEPTO DE DERECHOS REALES

Se ha visto que los derechos patrimoniales se distinguen en dos categorías fundamentales: derechos reales y personales u obligacionales.

Suele caracterizarse al derecho real como un señorío inmediato —es decir, sin la intermediación de otra persona— sobre una cosa. Se habla también de una directa relación entre el sujeto y la cosa, en contraposición con el derecho personal, consistente en una relación entre dos personas determinadas, un sujeto activo —porque le compete una acción— y otro pasivo —porque le toca padecer el ser constreñido al cumplimiento de una prestación.

No hay coincidencia en la doctrina en una precisa definición de ambas categorías de derechos; se hace notar, por ejemplo, que no puede haber relación jurídica entre un sujeto y un objeto, sino necesariamente entre personas; que lo que hay en el derecho real es un señorío, más o menos absoluto o limitado, sobre una cosa, posibilitado por una área de libertad de acción que, por la norma jurídica, están obligados a respetar todos los demás miembros de la comunidad. En lugar de entrar en las distintas teorías, se prefiere aquí explicitar algunas diferencias entre derechos reales y personales.

La relación jurídica

Entre titular y todos los otros miembros de la comunidad.	Entre sujeto activo y pasivo de una obligación.
---	---

De quién se espera el deber que cumplimente el derecho subjetivo

Sujeto pasivo indeterminado: todos constreñidos a un deber genérico de abstención. Ese deber se hace específico en el caso de los derechos reales sobre cosa ajena: los sujetos pasivos, entonces, quedan determinados por su actual relación con la cosa: por ejemplo, los sucesivos dueños de un fundo sirviente.	Persona determinada desde el nacimiento del derecho, al quedar como sujeto pasivo por obligación originada de contrato, responsabilidad por acto ilícito, ley, etcétera.
---	--

Contra quién se puede accionar

Contra quien, eventualmente, interfiera en el ejercicio del señorío. La pretensión abstracta <i>erga omnes</i> (contra todos) se traduce o concreta en un poder de accionar contra el individualizado	Contra el deudor que no cumple en su oportunidad la prestación.
---	---

desconocedor o violador del derecho real.

Objetos

Cosas necesariamente determinadas y de existencia actual.	Pueden ser indeterminados. Se trata de actos ajenos que tienen interés patrimonial. En última instancia, gravitan sobre la masa patrimonial, prenda común de los acreedores.
---	--

Cómo es la relación con el objeto

Inmediata, sin necesidad de colaboración activa de ningún sujeto.	Mediata, a través de un dar, un poner a disposición, un hacer o una específica abstención del sujeto pasivo.
---	--

Oponibilidad

Absoluta, persecutoria y prioritaria o preferencial contra quienes adquieran con posterioridad cualquier derecho real sobre la misma cosa.	Relativa sólo al deudor y a sus herederos y concurrente con los otros créditos que obliguen al mismo deudor.
--	--

Estructura y contenido

Debidos al ordenamiento vigente y no modificables por la voluntad de las partes.	Según las libres convenciones de las partes.
--	--

Tipos

Sólo los taxativamente previstos por el derecho objetivo.	Tan variados como la imaginación pueda sugerir dentro de los límites de la licitud jurídica y moral.
---	--

Extinción

Por acto unilateral -abandono	Por los modos explicados en el capítulo "Efectos y extinción de las obligaciones".
-------------------------------	--

Ventaja económica

No se agota por el ejercicio del derecho: éste y la posibilidad de provecho tienen la misma duración.	Es un derecho de expectativa: se concreta la ventaja económica en el momento del cumplimiento de la prestación; se agota, entonces, el derecho.
---	---

Función económica

Apropiación y disfrute de los bienes.	Organización jurídica de los servicios.
---------------------------------------	---

GÉNESIS DE LOS DERECHOS REALES

I. La doctrina romana no presenta ni una elaboración dogmática ni una terminología técnica unitaria para los derechos reales desde el punto de vista del derecho sustancial. Acostumbrados a analizar los fenómenos jurídicos en su dinámica procesal, dieron comienzo a la actual discriminación con su oposición entre las acciones reales y las personales.

II. Desde el principio la *vindicatio* o acción real se identificó con el primer derecho real, el *mancipium*, poder unitario y absoluto del *paterfamilias*. De ese derecho real absoluto se irán desglosando poderes y derechos sobre personas y cosas de la familia: también ellos serán tutelados con acciones reales.

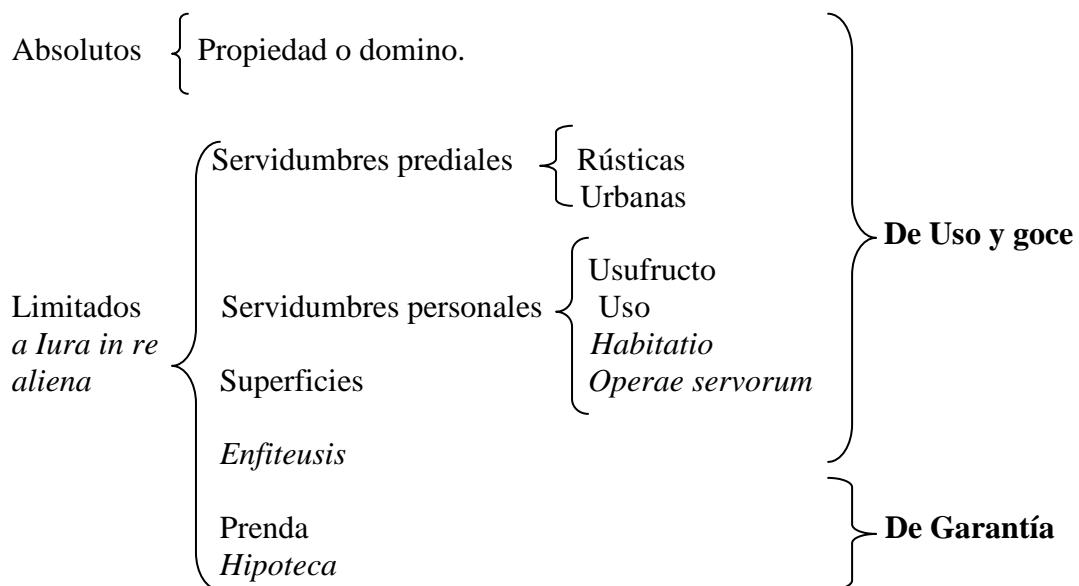
III. Los derechos llamados posteriormente *iura in re aliena* (derechos en cosa ajena) no tienen otra definición unitaria que la de ser derechos reales limitados: reales por la acción *in rem* y limitados porque abarcan sólo una parte específica del bloque de facultades constituido por el dominio.

IV. Esos derechos reales brotaron no sistemática, sino empíricamente, de acuerdo con las necesidades socioeconómicas, y lo que los caracterizó fue —aparte de aparecer como un recorte sobre el ilimitado señorío primitivo del *mancipium*— que, por razones pragmáticas y no dogmáticas, se les fue concediendo la eficacia de una *actio in rem* —*vindicatio*— con una progresiva extensión *erga omnes* (frente a todos), que en los comienzos sólo se concebía para el dominio o propiedad.

V. Los primeros de esos derechos fueron las servidumbres rústicas, consideradas, ya de antiguo, *res mancipi*; luego las urbanas. También antiguos son el **usufructo** y el **uso**, convertidos en reales al ser dotados de una acción *in rem*: con ellos y los derechos de *habitatio* y *operae servorum* de la época justiniana la doctrina elaboró el concepto de **servidumbres personales**. Del derecho honorario se originará el *ius in agro vectigali* (derecho real sobre tierra pública), que será absorbido por el de **enfiteusis**, que al igual que la *superficies*, es de la época posclásica. También de origen honorario, tomarán cuerpo los derechos reales de **prenda** e **hipoteca**, considerados como de garantía, en contraposición a los otros de uso y goce, porque no proporcionan otra ventaja

económica que la de garantizar una obligación.

DERECHOS REALES



LA PROPIEDAD

Los regímenes de apropiación y disfrute de los bienes no se han estructurado en todos los pueblos de la misma manera.

Nuestra noción de propiedad alude a la creación romana en ese campo, creación que se ha transmitido al occidente y al mundo entero en la medida en que éste se ha occidentalizado.

La propiedad, más que definida, intuida en esa versión romana, se presenta como el potencialmente más pleno y absoluto señorío jurídico sobre una cosa corporal.

- Señorío, porque hay un poder directo e inmediato sobre la cosa qui en su origen histórico y en su designación —*mancipium, dominium*— tiene un contenido, o al menos un reflejo, de soberanía política.
- Jurídico, no porque —como es obvio— el derecho objetivo lo sanciona y protege, sino por su carácter ideal, que puede prescindir del efectivo poder o control sobre la cosa, contrariamente a lo que ocurrirá con la posesión, que requiere un efectivo poder de hecho.
- Potencialmente más pleno y absoluto, por la plenitud de facultades, que no se agota en una enumeración y que se presenta como un todo unitario potencialmente entero, aunque, de momento, el ordenamiento jurídico o la voluntad de los titulares haya desglosado o limitado algunas de esas facultades.
- Sobre cosa corporal, porque era extraña a los romanos la idea de una propiedad sobre inmaterialidades, como ser una creación de la imaginación: invento científico, obra literaria, nombre comercial, etcétera.

CARACTERES

El dominio o propiedad romana presenta los siguientes caracteres, resultado de las modalidades de su génesis y desarrollo históricos.

ABSOLUTA

No porque no pueda haber limitaciones, sino porque todas las facultades del titular que no están taxativamente prohibidas o limitadas quedan indeterminadas e infinitas. Resultado de ese carácter es la modalidad elástica del derecho de propiedad: si su contenido, verdadero bloque unitario de indeterminadas e infinitas facultades, se halla en algún momento restringido por límites —siempre taxativamente determinados por el ordenamiento jurídico o las convenciones privadas—, al desaparecer cualquiera de éstos, el derecho de la propiedad recobra automáticamente el campo perdido.

También se vincula al carácter de absolutez esa tendencia de la propiedad sobre una cosa a ejercer —dándose las condiciones legales— una especie de atracción de la propiedad de las cosas que se le unan natural o artificialmente, lo que se concreta en la institución de la accesión.

PERPETUA

No se extingue por el no ejercicio, ni lleva en sí una causal de extinción, ni puede ser constituida por un plazo determinado. Sí, en cambio, puede pactarse que el adquirente debe retransmitirla al cabo de un tiempo al transmitente.

EXCLUSIVA

No se concibe una simultánea titularidad de dos o más sujetos sobre una misma cosa. Para superar esta imposibilidad se concebirá el condominio *, basado en la coexistencia de varios derechos de propiedad de distintos sujetos, pero sobre partes alícuotas o ideales de una cosa.

DENOMINACION

I. Los romanos, técnica y ritualmente, afirmaban la existencia de un derecho de propiedad con expresiones como "*haec res mea est*" ("esta cosa es mía"), o "*haec res Aulii Agerii est*" ("esta cosa es de Aulio Agerio"). Queda en evidencia la identificación plena, para los romanos, del derecho con la cosa: no se tiene un derecho de propiedad sobre una cosa, se tiene una cosa. También en la época clásica no hablaban de la transferencia de la propiedad, sino de una *travslatio rei* (transferencia de la cosa).

II. Por lo demás, sólo en el siglo I a.C. empezará a identificarse el derecho de propiedad con una palabra, hasta ese momento de amplio y genérico significado: *dominium*, proveniente de *dominus*, el señor, el dueño de la *dormís* (la casa, el ámbito donde se vive).

Hasta entonces el derecho de propiedad estaba comprendido en la denominación de *mancipium* con que se venía designando de antiguo el poder unitario, indiscriminado y omnicomprensivo del *paterfamilias* sobre la totalidad de elementos humanos y materiales que integraban la *familia*.

III. Sólo en la época posclásica se empezó a designarlo con el vocablo *proprietas*, que en un primer momento había servido para caracterizar la íntima —*proprius*; más cercano— o *nuda* propiedad frente al usufructo.

HISTORIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La existencia y modalidades de la propiedad en los tiempos arcaicos son difíciles de precisar. En primer lugar, por las escasísimas referencias que nos han llegado; en segundo, porque lo que nuestra mente, analítica y sistematizadora, discrimina como derecho de propiedad, aparece en las vivencias de las sociedades antiguas confundido con lo que para nosotros son otros poderes, atribuciones o derechos: soberanía política, poder correccional, autoridad paterna, gerencia de intereses comunes, etcétera.

De los pocos indicios, puestos en correlación con datos de otras comunidades primitivas, puede aventurarse el siguiente hipotético cuadro de evolución de la propiedad romana.

I. En la etapa precívica —la del ordenamiento gentilicio— parece haber habido 1) un régimen colectivo de apropiación y disfrute de la tierra (o más bien un ejercicio de poder soberano sobre ella); 2) una titularidad familiar a) sobre elementos de producción (esclavos y bestias de tracción), b) sobre los rebaños y lo cosechado por el grupo; 3) una asignación —sin relevancia jurídica— a cada individuo de los bienes de uso individual (vestimenta y utensilios).

A nuestro entender, pues, no hay todavía propiedad privada individual: si bien el *pater familias* tiene involucrado en su *mancipium* un irrestricto poder de disposición de lo enumerado en 2), lo hace como jefe del grupo y no como titular de una asignación de bienes que, en realidad, la comunidad siente y reconoce para el grupo familiar.

En una economía de autoabastecimiento los intercambios de grupo a grupo son escasísimos; los que podían tener alguna importancia eran los que hemos llamado medios de producción, que serán las primeras *res maucipi*, por destacarse sobre la disposición y manejo de ellas el poder (*mancipium*) del *paterfamilias*.

II. La primera referencia de propiedad privada en Roma nos la da la tradición que atribuye a Rómulo el haber distribuido entre los *patres* lotes de una media hectárea (*heredium*), que debieron de haber constituido un pequeño huerto rodeando la casa familiar y que fueron transmisibles a los herederos. Aunque creemos que esta noticia fue una anticipación de lo que realmente debe de haber tenido lugar cuando los reyes etruscos, en el siglo VI a.C, asignaron tierras conquistadas, de todos modos, lo exiguo del terreno nos probaría que la actividad pastoril en tierras de la comunidad era la mayor fuente económica para la familia.

En el suelo romano de los primeros tiempos deben de haber coexistido, pues, "propiedad" comunitaria abierta a los ganados de todos y la "propiedad" privada de cada grupo familiar.

III. Cuando la *gens*, en virtud de los procesos federativos que llevaron a la ciudad estado, fue perdiendo su carácter de unidad política autónoma, su señorío territorial se fue diluyendo en la soberanía que titulizaba la *civitas* y el dominio que sobre las tierras, antes de pastoreo comunitario, fueron desgajando las familias agnáticas.

Ahora bien, aquel dominio familiar del suelo era más bien un perpetuo derecho de usufructo para la familia, concebida como una unidad integrada también por todas las

generaciones de antepasados y por la posteridad. El jefe de familia aparecía como el gerente de ese usufructo, por cierto, inalienable.

Pero, en tanto en los otros pueblos la tendencia individualista fue llevando a la idea de una copropiedad de los miembros que se tradujo en un cogobierno con el jefe de familia, o, por lo menos, en facultades de control de la actividad de éste, en Roma, en cambio, tal vez circunstancias más duras llevaron a una consolidación del manejo de la cosa familiar en las manos del *pater*, que llegó a extender su autoridad, incluso, más allá de su muerte, al corresponderle designar a su sucesor en la jefatura del grupo.

IV. Su *mancipium*, que, ya vimos, en lo económico era una jefatura gerencial originaria, es decir, sin representación, al sumergirse los grupos en el más complejo contexto de la *civitas*, acentuarse la importancia y frecuencia de las relaciones exteriores al grupo y predominar el manejo de los bienes sobre el mando de las personas, se fue caracterizando como un poder individual de disposición que fue obnubilando el sentimiento de que las cosas estaban afectadas a todo el grupo familiar. Es decir, llegaron a confundirse en el *paterfamilias* el titular de asignación y el de disposición: había nacido la propiedad privada e individual, tal como lo atestigua la ley de las XII tablas.

V. Quedó definido así el *dominium ex iure quiritium* (propiedad quiritaria):

- (A) titulariado sólo por un *sui iuris* romano,
- (B) recayendo sobre cualquier mueble, pero sólo sobre inmueble raíz ubicado en territorio de la ciudad estado de Roma (*ager romanus*) y
- (C) sólo transferible, si se trataba de *res mancipi*, por medio de una *mancipatio* o una *in iure cessio*.

En los casos de apropiación en que alguno de estos tres supuestos faltaba se presentaban situaciones que, por conveniencia social o equidad, fueron mereciendo un régimen de tutela que configuró tres tipos de "propiedad":

- (A) la **peregrina** cuando el titular no era ciudadano romano;
- (B) la **provincial** cuando el objeto era un fundo ubicado en el *ager publicus* * (especialmente el territorio provincial), y
- (C) la **bonitaria** cuando una *res mancipi* simplemente tradicionada —sin los actos formales de la *mancipatio* o la *in iure cessio*— u otras *res* en otras hipótesis que le fueron asimiladas, no se consideraban comprendidas en el *dominium* quiritorio de una persona, pero sí *in patrimonio* o *in bonis* (entre los bienes).

VI. Pero estos tres tipos de "propiedad" entraron en proceso de equiparación o unificación con la quiritaria.

- (A) La constitución de Caracalla suprimió casi totalmente las diferencias en materia de ciudadanía.
- (B) La equiparación de status de las distintas regiones del Imperio borró las diferencias basadas en la ubicación en el *ager romanus* o en el *ager publicus*.
- (C) La decadencia de la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi* quitó el fundamento que había hecho necesaria la "propiedad" bonitaria.

En la época justiniana hay, pues, una sola clase de propiedad, que conserva lo esencial de la quiritaria, pero que presenta de la provincial la condición de sujetabilidad al impuesto fundario y a límites en el interés público, y de la bonitaria, la ausencia de formas solemnes de transmisión.

CONTENIDO

La doctrina romana no definió la propiedad ni su contenido. Sólo los glosadores medievales lo intentaron; su más corriente formulación es aquella de *ius utendi et abutendi re sua* (derecho de usar y disponer plenamente de la cosa propia) a la que se le suele añadir, pleonásticamente, *ius fruendi* (derecho de gozar).

Los caracteres de absoluta y elástica que definen a la propiedad hacen que resulte más práctico determinar negativamente el contenido de aquélla a través de los límites que el ordenamiento legal fue imponiendo a la plenísima facultad de aprovechamiento y disposición de la cosa.

Se pasó de un régimen de absoluta libertad, de una excluyente soberanía del *paterfamilia* —sobre un fundo cerrado (*ager limitatus*) con límites sagrados y con un espacio libre alrededor para que la necesidad del tránsito no impusiera servidumbres legales de paso—, a otro en que se regulan limitaciones en razón del interés colectivo y de los vecinos.

Se distinguen así limitaciones de derecho público y de derecho privado.

No se considera limitación, en estricto sentido, la eventual coexistencia, con la propiedad de los llamados derechos reales sobre cosa ajena.

LIMITACIONES DE DERECHO PUBLICO

I. En la ley de las XII tablas y en estatutos de municipios se encuentra la prohibición de enterrar o cremar cadáveres en fincas urbanas.

II. El pasaje forzoso, sólo impuesto: (A) provisionalmente mientras dure la intransitabilidad de un camino público; (B) permanentemente en favor de quien tiene el *ius sepulcri* para allegarse hasta el lugar *religiosus* *.

III. Los fundos colindantes con ríos navegables deben soportar el uso de la ribera para las maniobras necesarias a la navegación.

IV. En el período clásico ya son numerosas las reglamentaciones en cuanto a la altura, distancia y estética de las construcciones edilicias.

V. Desde el 382 d.C. se concede el excavar en busca de minerales en fundos ajenos, siempre que se pague un décimo de lo logrado al propietario y otro al fisco.

VI. Desde el 292 d.C, los fundos objetos del *dominium ex iure quiritium* fueron sometidos a impuesto territorial y perdieron así esa condición de inmunidad que distinguía a ese *dominium* de los otros tres tipos de propiedad.

VII Si bien la expropiación por causa de utilidad pública no es tratada ni aludida en las fuentes clásicas, algunas disposiciones, a partir de Teodosio TT (muerto en el 450 d.C), que facultaban a funcionarios a demoler edificios con indemnización a los propietarios, parecieran confirmar la existencia de tal institución.

LIMITACIONES DE DERECHO PRIVADO

I. Desde las XII tablas se podrá exigir al vecino el corte hasta 15 pies de altura de las ramas de un árbol extendido más allá del límite.

II. También desde esa ley se tenía el derecho de pasar en días alternos al fundo contiguo a recoger los frutos de las plantas propias.

III. En casos de un fundo incomunicado como resultado de una acción divisoria, el juez podía imponer en la *adnidicatio* una servidumbre de paso.

En el derecho justiniano se extiende esa institución a otros supuestos de incomunicación.

IV. Sobre la base del principio de que las aguas deben fluir en forma natural, se concedió una *actio aquae pluviae arcendae* contra el propietario que construyendo o destruyendo obras o defensas alterase ese fluir en detrimento del vecino.

V. Algunas disposiciones en el derecho justiniano que ponían otras restricciones a la propiedad inmueble por razones de vecindad, han dado pie a que los juristas medievales elaboraran la doctrina de la prohibición de los actos *ad aemulatiouem*, hechos por el propietario no para su beneficio, sino con el fin de dañar al vecino. De todos modos, en los textos clásicos no se encuentra nada en tal sentido y es cuestión controvertida si un principio general con esa finalidad fue introducido luego por el cristianismo.

CONDOMINIO

Es la coexistencia de dos o más titulares del derecho de propiedad sobre una cosa.

I. Primitivamente, la única forma de condominio era el *acto non cito*, que se constituía automáticamente entre los descendientes sometidos a la inmediata patria potestad del *pater*, cuando éste moría. A cada miembro correspondía la plenitud del *dominium*, cada uno cumplía válidas manumisiones del esclavo en común o *mancipationes* de las cosas en común. Un *ius prohibendi* (derecho de veto) completaba la semejanza del ejercicio de ese condominio con la colegialidad de la magistratura.

II. Surgió luego un nuevo tipo de condominio basado en la idea de que el derecho de cada uno a la totalidad de la cosa está limitado por el concurrente derecho de los otros a una porción o cuota ideal, que acrece automáticamente ante el abandono que de las cuotas ideales realicen los condóminos; por ejemplo, si alguno manumite un esclavo común, éste sigue en propiedad de los otros condóminos, ahora con sus cuotas acrecentadas en proporción.

III. Cada condómino ejerce sus facultades por su cuota: transfiere, da en usufructo o en prenda, reivindica, adquiere los frutos, etcétera.

Tratándose de actos comunes de utilización de la cosa, cada condómino los cumple sin previo consentimiento de los otros, el que sí es, en cambio, necesario para actos que signifiquen innovación: de no otorgarse dicho consentimiento, subsiste, para el condómino no consentidor, el *ius prohibendi* en la forma de un derecho a obtener un

retorno a la situación anterior al acto no consentido.

En el derecho justiniano se tendió, en cambio, a: 1) considerar al *ius prohibendi* sólo como defensa previa a la concreción del acto no querido y 2) a organizar un régimen de decisión por mayoría de cuotas.

IV. Siempre a salvo, claro está, el derecho a poner fin al condominio, concebido, por lo demás, como temporal, por lo que no se admitía un pacto de perpetuidad. Lo más común era la *actio communi dividundo* para un condominio no resultante de una herencia.

En esa acción la *condemnatio pecuniaia* podía servir no sólo para compensar —si las adjudicaciones de las partes no podían corresponder exactamente a las cuotas—, sino también para reglar todos los créditos surgidos entre los titulares del condominio con motivo de éste.

MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

Son los **hechos jurídicos** que establecen la adquisición por parte de una persona determinada del derecho de propiedad sobre una cosa.

Las fuentes romanas distinguen entre modos de adquisición del *ius naturale* o *ius gentium* —comunes a todos los hombres, porque tenían su base en la *naturalis ratio*— y modos propios del *ius civile* —reservados exclusivamente para los ciudadanos romanos, aunque la *mancipatio* se le permitiera a los no ciudadanos dotados de *ius commercii*.

Otra clasificación moderna, aunque alejada del pensamiento romano, es, sin embargo, preferible para orientarse en esta materia que los romanos no sistematizaron completamente: la de modos derivativos y modos originarios, según que el derecho se origine para su titular, con relación jurídica o sin ella, de éste con un precedente titular.

MODOS DE ADQUISICIÓN

	Ius gentium y naturale	Ius civile
Originarios	Ocupación Accesión Especificación <i>Confusio-commixtio</i> Adquisición de los frutos	<i>Usucapió</i>
Derivativos	Tradición	<i>Mancipatio</i> <i>In iure cessio</i> <i>Adiudicatio</i> <i>Litis aestimatio</i>

MODOS ORIGINARIOS

Ocupación. — Consiste en la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*), con la voluntad de tenerla como propia.

I. Objeto de ocupación: son la isla aflorada en el mar; en un río —si los fondos ribereños son *limitati*—; las cosas encontradas en el litoral marítimo; los animales que viven en estado natural, es decir los salvajes, en contraposición a los domésticos; las *res hostiles*, es decir las cosas pertenecientes a los enemigos, con exclusión del botín bélico y del suelo.

- Las cosas abandonadas por sus dueños con signos evidentes de no quererlas tener más propias resultan, según criterio de los sabinianos, que hace suyo Justiniano, *res nullius* desde el instante del abandono y su adquisición se opera por ocupación. Según los procul-leyanos, la pérdida de la propiedad sólo tiene lugar en el momento de su apoderamiento por otra persona. Se ha llegado a establecer en este caso una analogía con la llamada *traditio in incertam personam* (tradición a persona indeterminada): tal la que tiene lugar cuando se arrojan monedas a la multitud.
- No, parece haber existido derechos exclusivos de caza; aun con prohibición del dueño del fundo y al margen de indemnizaciones o sanciones, la adquisición del animal tenía lugar, según los encontrados criterios, sea por haberle solamente imposibilitado la fuga, sea por haberlo capturado efectivamente.
- Los animales salvajes si, domesticados, se han escapado pueden ser objeto de ocupación si no tienen o han perdido la *consuetudo revertendi* (el hábito de retornar).

II. Del régimen general de la *occupatio* se destaca, a partir de Adriano, una de sus especies: la adquisición del tesoro. Según se define en el "Digesto", "tesoro es cualquier antiguo depósito de dinero [o cosas preciosas] del que no queda recuerdo, de tal manera que ya no tiene dueño". Si era encontrado 1) en fundo propio o, por azar, en lugar sacro o religioso, correspondía plenamente al descubridor; 2) si también por azar, en fundo ajeno o público, el tesoro correspondía por mitades al descubridor y al dueño del fundo o al fisco, respectivamente; 3) si era encontrado en fundo ajeno como resultado de una búsqueda (*data apara*), no le correspondía nada al descubridor y sí la totalidad al dueño del fundo.

Accesión. — Bajo ese nombre se agrupan tradicionalmente varias hipótesis de unión entre cosas de distintos dueños, de las que una se considera principal y atrae para su dueño la propiedad de la otra u otras, consideradas accesorias.

La determinación del carácter de principal generalmente se basa en la función económico-social del todo resultante.

I. Un primer grupo de hipótesis lo constituyen las accesiones de inmueble a inmueble, debidas a los incrementos fluviales.

- *Aluvio*, cuando partículas de tierra llevadas por la corriente incrementan paulatina e insensiblemente un fundo ribereño.
- *Avulsio*, cuando una porción de tierra impulsada por la corriente se adhiere en forma estable a un fundo ribereño.
 - En estos dos casos hay una adquisición irrevocable.
- *Ínsula in flumine nata*, cuando aflora una porción de tierra en medio del río.
- *Alveus derélictus*, cuando al abandonar su curso, el río, queda su lecho, entera y establemente abandonado por la corriente.
 - En estos dos casos hay también una adquisición irrevocable a favor del propietario del fundo ribereño, dentro de la línea media del río y las rectas perpendiculares a ésta, que sean trazadas desde donde los confines del fundo tocan la ribera.

Todas estas accesiones tienen lugar siempre que los fundos no sean *limitati*, es decir, rodeados de ese límite de cinco pies que era característico del fundo objeto del *dominium ex iure quiritium*. En este otro supuesto no juega la accesión sino la adquisición por ocupación.

II. Un segundo grupo de hipótesis se refiere a la accesión de muebles a inmuebles.

- *Plantatio y seminatio*: hay adquisición irrevocable de las semillas germinadas y plantas arraigadas.
- *Inaedificatio*: se produce la adquisición para el dueño del fundo de la propiedad de lo edificado por él; pero, en razón del interés público, la propiedad de los materiales de construcción era preservada, desde la ley de las XII tablas, al dueño de ellos. Este no podía, sin embargo, intentar la *actio ad exhibendum* (acción para que se presente, se exhiba [ante el tribunal la cosa mueble para ser identificada a los efectos de una posterior reclamación de ella o a causa de ella]) y la reivindicación hasta quo la destrucción del edificio pusiera término a la accesión. Pero, tratándose de materiales objeto de un *furtum*", al propietario se le otorgaba una acción penal que imponía al propietario del fundo una multa del doble del valor de los materiales. Aun así, le era posible reivindicar los materiales una vez desaparecido el presupuesto material de la accesión. Justiniano, empero, estableció la disyuntiva: o esta acción —que pasa a ser, entonces, indemnizador— o la *reivindicatio*.
- Para el supuesto contrario —una persona construye con materiales propios en un fundo ajeno— hay la siguiente casuística: (A) nunca tiene derecho a demoler para retirar sus materiales; (B) si es de buena fe y conserva la posesión de lo edificado, puede interponer la *exceptio doli* ante la *reivindicatio* del propietario del fundo y conseguir así el resarcimiento de las *impensaes* necesarias y útiles; (C) aun siendo de buena fe, no tiene acción si ha perdido la posesión; (D) si es de mala fe y conserva la posesión, podría tal vez retenerla hasta el resarcimiento de los gastos necesarios, pero no podía nunca reivindicar sus materiales; (E) Justiniano, en cambio, reconocerá —aun al de mala fe— el *ius tollendi* (derecho de alzar, sacar) con respecto a los materiales no imprescindibles a lo edificado, y aun reivindicar, una vez terminada la existencia del edificio.

III. Un último grupo de hipótesis concierne a la accesión de muebles a muebles.

- *Plumbatura. Ferruminatio*: Según que la adhesión de cosas metálicas ocurra con intermediación de otro metal o sin ella —generalmente plomo—, la adquisición se considera revocable o irrevocable respectivamente.
- *Scriptura, tinctura*: Los materiales de escribir y de teñir acceden al material escrito o teñido.
- *Pictura*: Por el contrario, se abrió camino la opinión —aceptada por Justiniano— de que la tela o tabla pintada accede a la pintura.
- *Textura*: Se considera revocable la adquisición de los hilos por parte del dueño del cañamazo o de tela bordada.

IV. En cuanto al eventual derecho del propietario de la cosa accesoria a ser indemnizado por la pérdida sufrida, hay que discriminar la revocabilidad o no de la adquisición sobre la base de la posibilidad material o legal de terminarse el estado de accesión.

- Si era revocable se ejercía una *actio ad exhibendum* para obtener la separación de la cosa accedida y proceder así a su reivindicación. Así, en los casos de *textura y plumbatura*. No en el caso de *inaedificatio*, en que tal accionar era suspendido mientras durara el edificio.
- Si era irrevocable, habríanse otorgado en la época justíniana acciones *in factum* para obtener el resarcimiento. En el derecho clásico se le concedía al dueño de la cosa accesoria que se hallase en posesión de la primera —por ejemplo, el tintorero, el constructor de buena fe de un edificio con materiales propios en fundo ajeno— una *exceptio doli* ante la reivindicación planteada por el dueño de la última. Con ello podía conseguir el total valor estimado de la cosa accesoria.

Especificación. — Para que pueda plantearse el problema de si existe o no especificación —adquisición por transformación en una especie nueva— se requiere:

- 1) transformación en una especie nueva,
- 2) efectuada por quien no es el dueño de la especie original,

- 3) sin consentimiento del dueño y
- 4) con el ánimo de tenerla para sí.

I. Los sabinianos entendían que la especie nueva seguía perteneciendo al dueño de la materia original: no hay, pues, especificación.

Los proculeyanos, que el autor de la nueva especie la ha adquirido: hay especificación.

II. Justiniano distingue: según no sea o sea posible volver las cosas a su estado primitivo habrá especificación $x > \text{no}$, respectivamente.

En el derecho clásico no se exigía la buena fe —en este caso, la ignorancia en cuanto a la propiedad de la cosa— del especificador, pero Justiniano la hace condición necesaria para la adquisición. También establece que habrá especificación en todos los casos en que el especificador —de buena fe, claro está— haya utilizado parte de materia suya.

Confusio y commixtio. — La primera es una mezcla de cosas líquidas o en fusión; la segunda, de cosas sólidas. En ambos casos, siempre que no pueda hablarse de cosa principal y accesoria ni de una especie nueva resultante de la mezcla.

Los propietarios de las cosas mezcladas, según que fuera impracticable o no la separación, eran considerados condóminos en forma proporcional o podían reivindicarlas.

No había, pues, adquisición en la mezcla, a no ser en el caso de monedas: quien recibía, a cualquier título, monedas y las mezclaba con las suyas, las adquiría en virtud de la *commixtio*. Quedaba, por cierto, obligado ante los primitivos dueños, que no podían reivindicar pero sí intentar las acciones personales correspondientes.

Adquisición de los frutos naturales. — El problema se plantea a partir de la separación de la cosa fructífera; sólo entonces tienen una individualidad propia, pues estando pendientes forman parte de la cosa.

Por regla general son adquiridos por el dueño de la cosa fructífera, pero a veces por terceros que tienen sobre ella algún derecho real, o personal, o la poseen de buena fe.

Por la simple separación (*separatio*) los adquieren los en-fiteutas y los poseedores de buena fe, si bien éstos, en el derecho justiniano, están obligados a restituir al propietario reivindicante los no consumidos.

Por percepción (*perceptio*) adquieren los usufructuarios y los arrendatarios. En este último caso se consideraba una especie de *traditio*, en tanto acaecía la percepción por voluntad del dueño; y estaríamos, entonces, ante un modo de adquirir derivativo.

Usucapió. — Es el modo de adquisición mediante la posesión —*usus*— por un cierto tiempo y con concurso de otros requisitos.

I. Ya la ley de las XII tablas regulaba: *usus auctoritas jundi biennium, ceterarum rerum annus esto* (la posesión y la *auctoritas* sea de dos años para el fundo y de un año para las restantes cosas). Quedaba así establecida, correlativa y complementariamente, que la garantía de evicción (*auctoritas* *) debida por el que daba en una *mancipatio* debía durar lo necesario hasta que en virtud de la *usucapió* quedara confirmado el derecho de propiedad del que había recibido la cosa en esa *mancipatio*.

La *usucapió* venía así a superar toda duda en cuanto a la pertenencia de una cosa y evitaba la necesidad de remontarse en el tiempo para ir justificando la legitimidad de los títulos de los distintos propietarios sucesivos. Es decir, la *usucapió* obviaba lo que los comentaristas llamaron la *probatio diabólica*, por la dificultad, rayana en la imposibilidad, de probar los orígenes de un determinado dominio.

II. La adquisición por *usucapió* era sólo posible —como institución que era del *ius civile*— a propósito de cosas susceptibles del *dominium ex iure qidritium* —no de los fundos provinciales, por ejemplo— y de sujetos que fueran ciudadanos romanos.

Por ello las XII tablas parecen haber establecido que, como los extranjeros no podían usucapir, quienes les habían transferido cosas estaban obligados a prestarle indefinidamente la garantía por evicción (*adversus hostem aeterna auctoritas*).

III. El derecho arcaico y preclásico no imponía para la *usucapió* otra condición que la de no recaer sobre cosas furtivas —objeto de un *furtitum**— o poseídas con un acto inicial de violencia (*res vi possessae*).

Pero con el tiempo, de acuerdo con las crecientes exigencias de equidad, eticidad y observancia de la buena fe, se fueron añadiendo otras condiciones hasta ser, al fin de la época clásica, cinco, que los comentaristas medievales resumían en un verso hexámetro:

res habilis, titulus fides, possessio, tempus

(A) *Res habilis ad usucaptionem*. — La cosa debía ser susceptible de *usucapió*. No lo eran las *res extra commercium*, las cosas furtivas, las *vi possessae*, los regalos hechos en provincia al promagistrado, las cosas del fisco y personales del emperador, los fundos de la dote o los rústicos del pupilo, etcétera.

(B) *Titulus*. — Es la *iusta causa usucaptionis*, hipótesis que habría justificado la inmediata adquisición de la cosa si no hubiera habido algún vicio o defecto en el acto de transmisión. Por ejemplo, el *titulus pro emptore*, *titulus pro donato*, *titulus pro dote*, *Uetus prn soluto*, cuando c) usucapiente posea una cosa en base, respectivamente, a compraventa, donación, constitución de dote o cumplimiento de una prestación, sin haber devenido propietario con la *traditio*, sea por tratarse de *res mancipi*, sea por haberla efectuado un no dueño (*a non domino*); el *titulus pro legato* cuando se recibió legado *per vindicationem* hecho *a non domino*; el *titulus pro derelicto* cuando la cosa derelicta no fue adquirida por ocupación, en razón de haber sido abandonada por un poseedor *non dominus*; etcétera.

En el derecho clásico era controvertida la admisibilidad de un *tituliis putativus*, es decir, existente sólo en el pensamiento —*paitare* (pensar)— del alienante o adquirente, pero no en la realidad de las cosas: por ejemplo, una tradición hecha en base a un contrato de compraventa inexistente.

Pero Justiniano lo admitió como posibilitador de la *usucapió* siempre que el error del usucapiente fuera un *error tolerabilis*.

(C) *Fides*. — La *bona fides* aludía a la convicción del usucapiente de que su posesión no era lesiva del derecho de otra persona. Esta convicción era exigida, con respecto al momento inicial de la posesión: *mala fides supervenialis non nocet* (la mala fe sobreviniente no perjudica [a la posesión]).

(D) *Possessio*. — Naturalmente la posesión era *ad usuca-pionem* —es decir *civilis* o *bonae fidei*—. Una interrupción, aunque momentánea, requería recomenzar la posesión.

(E) *Tempus*. — Antes de su fusión con la *praescriptio longi temporis*, el período de posesión exigido para la *usucapió* seguía siendo el de la ley de las XII tablas: dos años para los inmuebles y uno para las cosas muebles, pero para la *usucapió hereditatis** se requería tan sólo un año —aunque la herencia comprendiera inmuebles—, toda vez que

se consideraba que recaía no sobre las cosas que la constitúan, sino sobre la *hereditas* como conjunto.

FUSIÓN DE LA USUCAPIÓ CON LA PRAESRIPTIO. — La *praescriptio longi temporis* era un modo típico de mantener la *posse-ssio* o *usvsfructus* de los fundos provinciales. En realidad, era una *exceptio*, de la época de los Severos, que se oponía a una *reivindicatio utilis* —*utilis* porque no reivindica un *dominium ex iure quiritum*, sino una propiedad provincial—. Podía invocarse cuando se había poseído por más de diez o veinte años según el titular fuera de la misma *civitas* en que estaba el fundo provincial o no.

La *praescriptio l. t.* no era en realidad un modo o título de adquisición de esa propiedad, sino un medio procesal apto para tutelar la disposición del fundo provincial. En el derecho justiniano, desvanecidas las diferencias entre los distintos tipos de propiedad, se funden la *usucapió* con la *praescriptio l. t.* La palabra *usucapió* ya había comenzado a usarse con referencia a la adquisición de las cosas muebles, para la que se requirió un plazo de posesión de tres años. La *praescriptio l.t.* designó entonces al régimen de adquisición de cualquier inmueble y con el mismo plazo de 10 y 20 años de la antigua *praescriptio l.t.* de los fundos provinciales.

Por cierto, los cinco presupuestos —*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*— se exigen para ambas instituciones.

PRAESRIPTIO LONGISSIMI TEMPORIS. — Constantino había establecido contra la reivindicación una excepción fundada en la posesión durante cuarenta años, aun sin *iusta causa* y *bona fides*. Sobre esa base y la prescripción extintiva de acciones establecida por Teodosio II en el 424 d.C, Justiniano introduce la *praescriptio longissimi temporis* por la que el plazo de esta prescripción extraordinaria se lleva a 30 años y 40 si se va invocar en perjuicio del estado, de la Iglesia o de las fundaciones pías. No se exige la *iusta causa* o *titulus*, pero sí la *bona fides*.

MODOS DERIVATIVOS

Mancipatio. — La *mancipatio* es el negocio jurídico más característico y versátil del Derecho Romano. Casi seguramente fue en sus orígenes una compraventa real, es decir, un negocio que se perfeccionaba con la formalización del precio por una parte y de la cosa por la otra parte.

- Tal se deduce de su estructura en los tiempos históricos: ante cinco testigos y un *librípens* (sostenedor de una balanza), la parte activa toca con un trozo de cobre la balanza mientras pronuncia palabras solemnes que constituyen el *ius calificante* del acto.
- Evidentemente, el trozo de cobre ha quedado como estilizado símbolo de la concreta cantidad de metal que debía ser efectivamente pesada —en los tiempos en que no existía la moneda de peso ya determinado— previamente a su entrega al otro participante, pasivo y consentidor con su silencio.

I. La jurisprudencia pontifical extendió el uso de aquella primitiva venta real como encuadre para actos jurídicos relativos a antiguas y sobrevinientes instituciones. Y ello fue posible por dos razones fundamentales. Primeramente, porque en virtud de que la *mancipatio* era autonómica y esencialmente un acto de constitución o transferencia del *mancipium*, fue posible su aplicación a todos los casos en los que se espectro o desplegó aquel poder genérico y unitario. En segundo término, por el principio —consagrado, por lo demás, en la ley de las XII tablas— de que el enunciado de las palabras pronunciadas en el acto —*nuncupatio*, palabra derivada casi con seguridad de

no-men capare (aprehender, dominar la palabra)— tenía el poder —¿mágico, ritual o jurídico?— de normar el acto, aunque éste no era pasible de plazos ni condiciones.

II. La *mancipatio*, pues, de negocio jurídico con concreta causa se convirtió en negocio abstracto—*imaginaria venditio*— que daba los marcos formales para solemnizar actos jurídicos de distintos contenidos o finalidades: transferencia del dominio quiritorio; transferencia fiduciaria de la familia (*mancipatio familia*.^), constitución de *mancipium*, —sea real o ficticia, con el objeto de emancipar * o dar en adopción *— sobre un *alieni iuris* ajeno a la familia, constitución de *mames* sobre una mujer, *nexum*, etcétera.

III. En el caso de la transferencia del *dominium ex iure quiritiurn* nacía simultáneamente a cargo del alienante la obligación de la *auctoritas*, garantía al adquirente de intervenir y responsabilizarse si un tercero reivindicase la cosa. En ese supuesto, si rehusaba su intervención en el juicio o si no demostraba en éste haber sido al momento de la *mancipatio* el legítimo titular de la cosa y el adquirente la perdía, le correspondía a este último la *actio auctoñtatis in diiplum*, es decir, por el doble del precio pagado.

In iure cessio. — Consistía en una estilizada ficción de reivindicación. El propietario y la persona a quien se deseaba transferirle el *dominium* se presentaban ante el magistrado —*in iure*—. Entonces, el que pretendía adquirir, reivindicaba falsamente la cosa; el alienante, en vez de oponer su *contravindicatio*, callaba —tal vez echaba un paso atrás (*cederé*)—, y con esto otorgaba la pretensión invocada. El pretor consideraba entonces establecida la titularidad del reivindicante y efectuaba su *addictio* (adjudicación).

También, como la *mancipatio*, este procedimiento se usó ampliamente para la constitución de otros derechos comprendidos en el genérico y unitario poder del *paterfamilias*, el *mancipium*.

Tradición. — Es la puesta a disposición de la cosa por el alienante al adquirente. Para que esa transferencia material implicara transferencia del derecho de dominio se requería:

- a) que la cosa fuera *res nec mancipi*;
- b) que estuviese en el *dominium ex iure quiritium* del tradente;
- c) que éste quisiera efectivamente transferirla a la contraparte y ésta aceptarla;
- d) que existiese una *iusta causa traditionis*, es decir, una situación o relación jurídica que, de acuerdo con el derecho objetivo, fuera apta para justificar la transferencia del dominio.

Las *iustae causae traditionis* podían ser la transferencia como cumplimiento de la prestación del deudor, o con el fin de celebrar un mutuo, o de establecer una dote, etcétera. No eran *iustae causae* las que se hacían en función de actos prohibidos —donación a un cónyuge— o de negocios jurídicos, que, como el depósito o el comodato, requieren la entrega de la simple tenencia.

Con el tiempo, aquel requisito de la efectiva transferencia de la cosa fue sufriendo atenuaciones de distinto orden que subrayaban, en cambio, la importancia creciente dada al *animus tradendi* (intención de hacer tradición).

Distingamos. (A) Efectiva transferencia: 1) si mueble, entrega en la mano: 2) si

inmueble, entrada del adquirente. (B) Atenuación de la exigencia; 1) si mueble, la tradición simbólica de las mercaderías de un depósito o almacén mediante la entrega de las llaves; 2) si inmueble, la llamada *traditio longa manu* —sin necesidad de llegar a penetrar en él, simplemente señalarlo a distancia—. (C) Sin ninguna exteriorización material: la *traditio brevi manu*, consistente en un íntimo cambio de *animus* en las partes cuando el que tenía una mera tenencia de la cosa pasaba, de acuerdo con el propietario, a poseerla como propia; el *constitutum possessorium*, consistente en un cambio de *animus* inverso al anterior: quien poseía como propietario, en virtud de un negocio jurídico transfería el dominio, pero continuaba con la tenencia de la cosa como usufructuario, locatario, etcétera.

Como se ve, en los dos últimos tipos de tradición no hay absolutamente ninguna exteriorización material —ni siquiera ficticia o simbólica— de la transferencia de la cosa.

Adiudicatio. — Es el pronunciamiento del juez —facultado por la parte de la fórmula * llamada precisamente *adiudicatio*— en juicios divisorios en el que se atribuye a primitivos condóminos la propiedad exclusiva sobre las distintas porciones en que se ha dividido la cosa común.

Litis aestimatio. — Tiene lugar como adquisición de la cosa litigiosa a favor del poseedor o tenedor que, habiendo perdido el juicio, en vez de restituir la cosa, prefiere pagar la condena pecuniaria según la *litis aestimatio* y quedarse con la cosa.

DEFENSA PROCESAL DE LA PROPIEDAD

Las instituciones de defensa de la propiedad eran:

- (A) contra la violación total del derecho, la reivindicación y la *actio Publiciana*;
- (B) contra la violación parcial del derecho, la *actio negatoria*;
- (C) contra amenazas a la integridad material de la cosa, la *actio finium regundorum*, la *operis novi nuntiatio*, la *cautio damni infecti*, la *actio oquae pluviae arcendae* y el *interdictum quod vi aut clam*.

REIVINDICACIÓN

Es la acción del que pretende ser propietario *ex iure quiritium* y que no se halla en posesión de la cosa contra el poseedor, para lograr la restitución de ella o el pago de su valor.

- Al final del período clásico se permitió accionar contra el tenedor a nombre de otro —comodatario, depositario, etcétera—. Justiniano extendió la posibilidad de ser demandado tanto al que dejó dolosamente de poseer la cosa —cediéndola a otro, abandonándola, destruyéndola, etcétera— cuanto al que se dejó llevar al juicio sin haberla nunca poseído —*fictus possessor*—, engañando así al actor en

- cuanto a la identidad del poseedor y permitiendo eventualmente que éste pudiera usucapir.
- El condómino podía reivindicar sólo por su cuota parte.

PROCEDIMIENTO

En los primeros tiempos la reivindicación se tramitaba con la *legis actio sacramento in rem*, en la que ambas partes debían afirmar —en la etapa *in iure*— y probar —en la *apud iudicem*— su derecho de propiedad.

En el procedimiento *per sponsionem*, el actor se hacía prometer, por una *sponsio* del demandado, que éste le pagaría una suma si el actor era reconocido como propietario quiritorio de la cosa.

Pero lo corriente a partir del período clásico fue la *formula petitoria vel arbitraria*, en la que también sólo al actor incumbe la prueba de su derecho de propiedad: si el demandado tiene la *possessio ad interdicta*, queda con la cosa si el actor no prueba su derecho. Si, por el contrario, lo prueba, el juez ordena en la cláusula arbitraria devolver la cosa y efectuar ciertas restituciones accesorias. Si el demandado no lo hace, tiene lugar la clásica condena pecuniaria con una estimación por juramento del actor.

- Tres actitudes podrá tomar el poseedor al ser demandado: 1) abandonar la cosa; 2) negar su cooperación para que se entable la *litis contestatio*: el pretor le ordena —si se trata de un inmueble—, por el interdicto *quem fundum*, transmitir la posesión al actor; o —si de una cosa mueble— soportal que el actor se la lleve sin más; 3) aceptar el juicio y, en tal caso, dar garantías de asegurar el resultado de la condena: si no lo hace, el pretor da la posesión de la cosa al actor que está dispuesto a dar aquellas garantías y que se beneficia al no tener —como poseedor que ha resultado— el cargo de la prueba.

RESTITUCIONES

La cosa reivindicada debía ser restituida con todo cuanto el actor hubiere tenido si le hubiera sido devuelta en el momento de la *litis contestatio*, a saber: (A) la cosa reivindicada y sus accesorios —por ejemplo, el esclavo y los legados que éste hubiera recibido—; (B) los frutos percibidos desde la *litis contestatio* y los que se dejaron de percibir por negligencia; (G) los percibidos antes, de existir todavía; (D) los percibidos o dejados de percibir antes, si se trataba de un poseedor de mala fe; (E) las indemnizaciones por los daños ocurridos desde la *litis contestatio* por el dolo o la culpa de un poseedor de buena fe; (F) las indemnizaciones por daños anteriores debidos a dolo o culpa, aun cuando ésta sea leve, y por daños posteriores, incluso si éstos se debieran a causa fortuita, si se trataba de un poseedor de mala fe.

IMPENSAS

El propietario reivindicante debía, a su vez, resarcir los gastos hechos por el poseedor en razón de la cosa.

(A) **Los gastos necesarios** —sin los cuales la cosa hubiera perecido o sufrido daños— deben ser reintegrados al poseedor de buena fe, no al de mala fe. Justiniano asimila a éste con aquél: ambos tendrán un derecho de retención hasta ser satisfechos.

(B) **Los gastos miles**—verbigracia, embaldosar un camino— que han producido un mayor valor objetivo de la cosa deben abonarse al poseedor de buena fe en el monto del mayor valor producido.

(C) **Los gastos voluptuarios** —por ejemplo, haber instalado estatuas— que no han añadido un valor objetivo a la cosa no dan lugar a resarcimiento, pero sí a llevarse las

cosas en que se concretaron.

ACCIÓN PUBLICIANA

Es una acción, creada por el pretor Publicius, contemporáneo de Cicerón, a imitación de la reivindicación, que se otorga a quien ha perdido la posesión de una cosa que estaba en tren de usucapir, para que pueda recuperar dicha posesión.

- Es una acción ficticia: el pretoi indica al juez que haga de cuenta de que el plazo de la *usucapió lia transcurrido* y que sólo constate que los otros requisitos —*iusta causa* o *titulus* y *bona fides*— se hayan dado en una posesión, aunque sea instantánea, de la cosa.

La acción Publiciana puede ser ejercitada por (A) el propietario bonitario en razón de haber recibido tradición *ex iusta causa* de una *res mancipi*; (B) todo poseedor a *non domino* (no de parte del dueño [de la cosa]), pero con *iusta causa y bona fides*; (C) el propietario quiritorio, que necesitará una prueba más fácil que si intentara una *reivindicatio*.

(A) EL PROPIETARIO BONITARIO

El adquirente, por tradición, de una *res mancipi*, no había adquirido el dominio quiritorio por falta del acto legítimo —*mancipatio o in iure cessio*—, pero tenía todas las condiciones para usucapir. Su riesgo era perder la posesión antes de cumplido el plazo de la *usucapió*. El pretor le protege el derecho sobre la cosa, que tiene *in bonis* (en su patrimonio), acordándole la acción Publiciana, tanto contra cualquier tercero poseedor de la cosa como contra el mismo propietario quiritorio que, de vuelta, se hubiere posesionado de ella.

- Este último puede invocar contra la Publiciana una *exceptio iusti dominii* (excepción de propiedad legítima), pero el actor interpone una *replicatio rei venditae et traditiae* (réplica de cosa vendida y tradicionada) aludiendo al dolo implícito en la invocación de propiedad por parte de quien había vendido y entregado la cosa.

(B) EL POSEEDOR DE BUENA FE A NON DOMINO

La acción Publiciana fue extendida luego para todo adquirente *ex iusta causa* que por falta de título del enajenante no hubiera alcanzado inmediatamente la condición de *dominus*. También a los casos en que el pretor concedía la posesión de cosas singulares o de patrimonios —*bonorum possessio* *, *bono-rum emptio*, etcétera.

- Si ese poseedor ejerce la Publiciana contra el propietario quiritorio, éste interpone la *exceptio iusti dominii*, que no podrá ser replicada con la *rei venditae et trañitiae*; por tanto, el propietario retiene la cosa.
- Si la ejerce contra un propietario bonitario será vencido por una excepción de adquisición *a domino* (del dueño) que aquél interponga.
- Si la ejerce contra otro de su misma condición, triunfa el poseedor actual de la cosa si la tradición les fue hecha a ambos por distintos no dueños. Si el tradente no dueño fue el mismo, triunfa el que primero fue puesto en posesión.

(C) EL PROPIETARIO QUIRITARIO

Este puede utilizar la acción Publiciana con la ventaja de que la prueba a rendir es menos exigente que la necesaria para la *reivindicatio*.

ACCIÓN NEGATORIA

Contra menores o limitadas violaciones de la propiedad correspondía la acción *negatoria*, con la que el propietario afirmaba la inexistencia de un derecho real ajeno sobre la cosa de su propiedad. En el juicio él debía probar simplemente su derecho de propiedad; a la otra parte le correspondía probar la existencia de un derecho real limitativo de aquel derecho de propiedad.

ACTIO FINIUM REGUNDORUM

Tenía por objeto determinar los confines confusos o controvertidos entre fundos rústicos.

OPERIS NOVI NUNTIATIO

Antiguo medio jurídico por medio del cual, quien pretendía tener —por razones de tutela de leyes edilicias, o de defensa de una servidumbre urbana, o de garantía respecto a un eventual daño— un *ius prohibendi* sobre nuevas obras o demoliciones, efectuaba frente a las obras una ritual intimación para que se detuvieran.

CAUTIO DAMNI INFECTI

Medio jurídico encaminado a garantir contra un daño temido en base a un estado amenazante de las construcciones hechas o en ejecución.

El pretor, previa una *causae cognitio* (examen de la causa), imponía al dueño de la construcción amenazante una estipulación pretoriana por la que se lo obligaba a resarcir el daño eventual. Si se resistía a adquirir esa obligación, el pretor podía darle al reclamante una *missio in possessionem* de la construcción. Justiniano dispuso que en lugar de esa posesión se diera la propiedad.

ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE

Medio jurídico para asegurar el normal régimen de desplazamiento del agua pluvial cuando el fluir de la misma hubiera sido alterado por una obra realizada en un fundo vecino en detrimento del propio.

INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM

Concedido para obtener una vuelta al primitivo estado de cosas cuando alguien, dentro del año, había efectuado obras en fundo propio o ajeno, contra la prohibición —*vi*— o a escondidas —*clam*— de quien —poseyendo en derecho real o personal sobre ese fundo o el vecino— podía verse o creerse afectado por algún daño o peligro.

LA POSESIÓN

En términos generales, se entiende, hoy en día, por **posesión**, el señorío o disposición de hecho sobre una cosa con la pretensión de tenerla como propia. Se distingue tanto de la **propiedad** —que es un señorío jurídico absoluto, es decir, sostenido por el ordenamiento jurídico y oponible *erga omnes*— cuanto de la **tenencia**, concebida como una mera disponibilidad de hecho pero sin la posibilidad de pretender conducirse como dueño respecto de ella o tenerla por sí con exclusión de cualquier otro.

Normalmente, la posesión coincide con la propiedad. Como dijo Ihering: la posesión es la exteriorización de la propiedad. Pero a veces la posesión es una apariencia de propiedad: el ladrón de una cosa puede aparecer como dueño, pero sólo tiene la posesión, no la propiedad; el dueño, en cambio, conserva la propiedad —señorío jurídico— aunque ha perdido la posesión —señorío de hecho, concreto, material.

Quien, como el locatario o depositario, tiene disponibilidad sobre una cosa en base a una relación jurídica personal con su dueño o poseedor, tiene esa cosa a nombre de ese dueño o poseedor y no puede pretender conducirse como dueño: la relación jurídica personal, por él reconocida, lo inhibe. Pero el ladrón no tiene ninguna relación jurídica y puede pretender —toda vez que no reconoce tener la cosa a nombre de otro— manejarse como dueño.

I. La doctrina de la posesión es uno de los más arduos problemas en el Derecho Romano: las denominaciones, los alcances de la protección posesoria, su fundamento, etcétera, han dado lugar a geniales o muy eruditos estudios como los de Donello, Savigny, Saleilles, Ihering, Niebuhr, Bonfante, Riccobono y otros. No resulta, pues, nada fácil compendiar tales temáticas; pero hay que hacerlo, aun con los riesgos de excesivas simplificaciones.

II. Los romanos, a diferencia de la mayoría de otros pueblos, distinguieron tempranamente entre la posesión y la propiedad. Pero, a pesar de concebir a aquélla fundamentalmente como un señorío de hecho o poder de disponibilidad —con prescindencia de su legitimación intrínseca—, le reconocieron u otorgaron distintos efectos jurídicos según distintas circunstancias o requisitos, como el ánimo de conducirse como dueño, la buena fe, la *iusta causa*, el carácter de viciosa o no, el transcurso del tiempo.

Esos efectos jurídicos de la posesión son los siguientes:

(A) Sirve de base a tres modos de adquisición de la propiedad: ocupación, tradición y usucapión.

(B) Fundamenta la legitimación pasiva en un proceso de reivindicación: el poseedor, como demandado, no debe proporcionar ninguna prueba; la otra parte debe probar su derecho de propiedad y si no tiene éxito la cosa sigue en posesión del poseedor.

(C) Cuando hay posesión de buena fe, hay derecho a la adquisición de frutos y se puede reclamar la cosa por la acción Publiciana como si se tratara de una propiedad bonitaria.

(D) La posesión está protegida contra los actos de perturbación —no contra reivindicaciones— por los interdictos posesorios.

III. Pero su carácter de institución de hecho, fáctica, se pone de relieve si se tiene en cuenta que todos estos efectos jurídicos están necesariamente vinculados con la subsistencia de la posesión: en cuanto ésta cesa, corno concreto y actual señorío de hecho, aquellas consecuencias jurídicas, en principio, quedan eliminadas. Así, por ejemplo, no le alcanzan a la posesión los efectos del *postliminium*: a los romanos

prisioneros de guerra, cuando volvían a su patria, le eran reintegrados *ipso iure* todos los status y derechos que tenían en el momento de caer prisioneros, pero no continuaban en su anterior condición de poseedores ni de cónyuges» pues posesión y matrimonio eran situaciones de hecho —al margen de teorías o ficciones— y no de derecho.

TERMINOLOGÍA

Ella es, a propósito de los poderes de hecho sobre las cosas, muy variada, confusa y cambiante en el tiempo, pero tal vez convenga sintetizarla como se hace a continuación.

POSSESSIO NATURALIS

No es una verdadera posesión, sino la designación del elemento material de la efectiva disposición; es la simple detención de una cosa, sin el *animus possidendi* (intención de poseer), es decir, sin pretensión de manejárla como dueño. Carece de relevancia jurídica en el sentido de que no otorga protección a su sujeto. Equivale a nuestra tenencia.

POSSESSIO

Así, a secas, ó más técnicamente *possessio ad interdicta*, consta, en principio, de dos elementos: el objetivo, que se llamó *corpus*, consistente en la efectiva disponibilidad o señorío de hecho, y el subjetivo, *animus* (intención) de tenerla por sí y para sí, con exclusión de terceros. Esta posesión es el núcleo esencial de la teoría posesoria y a ella nos referimos de aquí en adelante.

La posesión fue, sin necesidad de otros requisitos —siempre que no fuera viciosa en relación con el perturbador o despojador—, protegida por los interdictos contra actos concretos de perturbación o despojo.

Se distingue la *possessio vitiosa* o *iniusta* de la *iusta*: *vitiosa* o *iniusta* es la que tiene origen violento, clandestino o precario respecto del anterior poseedor; es decir, que ha habido una toma de posesión por la fuerza, o a escondidas, o por concesión precaria de éste. Esta condición no tiene relevancia con respecto a todos, sino que es sólo relativa al poseedor anterior: contra éste, generalmente, la *possessio vitiosa* no es amparada por interdictos, pero sí contra cualquier otro individuo que intentara turbarla. Así, por ejemplo, el ladrón es *possessor iniustus* —y como tal no tutelado— frente al primitivo poseedor que fue robado, pero es *iustus* y tutelado frente a cualquier tercero.

También se distingue la *possessio bona fidei* de la *mala fidei*. Es de buena fe cuando es ejercida con la convicción de no lesionar derechos ajenos —aunque no se tenga *iusta causa*, pues si se la tiene estaríamos ante una *possessio calificada de civilis*.

- Ambas *possessions* —la de buena y mala fe— son tuteladas contra actos perturbadores, pero tienen frente a una reivindicación victoriosa distintas consecuencias: el poseedor de buena fe sólo es responsable por los frutos percibidos desde la *litis contestatio*; el de mala fe, por todos, aun los que no pudieron ser percibidos por su negligencia. Por

. lo demás, según algunos juristas romanos sostenedores de la idea del título putativo*, la posesión de buena fe, fundada en la convicción de la existencia de una relación jurídica con el precedente poseedor, válida para la transferencia de la propiedad, podía dar lugar a la usucapión.

- Existen los llamados casos anómalos de posesión: se trata de tenencias *alieno nomine* (a nombre de otro), disponibilidades de hecho basadas en una relación jurídica con el dueño o poseedor de la cosa, excluyente, por lo tanto, de cualquier pretensión de *animus possidendi*, pero que, no obstante —y representando un grave escollo para una sistemática fundamentación de la protección interdictal— gozan

de los mismos interdictos que las *possessiones*. Son casos anómalos las tenencias del acreedor pignoraticio, del precarista —el que ha recibido el goce de la cosa por parte de un propietario que se reserva el derecho de reclamarla en cualquier momento—, del secuestratario —es decir, aquel que es encargado de guardar un objeto litigioso durante el proceso—, del titular de la “enfiteusis” y del de la *superficies*”.

Es aquella que produce efectos sancionados por el *ius civile*; fundamentalmente, la que tiene los requisitos para la *usucapió*.

HISTORIA

El modo paulatino en que se destaca la posesión con respecto a la propiedad se evidencia en la evolución sufrida por la *reivindicatio*. En su forma procesal más antigua, la *legis actio sacramento in rem* significaba una contienda en que ambas partes debían probar su mejor derecho a la cosa, y la posesión provisional de ella era confiada a una cualquiera de las partes, sin tener en cuenta quién era poseedor cuando se había entablado el juicio. Pero en sus posteriores versiones, la *per sponzionem* y la *per formulam petitoriam*, sólo el actor debe probar un derecho absoluto; el demandado, poseedor de la cosa, no debe probar nada, y conservará aquélla si el reivindicante no consigue ver reconocido su *dominium*. Queda manifiesta, pues, la relevancia jurídica que adquiere ese efectivo señorío fáctico que es la posesión.

I. Dos instituciones concurren a formar la posesión de los tiempos clásicos: el *usus* y la *possessio*.

II. El *ítsits* aparece, en los primeros tiempos de Roma, como el ejercicio de hecho de un poder de *mancipium* no correspondiente, según las *mores maiorum*, a quien lo ejercita. Dado el carácter genérico del *mancipium* podía resultar, en consecuencia, el *iisus* sobre cosas, o sobre servidumbres rústicas, o sobre la mujer incorporada a la familia por matrimonio.

El ejercicio del *nsus* —no perturbado ni cuestionado por un eventual verdadero titular del *mancipium*—, por un cierto tiempo —uno y dos años— daba lugar a la adquisición del *mancipium* sobre las cosas, las servidumbres —hasta la *lex Scribonia*—, sobre la mujer —el caso más corriente de adquisición de la *manus*— y sobre una herencia yacente —con sólo el *usus* sobre algunas de las cosas constituyentes.

III. Al margen del *mancipium* —y, por lo tanto, del *ius quiritium*— se encontraba la *possessio* —vocablo derivado del arcaico *potis* (señor, dominador) y de *sedere* (sentarse, estar establecido)—, señorío permitido por la *civitas* a sus integrantes, *cives*, sobre partes del *ager publicus* —resultante de la expansión hegemónica— que no se hubieran otorgado en propiedad privada, es decir sometido al *mancipium* —posteriormente desglosado en *dominium*— de los *patresfamilias*.

IV. Ese señorío de los *pares* sobre el *ager publicus* se fue caracterizando como un verdadero derecho de propiedad —la llamada luego propiedad provincial—, pero la posesión como hecho —protegida, tal vez, por medidas de carácter más bien administrativo— evolucionará hasta separarse de aquel señorío y evidenciarse como una institución referible a todas las cosas.

V. El *usus* y la *possessio* tendieron a unirse bajo el común denominador de recaer sólo

sobre cosas corporales: las servidumbres dejaron de ser adquiribles por *usucapió*, se desvaneció la adquisición de la *manus* por medio del *iisus* no interrumpido por el *trinoctium* y la *usucapió hereditatis* lo fue de las concretas cosas hereditarias y no ya de la herencia en su universalidad.

VI. Pero con Justiniano, la vieja noción del *usus* como ejercicio de hecho de un poder que se espeataba sobre cosas, personas y derechos, volvió a aflorar en la concepción de la *possessio iuris*.

FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

¿Por qué se protegió ese poder fáctico de disposición sobre las cosas en beneficio de quien no es propietario y aun a riesgo de proteger al ladrón? Varias respuestas han querido darse. Las más importantes son las de Savigny y las de Ihering.

Para Savigny el fundamento es la paz pública. Para evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos se otorgan interdictos en favor del mantenimiento del estado posesorio hasta que, eventualmente planteada la controversia de la legitimidad jurídica, el tribunal reconozca al titular no ya de la posesión, sino del *dominium*.

Para Ihering lo que se protege en realidad es la propiedad, que normalmente coincide con la posesión. Es verdad que la propiedad se protege por la reivindicación, pero ésta exige la prueba de ese derecho, prueba generalmente difícil. Los interdictos son comodísimos y fácilmente obtenibles por el poseedor, que nada tendrá que probar si contra él se intentase una reivindicación. Los interdictos pueden, es verdad, aprovechar a quien no tiene derecho —incluso a un ladrón—, pero esos casos son los menos frecuentes y pueden remediararse con la interposición de una reivindicación para hacer que la posesión coincida con el derecho de propiedad.

De todos modos, la individuación y tutela de la posesión revela un alto nivel de técnica jurídica alrededor de dos principios básicos: el que un estado de hecho debe presumirse de derecho hasta prueba fehaciente en contrario; el que impide hacerse justicia por sí mismo, aun con convencimiento fundado de tener derecho.

REQUISITOS PARA LA TUTELA POSESORIA

Para la jurisprudencia clásica fueron el *corpus* (cuerpo) o *corpore possidere* (poseer con el cuerpo), es decir, una relación material o física de la persona sobre la cosa; y el *animus possidendi*, es decir, la intención de poseer la cosa para sí, defendiéndola de los intentos de terceros.

Sobre la rigidez o elasticidad con que estos requisitos fueron concebidos se tratará a propósito de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión. Aquí corresponde reiterar que la tutela interdictal fue también otorgada a evidentes casos de tenencia a nombre de otro, en los que el título en virtud del cual se tiene la cosa impide la pretensión de poseerla a nombre propio: el del secuestro, el del precario, el del *pignus*, el de la concesión del *ager vectigalis* —variante del *ager publi-cus*—, el de la enfiteusis y el de la *superficies*.

Estos casos anómalos —que no tendremos más en cuenta al tratar de las condiciones en que se considera que existe posesión— mostrarían que la jurisprudencia fue auspiciando

la protección posesoria no de acuerdo a criterios teóricos a priori, sino pragmáticamente —casos del secuestro, precario y *pignus*— y de acuerdo con las analogías y antecedentes históricos —casos de la enfiteusis y de la *superficies*, influidos por la antigua *possessio* del *ager publicus*.

ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Se adquiere *corpore et animo*, es decir, con la aprehensión o entrada en el poder de disposición de la cosa y la intención de poseerla a título exclusivo.

I En cuanto al *corpus*, la concesión materialista inicial se elastizó hasta no hacer necesario el directo o inmediato contacto con la cosa: hubo, por ejemplo, adquisición del animal salvaje desde que cayó en la red, y ya se han visto aquellos casos de tradición en que no había una efectiva entrega de la cosa sino una simbólica o puramente mental puesta a disposición.

II. Una parecida atenuación se produjo con respecto al *animus*. El *sui iuris infans* —al igual que los dementes— no podía en la época clásica tener *animus*, pero Justiniano admitió que pudiera entrar personalmente en posesión con sólo la *uctoritas* de su tutor.

También en el derecho clásico, sólo se podía adquirir la posesión por intermedio de otros cuando éstos estaban sometidos al *paterfamilias*: *filiifamilias*, esclavos, mujeres *in manu*. Pero Justiniano consideró que se podía adquirir por intermedio de personas extrañas aun no teniendo conciencia de ello o no teniendo posibilidad de voluntad —dementes, infantes y personas jurídicas—: sólo era necesaria una posterior ratificación" a lo actuado por el tutor, curador o procurador, respectivamente.

CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN

También el principio por el cual estaba condicionada a la coexistencia del *corpus* y el *animus* sufrió excepciones y atenuaciones.

I. Así, se seguía conservando *mido animo* (con la sola voluntad) la posesión de fondos destinados al pastoreo alternado durante el año, cuando éstos eran abandonados por los pastores. Se mantenía la posesión sobre el esclavo en fuga y se adquirían las cosas por él adquiridas.

En el derecho justiniano, los casos, antes excepcionales, de *possessio animo detentata* (posesión mantenida sólo por la voluntad) se hicieron regla con la sola exigencia de la existencia del *corpus* al comienzo de la posesión..

II. Aun respecto a la subsistencia del *animus* hay un criterio elástico: así, por ejemplo, se considera que la posesión se mantiene durante la sobreviniente enfermedad mental del poseedor.

PERDIDA DE LA POSESIÓN

Aparte de los casos voluntarios de pérdida de posesión —como el abandono o la tradición— y de la pérdida del *corpus* —cuando ha huido el esclavo, o se ha perdido definitivamente la cosa, o cuando ha sido robada, o incorporada a otra cosa—, conviene destacar que se perdía la posesión por la muerte del poseedor, en el sentido de que no

era transmisible a los herederos. En razón de deficiente capacidad intelectual no podía ser perdida *animo* (por voluntad) la posesión por el demente ni por el *infans*, salvo, en este último caso, con la interposición de la *auctoritas* del tutor.

DEFENSA DE LA POSESIÓN

Se efectúa por los llamados interdictos posesorios. Recuérdese que los interdictos * eran órdenes del magistrado —expedidas a pedido de parte— a una persona determinada para que restituyera o exhibiera algo o se abstuviera de un proceder. Eran producidos sin verificación previa de los hechos invocados por el peticionante. De allí que fueran órdenes condicionales para el destinatario: si la condición respondía a la realidad, la orden debía ser obedecida; si no, el destinatario podía ignorarla.

- A título de ejemplo se da el texto del interdicto *de vi*: "Por cuanto en este año tú lo arrojaste por la fuerza, o tu servidumbre lo hizo, supuesto que él poseyera, en lo que a ti respecta, sin violencia, ni clandestinidad, ni precariamente, restituyelo allí con cuantas cosas allí él tenía en ese momento". Como se observa, la orden debía ser cumplida sólo si se daban estas dos condiciones: 1) que lo hubiera arrojado por la fuerza en el año precedente al interdicto; 2) que la posesión no hubiera sido viciosa * respecto del destinatario del interdicto.
- En cualquier caso, si no era cumplida la orden, podía abrirse una instancia procesal para saber si esa condición se verificaba en el caso: en ese supuesto el destinatario sería condenado al pago de daños e intereses.

Los interdictos posesorios eran de dos clases: 1) los de retener la posesión (*retinendae - possessionis*), orientados hacia el mantenimiento de la posesión, es decir, a defender el estado posesorio actual o inmediato anterior frente a perturbaciones o agresiones, y 2) los de recuperar la posesión (*recuperandae possessionis*), dirigidos a reparar el despojo de la posesión, es decir, a restablecer la posesión perdida por manejos de otros. Recuérdese que, en principio, en el derecho clásico la posesión no era protegida si era viciosa * respecto al perturbante o despojador.

INTERDICTOS PARA RETENER LA POSESIÓN

- (A) *Uti possidetis* (como poseéis), que protegía al actual poseedor de un inmueble.
- (B) *Utnibi* (en cual de las dos partes), que protegía la posesión del que había poseído la cosa mueble durante la mayor parte del año anterior a la emisión del interdicto.

- En el derecho justinianeo se asimiló el interdicto *utrubi* al *uti possidetis*, quedando protegido por una acción única el poseedor actual.

INTERDICTOS PARA RECUPERAR LA POSESIÓN

(A) *De vi* (por la fuerza), que obligaba, en los términos consignados un poco más arriba, al que se había apoderado por la fuerza de un fundo o edificio, a restituirlo al poseedor despojado,

(B) *De vi armata* (por violencia a mano armada), que obligaba a restituir el inmueble arrebatado a mano armada, aun cuando la posesión interrumpida hubiera sido viciosa y aun transcurrido cualquier intervalo temporal.

- En el derecho justinianeo se funden estos dos interdictos en uno que presenta el término anual del interdicto *de vi* y que, como el interdicto *de vi armata*, no tiene en cuenta el carácter vicioso de la posesión.

COPROSESIÓN

Así como no era concebible que una cosa estuviera en el *dominium* de varias personas, en el sentido de que cada una de éstas tuviera pleno señorío sobre aquélla, tampoco se concebía la posesión integral de una cosa por varias personas. Pero, al igual que en el caso del condominio, se admitió que varias personas pudieran poseer la misma cosa por determinadas partes indivisibles: cada una de aquéllas tenía la posesión no de una parte material determinada, sino de una determinada parte ideal o intelectual.

QUASI POSSESSIO

En el proceso de extensión de la tutela interdictal se había llegado a proteger al titular de una *superficies* * con un específico interdicto *de superfidebus* análogo al genérico *uti possidetis*. De allí se pasó a conceder una tutela especialísima al que, de entre varios pretendientes del goce de un usufructo, lo detentase materialmente. Obsérvese que en este caso no se trata de un señorío fáctico sobre la cosa sino de un ejercicio fáctico de un derecho.

La extensión de esa protección a otras hipótesis de ejercicio de derechos de servidumbres llevó a los juristas —a Gayo, por ejemplo— a hablar de *quasi possessio* para destacar la analogía entre esos casos de ejercicio fáctico de derechos y los casos de posesión sobre cosas.

En la época de Justiniano, de la idea de una analogía se pasó a una identificación: había *possessio* de cosas corporales —la clásica posesión— y *possessio* de cosas incorpóreas o *iura* (derechos). La *quasi possessio*, en su nueva concepción de *possessio iuris* (posesión de un derecho), se extendió a todos los casos en que se ejercitaba de hecho un derecho. Y se llegó hasta concebir la *possessio status* (posesión de estado) como la condición de quien goza en apariencia de un cierto status personal —*libertatis, civitatis, familiae*— independientemente de ser realmente titular de ese status.

LAS SERVIDUMBRES

Ya se ha visto que en el Derecho Romano se configuraron algunos -derechos sobre las cosas, tutelados *erga omnes*, que, al coexistir con la propiedad, la comprimen toda vez que le desgajan específicos contenidos, pero que, cuando cesan, la propiedad elásticamente recupera aquellos contenidos.

Son derechos limitados sobre cosa ajena: si la cosa deviniera propia del titular de cualquiera de esos derechos, ese derecho se extinguiría, confundido en la absolutez del derecho de propiedad.

Esos derechos sobre cosa ajena (*iura in re aliena*) se dividen en (A) servidumbres y (B) derechos reales pretorianos.

CONCEPTO DE SERVIDUMBRE

Para el derecho clásico, servidumbre era la sujeción jurídica permanente de un fundo para proporcionar determinado beneficio a otro fundo ajeno, constituida de una vez por los respectivos propietarios.

En el derecho justinianeo, la categoría de servidumbre se alarga con la inclusión de las equívocamente designadas servidumbres legales —que son, en realidad, límites legales

del dominio— y de los antiguos derechos de usufructo, uso, habitación y opera*e* servorum.

Estos últimos son involucrados en la categoría de las que se llamarán servidumbres personales, frente a las servidumbres del período clásico, que ahora se las llama prediales o reales.

A pesar de esa unificación sistemática existen significativas diferencias entre las servidumbres prediales y las personales.

Servidumbres personales	Servidumbres prediales
Establecidas en beneficio de una determinada persona.	Establecidas para una objetiva y permanente utilidad de un fundo vecino.
Temporales: se extinguen, en principio, con la muerte del titular.	Perpetuas.
Pueden tener como objeto bienes muebles o inmuebles.	Sólo tienen como objeto inmuebles.

- Cuando se habla de la servidumbre predial o real como de un vínculo de sujeción de un fundo a otro, para beneficio y utilidad de éste último, no debe entenderse que la relación jurídica se ha establecido entre los dos fundos: esa relación jurídica —como todas— sólo puede establecerse entre personas, en este caso entre el propietario del fundo dominante y el del sirviente: son ellos los que tienen respectivamente el derecho de ejercitar y el deber de tolerar el ejercicio de la servidumbre y entre ellos se desarrollaría una eventual *vindicatio servitutis* (reivindicación de la servidumbre). El carácter real de la servidumbre predial consiste en que titular y gravado no son individualizadas personas sino cualquiera que eventualmente devenga propietario de uno u otro fundo: son los fundos —*res* (cosa)— o, mejor dicho, la titularidad de ellos, lo que determina a los sujetos activo o pasivo de la servidumbre.

De todos modos resultaron comunes a las dos categorías los siguientes principios, formados en relación con una u otra.

(A) *Nulli res sua servit* (para nadie hay servidumbre de la cosa propia). En el derecho de propiedad va a confundirse el derecho real limitado cuando coinciden en un mismo titular.

(B) *Servitus in faciendo consistere nequit* (la servidumbre no puede consistir en un hacer). Lo que la servidumbre impone al propietario del fundo gravado es un **padecer o soportar** (*pati*) el ejercicio de la servidumbre, o un no hacer (*non faceré*).

• La servidumbre *oneris ferendi* (de soportar la carga), que imponía al propietario del fundo sirviente el tener en buenas condiciones el muro para que se apoyara el edificio del fundo dominante, no es, en realidad, una excepción, pues por ella no se obliga a efectuar reparaciones sino a dejar o mantener el muro en las mismas condiciones originales.

(C) *Servitus servitutis esse non potest* (no puede haber servidumbre de una servidumbre). Este principio se originó en la imposibilidad de establecer un usufructo sobre una servidumbre predial (*fruetus servitutis*).

SERVIDUMBRES PREDIALES

Son derechos reales sobre cosa ajena consistentes en una sujeción jurídica permanente de un fundo en provecho o beneficio de otro. Derechos, por lo tanto, transmisibles, en su aspecto activo y pasivo, a los sucesivos propietarios del fundo dominante y del sirviente, respectivamente, como cualidades inherentes e inseparables de los fundos. Las servidumbres debían ser (A) útiles, (B) inalienables, (G) indivisibles, (D) de causa perpetua, (E) posibles y (F) perpetuas.

- (A) Las servidumbres prediales, por ser constituidas en beneficio de un fundo o edificio, sólo podían ser ejercitadas en la medida de la estricta utilidad de éste. Por ejemplo, si la servidumbre es de pasto o de abrevadero, sólo comprenderá las necesidades de las bestias utilizadas en el cultivo del fundo dominante y no la de los rebaños que quisiera introducir el propietario de éste.
- (B) La servidumbre es inherente al fundo; por lo tanto, se transmite con éste y no puede enajenarse separadamente.
- (C) La servidumbre no puede surgir ni extinguirse por partes. Ante cualquier causa o situación de división del fundo dominante o sirviente, cada parte del dominante tendrá derecho a la completa servidumbre y cada parte del sirviente deberá soportarla por completo.
- (D) Los fundos deben presentar condiciones objetivas tales como para que la utilidad sea permanente. Toda situación transitoria o artificial escapa al ámbito de la servidumbre. Por ejemplo, si toda el agua que puede brindar un fundo a otio consiste en un depósito llenado artificialmente, es decir por el trabajo del hombre, y destinado obviamente a agotarse con el uso, no hay lugar a una servidumbre de provisión de agua.
- (E) El ejercicio de la servidumbre debe ser posible, para lo cual puede ser indispensable la contigüidad o vecindad de los fundos, aunque no suficiente. Verbigracia, en el caso de una servidumbre de acueducto entre fundos separados por un camino público, se necesitaría la concesión del estado para que el acueducto atravesase la vía pública.
- (F) En el período clásico se excluían las servidumbres temporáneas, en buena medida porque la *mancipatio* o la *in iure cessio* constitutivas eran negocios que no admitían condiciones ni términos temporales. En el derecho justiniano, y sobre la base de estipulaciones, se permitirán cláusulas resolutorias de la servidumbre.

El Derecho Romano conoció no la categoría general y abstracta de la servidumbre predial, sino un repertorio típico que, arrancando de las cuatro rústicas primitivas, fue ampliándose a medida de las empíricas necesidades. La constitución de tipos fijos de servidumbres debe concillarse con las modificaciones que como modos de la servidumbre (*modus servitidis*) introducen las partes, especialmente cuando la manera más corriente de establecer servidumbres fue a través de una *stipulatio*.

CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

La distinción se basa en la diferente función y estructura de cada servidumbre: son rústicas las que responden a exigencias agrícolas de la producción de frutos; son urbanas las que corresponden a exigencias edilicias de sostén, iluminación, vistas, en favor de un edificio.

TIPOS DE SERVIDUMBRES

Servidumbres rústicas. — Las más antiguas fueron las tres de paso —*iter*, derecho de pasar a pie o a caballo; *ductus*, de arrear el ganado; *vía*, de transportar materiales con carro a través de un camino construido dentro de ciertas medidas— y la de acueducto:

derecho de derivar agua o conducirla a través del fundo sirviente.

- Estas servidumbres habrían sido en sus orígenes, según doctrina que se está imponiendo, no derechos sobre cosa ajena, sino verdaderos casos de *mancipium* —tal vez concurrente con el del titular del fundo sobre la franja del terreno del sendero, camino o acueducto.
- Por ello, tal vez, fueron consideradas *res mancipi* y pudieron ser usucapidas hasta la *lex Scribonia*.
- Tal vez, también por ello, las palabras *iter*, *ductus*, *via* y *aquae duc-tus* designaban tanto el derecho como la materialidad sobre la cual aquél recaía.

Otras servidumbres rústicas se refieren al pastoreo o abrevadero de bestias empleadas en el cultivo del fundo dominante, a la extracción de creta o arena en la medida estricta de las necesidades del fundo dominante, etcétera.

Servidumbres urbanas. — Las más frecuentes fueron las de dejar caer del techo el agua pluvial directamente sobre el fundo sirviente; las de desagües; las de apoyar o introducir vigas en el muro del fundo sirviente; las de asegurar luz y vistas, con la abstención de construir a más de cierta altura o distancia, etcétera.

CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. Según el *ius civile*, las servidumbres deben ser constituidas (A) por ciudadanos romanos, (B) sobre *ager romanus*, es decir sobre fundos itálicos, y (C) por medios idóneos —los mismos actos traslativos del *dominium*: *mancipatio* para las antiguas rústicas, consideradas *res mancipi*; e *in iure cessio* para las demás.

- También el propietario de dos fundos, al alienar uno de ellos, puede hacerlo *deducta servitute* (deducida una servidumbre), es decir, constituyendo una servidumbre en favor del fundo alienado o del que conserva y a cargo del otro.
- Algo similar podía hacerse por medio de un legado *per vindicationem*.
- También el *iudex* podía, en una acción divisoria —*actio communi divi-dundo y familiae erciscundae*—, *adjudicare servitutem*, es decir, constituir una servidumbre entre fundos resultantes de la división.
- En la época de la vigencia del *usui* se podía adquirir una servidumbre por *usucapió* "luego de un año ininterrumpido de ejercicio. A fines del período republicano, una *lex Scribonia* lo impedía.

II. Además de los modos de constitución de servidumbres propios del *ius civile*, el pretor admitió otros. Especialmente en el caso de los fundos provinciales —a los que eran inaplicables aquellos modos civiles— se reconocieron servidumbres establecidas *pactionibus et stipulationibus* (con pactos y estipulaciones), es decir, con el acuerdo de voluntades en la forma de estipulaciones.

III. Desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio* al cesar la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, la *stipulatio* queda como modo general de constitución de las servidumbres.

IV. Reconocidas por el derecho justiniano las posesiones de derechos (*possessiones iuris* o *quasi possessiones*), la *traditio* —sujeta a todos sus requisitos, entre ellos la posesión-sirve para constituir servidumbres: la *traditio* se concreta con tolerar (*pati*) el dueño el ejercicio de la servidumbre y con su intención de concederlas.

V. Justiniano aplicó también a las servidumbres la institución de la *praescriptio longi temporis*, con los mismos requisitos exigidos respecto de las cosas corporales.

DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES

Se obtiene el reconocimiento de la servidumbre por medio de una *vindictio servitutis* (reivindicación de servidumbre), llamada por Justiniano *confessoria*, por contraposición a la *actio uegatioia*.

Ya se ha visto, por lo demás, que en el derecho justinianeo, considerando el ejercicio de hecho de una servidumbre como una *quasi possessio*, se estructura toda una tutela interdictal prescindiendo de la existencia de un derecho de servidumbre.

EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre predial tenía carácter perpetuo porque no podía contener en sí ni plazo ni condición resolutoria; pero podía extinguirse por ciertos hechos sobrevinientes.

(A) Por confusión, cuando ambos fundos llegaran a encontrarse bajo el *dominium* de una misma persona.

(B) Por renuncia, concretada en la abstención de defensa frente a una acción negatoria.

(C) Por el *non usus*, aunque como el *ius civile* no admite que un derecho se pueda perder por no haberlo ejercitado, se entiende que, por el contrario, es el dueño del fundo sirviente quien, poseyéndolo como libre durante el plazo de 10 ó 20 años de la *praescriptio longi temporis*, lo adquiere en esa condición de libre. En consecuencia, la servidumbre se extingue no por el *non usus* de ella, sino por el *usus* del fundo sirviente como libre.

- La servidumbre rústica no se extingue por modificaciones naturales de los fundos: permanece latente, a la expectativa de que se restituya el estado primitivo.
- Las servidumbres urbanas, en cambio, se extinguen con la destrucción del edificio sirviente, salvo que se lo demuela para volver a construir en el mismo lugar.

SERVIDUMBRES PERSONALES

Con esta denominación sistemática, en oposición a las servidumbres prediales o reales, el derecho justinianeo comprende los siguientes *iura in re aliena*: usufructo, uso, *habitatio* y *operae servorum*.

USUFRUCTO

El usufructo (*ususfructus* o *fructus*) es un derecho a percibir para sí los frutos de una cosa ajena, dejando a salvo su sustancia, es decir, sin poder alterar la estructura ni el destino económico de la cosa.

I. El origen de esta institución de la época republicana se debió al propósito del testador de asegurar a determinadas personas —especialmente a su esposa no *in manu*— un disfrute de bienes suficiente para la subsistencia mientras vivieran, pero dejando a sus herederos la propiedad de esos bienes.

II. Reconocida a una persona el derecho de percibir los frutos (*fructus*), había que presuponer un cierto poder de manejo (*usus*) de la cosa: "*fructus sine usu esse non potest*" ("no puede haber disfrute sin el ejercicio de un poder de manejo"). De todos modos, ese *usus*, ejercitado con pleno reconocimiento del *dominium* del propietario, no podía configurar una posesión; era, pues, una simple tenencia de la cosa fructífera.

III. Al titular de la *nuda proprietas* —como se llamó al *dominiicm* al que se le había deducido o desgajado un usufructo— le quedaba el derecho de disponer de la cosa y aun de gozarla en los límites en que no obstaculizase el *usus* y el *fructus* del usufructuario.

IV. El usufructuario hacía suyos, por percepción, los frutos: las crías de los animales sí, pero no los partos de las esclavas; las adquisiciones resultantes de los servicios del esclavo sí, pero no de las herencias o legado recibidos por éste, los que al igual que los partos de las esclavas pasaban a pertenecer al nudo propietario.

V. Las características del usufructo son (A) su correlación con el destino económico de la cosa, (B) su carácter personal y (C) temporal.

(A) **Correlación con el destino económico de la cosa.** — El destino dado a la cosa por el propietario era el encuadre del derecho del usufructuario, quien debía ejercerlo como *bonus vir* (varón probo). Así, pues, el usufructuario no podía producir cambios en la estructura o destino económico de la cosa, aun cuando fuera para mejorarlala: no podía construir edificios, ni talar un monte para hacer sementeras, ni excavar galerías mineras, etcétera.

- El derecho justiniano, sin embargo, extendió las atribuciones del usufructuario permitiéndole obras que mejoraran el valor reditual de la cosa.
- De esa necesidad de preservar la esencia o sustancia de la cosa resultó que el derecho de usufructo no cayera sino sobre cosas no consumibles, es decir, las que no perecen con el primer uso.
- Se acostumbró garantir con una estipulación pretoriana la conservación de la sustancia de la cosa y la restitución de ésta a la finalización del usufructo.

(B) **Carácter personal.** — En razón de su conexión con una persona, la servidumbre terminaba cuando aquélla dejaba de existir o cuando sufría una *capitis deminutio*.

Ese carácter personal implicaba la no transferibilidad del derecho, aunque podía cederse el ejercicio del derecho, *perceptio fructuum* (percepción de frutos), pero supeditado a la muerte del usufructuario o al plazo que se le había concedido.

Además, por su original finalidad alimentaria, no se concibió, al principio, en favor de personas jurídicas.

(C) **Carácter temporal.** — El usufructo, o estaba constituido a término, o duraba hasta la muerte del usufructuario.

- Extendido el usufructo a las personas jurídicas, Justiniano les fijó el plazo máximo en cien años.

Régimen del usufructo. — En términos generales, los modos de constitución y extinción y los medios procesales guardan estrecha analogía con los de las servidumbres prediales.

- Conviene destacar el usufructo legal —es decir, impuesto por ley— del *paterfamilias* sobre el peculio "adventicio" de sus *filiis*.

Cuasi usufructo. — El usufructo, por su requisito de dejar a salvo la esencia o sustancia de la cosa, sólo tuvo como objeto cosas no consumibles. Tanto era así, que en el caso de usufructo sobre un patrimonio, o una cuota parte de un patrimonio, se consideró no incluidas en el usufructo las cosas consumibles. Pero, por un senadoconsulto de la época de Tiberio, se estableció que también éstas podían ser comprendidas en el usufructo de un patrimonio establecido por legado. En tal caso, el legatario usufructuario recibía en propiedad esas cosas y daba caución de restituir otro tanto igual cuando llegara el

término del usufructo.

- Esta variante —verdadera derogación del principio básico del usufructo— se denominó, en el derecho justiniano, *quasi usufructus* y se extendió a las cosas no consumibles pero deteriorables.
- Por cierto que la situación del quasi usufructuario era la de un mutuario. Por eso, sin necesidad de exigirle la previa caución, se actuaba contra ellos con las acciones tuteladoras del mutuo: la *actio certae creditae pecuniae* o la *condicilio certae rei*.

USO

El *usus sine fructu* (ejercicio del poder de manejo pero sin disfrute) de una cosa —fructífera o infructífera— consistió en la facultad de usar una cosa dentro de los estrechos límites de las necesidades propias o familiares.

Difería del usufructo no porque estuviera excluida la percepción de frutos, sino porque no otorgaba derecho a la totalidad de los frutos; sólo lo otorgaba a aquello *quod ad victum sibi suisque sufficiat* (que sea suficiente para la subsistencia suya y de los suyos).

- Justiniano llegó a permitir que el usuario pudiera dar en locación parte de una casa dada en uso si ésta era de mayor amplitud que la necesaria.

El régimen del derecho de uso es idéntico al del usufructo.

HABITATIO

Era, en la época de Justiniano, un derecho real que facultaba a su titular a habitar una casa de otro y aun a darla en locación a terceros.

- En el derecho clásico se discutía si se trataba realmente de un derecho real o de crédito, y en el primer caso si se asimilaba al de usufructo —con derecho de alquilar la casa— o al de uso —sin ese derecho, al menos en el período clásico.

OPERAESERVORUM

También en el derecho justiniano era un derecho real que facultaba a valerse de la actividad (*opera*) de esclavos ajenos y aun a locarla.

- Los juristas clásicos lo habían asimilado al usufructo, Juliano al uso. Justiniano lo consideró —como a la *liabitatio*— una institución distinta "de especial naturaleza".

DERECHOS REALES PRETORIANOS

Llamados así porque tuvieron su origen en la protección dada por el pretor a ciertas relaciones. Se dividen en dos grupos : el de derechos reales de goce, formado por la *enfiteusis* y la *superficies* —que constituyen una superación del rígido concepto de *dominium*, al estructurarse, más que como derechos reales limitativos del señorío del

proprietario, como señorío pre-valente sobre el de éste último—, y el de derechos reales de garantía, formado por el *pignus* en sus dos variantes: la *datio pignoris* (entrega de la prenda) o prenda y la *conventio pig-noris* (convención pignorática) o hipoteca.

ENFITEUSIS

La institución clásica que aparece como antecedente para que Justiniano conformara, de acuerdo con necesidades y prácticas del mundo heleno-oriental, el derecho real de enfiteusis, fue la *possessio del ager vectigalis*, concedida por el estado o los municipios en forma permanente siempre que se pagara el canon establecido, y fue considerada por unos juristas como resultado de una compraventa, y por otros, de una locación. Parece haber prevalecido esta última postura, pero, de todos modos, se protegerá luego aquella *possessio* con una acción real —*actio vectigalis*—, análoga a la *reivindicatio*, con lo que quedó asimilada a la *possessio del ager tributarii* y *stipendiarias*, verdadero derecho real que constituye la propiedad provincial.

Sobre ese antecedente y el de una antigua institución griega relativa a tierras públicas incultas, concedidas con la obligación de cultivarlas y pagar un canon, Justiniano estructura la enfiteusis, oscilando entre un concepto de propiedad y otro de derecho real sobre cosa ajena.

El nombre de enfiteusis, que significa en griego plantación, recuerda aquel antecedente, aunque en la institución justiniana no se iba a exigir el cultivo del fundo.

La doctrina discutió sobre la índole jurídica del *ius emphy-teuticum*: si se lo asimilaba a una venta, el peligro de disminución o destrucción de la productividad del fundo pesaba sobre el enfiteuta; si se lo asimilaba a una locación., ese peligro recaía sobre el dueño. El emperador Zenón dispuso que si no había pacto contrario la destrucción total perjudica al concedente y la parcial al concesionario que debe seguir pagando íntegramente el canon.

La enfiteusis, concesión perpetua o a largo plazo de un fundo, confiere un derecho real de goce similar al del usufructo, pero con las siguientes diferencias.

(A) El enfiteuta puede transformar o alterar las condiciones o el destino económico del fundo; no el usufructuario, que debe dejar a salvo su sustancia o esencia.

(B) El usufructo se extingue con la persona de su titular; en cambio la enfiteusis es transmisible a los herederos y puede ser cedida, siempre que se haya ofrecido una preferente opción al nudo propietario para que pueda quedarse con la enfiteusis por el mismo precio ofrecido por ella o recibir un dos por ciento de ese precio —laudemio.

(C) El enfiteuta adquiere todos los frutos separados —no sólo los percibidos, como ocurre con el usufructuario—y, además, los incrementos o mejoras, como si fuera el propietario y en abierta oposición al clásico principio de *superficies solo cedit* (la superficie hace parte del suelo).

(D) El enfiteuta debe pagar un canon anual, con la alternativa de perder su derecho si no paga durante tres años.

SUPERFICIES

La propiedad romana importaba el principio básico de que todo lo construido sobre el suelo pertenecía al propietario de éste; nuestra propiedad horizontal es incompatible con ese principio. Pero, con el antecedente de concesiones de construir y gozar de edificaciones sobre suelo público y de la correlativa tutela interdictal del pretor, se estructuró en el derecho justiniano un derecho sobre suelo ajeno —la *superficies*—, que también, como la enfiteusis, tenía algunos caracteres propios de un derecho de propiedad y otros propios de un derecho real sobre cosa ajena.

- Aquellas concesiones, extendidas a fundos privados, se habían constituido como locaciones por las cuales el superficiario actuaba con la *actio conducti* contra el concedente o sus derechohabientes. Pero el pretor comenzó a proteger al concesionario contra terceros perturbantes de su derecho con un interdicto especial *de superficiebus* análogo al *uti possidetis*.
- En el derecho justiniano se le otorgó también una acción real —*actio quasi in rem* y se le extienden todas las defensas jurídicas dadas en favor y contra un propietario por relaciones de vecindad.

La *superficies* vino a resultar así un derecho real de total y estable goce de un edificio a favor de quien lo había construido y pagaba un canon anual llamado *solarium* —de *solum* (suelo).

PRENTA E HIPOTECA

Frente a los otros derechos reales sobre cosa ajena, consistentes en derechos limitados de goce, la prenda y la hipoteca son considerados derechos reales de garantía, pues, constituidos sobre una cosa, están dirigidos a ejercer presión sobre su dueño para llevarlo al cumplimiento de una prestación debida y vinculan esa cosa con la eventual satisfacción —indirecta— del crédito a través de ella.

I. La primera garantía real entre los romanos fue la *fiducia* —vocablo derivado de *fides*: buena fe, lealtad, confianza—. Consistía en la alienación de una cosa —por las formas solemnes de la *mancipatio* y la *in iure cessio*— hecha *fiduciae causa* (con la finalidad de la *fiducia*), lo que entrañaba la obligación —exigible con la *actio fiduciae*— de restituir la cosa al mancipante o cedente, una vez pagada la deuda que se había querido garantir.

El acreedor podía vender la cosa si había sido autorizado a ello con un *pactum de vendendo* (pacto de venta); debía dar al deudor todo lo que el precio excediera la deuda garantida —*superfluum*—. Si no mediaba ese pacto y la vendía, era responsable por la cosa ante la *actio fiduciae* que podía poner en juego el deudor.

II. Pero fueron constituyéndose luego otros vínculos reales aptos para garantirle al acreedor la satisfacción indirecta de su crédito sin necesidad de la transmisión de la propiedad: la prenda y la hipoteca.

III. La prenda (*pignus*) consistió al principio en la simple entrega de la tenencia de una cosa mueble o inmueble al acreedor, permaneciendo para el deudor la propiedad o la

posses-sio ad zisucaptionem .

- Esta situación de hecho, protegida por interdictos del pretor —recuérdese que esta hipótesis del *pignus* era uno de los casos anómalos de posesión interdictal— no posibilitaba que con una misma cosa pudieran estar garantidos distintos acreedores. Este inconveniente se superó a través de una evolución de la garantía de la relación contractual entre un locador y un *conductor* (locatario) de fundos.

IV. Era costumbre que los esclavos y otros elementos necesarios para la agricultura introducidos por el locatario en el fundo arrendado fueran vinculados en *pigmis* para la garantía del alquiler.

El pretor protegió esa garantía, primero con el interdicto Salviano, para darle al locador la posesión de esos bienes mientras estuvieran en el fundo arrendado, y luego con la acción Serviana, para reclamar esa posesión si los bienes habían ido a parar a manos de un tercero.

V. Luego, con la posterior extensión de esta acción —con la correspondiente designación de *quasi Serviana*— a cualquier otra constitución en garantía, quedó perfilada frente al *pignus*, basado en la entrega de la cosa en garantía al acreedor, la *conventio pignoris* (convención de prenda) o —como se la llamó más tarde, con vocablo griego— *hipotheca*, que tenía la misma misión que ese *pigmis* pero que no requería la transmisión de la cosa al acreedor. La *actio quasi Serviana, pignoraticia in revi* o *hipothecaria*, promovible contra terceros que hubieren entrado en posesión de la cosa objeto de la convención de prenda, consagraba el carácter real —oponible *erga omnes*— de ese derecho de garantía.

Prenda e hipoteca recaían, pues, indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles y con el mismo carácter de garantía real: la única diferencia es que la última no requería la entrega de la cosa al acreedor. Por ello, la hipoteca resultó de más práctica y frecuente utilización respecto de los inmuebles.

CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA Y DE LA HIPOTECA

Ambas presuponen un crédito simple, o a término, o condicional, y pueden ser constituidas no sólo por el deudor, sino también por un tercero.

Objeto de ellas podía ser cualquier cosa mueble o inmueble *in commercio*. Pero en el derecho justiniano también los derechos reales sobre cosa ajena —servidumbres, usufructo, enfiteusis, *superficies* y aun otro *pignus*— llegaron a ser objeto de la prenda y la hipoteca.

En principio, se constituían, como todos los *iura in re aliena*, por convención entre las partes.

- Podían constituirse por disposición del tribunal en caso de ejecución de sentencia —*pignus in causa iudicati caplum*—. Las *missiones in possessionem*, antiguo medio extraprocesal del pretor, se adaptaron a esa función de garantía con el nombre de *praetorium pignm*.
- En la época posclásica, con frecuencia la ley estableció implícitas (*tacita*) hipotecas que gravaban todo el patrimonio del deudor en garantía (A) de los créditos del estado por impuestos, (B) de pupilos y *minores*, (C) de la dote de la mujer y (D) de la eventual indemnización por daños en inmuebles dados en enfiteusis por la Iglesia.

DERECHOS DEL ACREDOR PIGNORATICO E HIPOTECARIO

El acreedor pignoraticio cometía *furtum usus* si usaba o gozaba de la cosa, entregada sólo en garantía de su crédito.

Al constituirse la prenda solía incluirse la cláusula *com-missoria* *, por la que, no satisfecho oportunamente el crédito, el acreedor quedaba propietario de la cosa prendada. También solía pactarse el *ius distrahendi*, es decir que, en la eventualidad de no cumplimiento de la prestación, el acreedor pudiera vender la cosa para pagarse y restituir el excedente (*superfluum*) al deudor.

La primera cláusula —*lex commisoria*— fue declarada nula por Constantino, pero el *ius distrahendi* se hizo tan inherente a la prenda que Justiniano lo consideró esencial y el acreedor pudo ejercerlo —aun mediando un pacto en contrario— siempre que previamente al deudor se lo instara en tres oportunidades a pagar.

- Si no se presentaba ningún comprador, el acreedor podía pedirle al emperador que le fuera dada en propiedad la cosa, pero en tal caso, el deudor podía rescatarla en el plazo de dos años.
- El acreedor pignoraticio en posesión de la cosa ve extendido su derecho de prenda a los frutos percibidos y aun al parto de la esclava. Podía convenirse que los hiciese suyos como contrapartida de los intereses de la deuda —*antichresis*—; de lo contrario, debía su valor ser descontado de los intereses y de la deuda, quedando el eventual resto para el deudor.
- El acreedor satisfecho debía restituir la cosa prendada al constituyente —deudor o tercero—; pero, por una disposición del emperador Gordiano, pudo retenerla en garantía de un crédito de mutuo no garantido pignoraticiamente.

En la hipoteca —*pignus* sin desplazamiento de la posesión— era posible que la cosa —generalmente un inmueble— pudiera garantir deudas a varios acreedores. En ese caso, regía para los acreedores el principio *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, prevalente en el derecho), por el cual cada acreedor podía hacer valer su derecho después de satisfecho el del acreedor precedente en cuanto al tiempo de haberse constituido la garantía real.

- Pero una hipoteca en garantía de un préstamo para reparar la cosa tuvo prevalencia sobre las demás, sin atención a la fecha de constitución.
- Afirmado en el derecho posclásico el criterio de la publicidad, se dio absoluta preminencia al *pignus publicum* —escrito en actas oficiales— y al suscripto por tres testigos.

EXTINCIÓN DE LA PREnda Y DE LA HIPOTECA

Se extinguían por el cumplimiento total de la prestación, pues si era parcial, subsistía por entero la garantía pignoraticia.

Extingúanse también por la venta de la cosa por parte del primer acreedor, por renuncia, por prescripción y por confusión * de las calidades de acreedor y propietario. También se extinguían, naturalmente, por la destrucción de la cosa. Pero si se trataba de un edificio, la garantía pignoraticia continuaba en vigor sobre el nuevo edificio que en el mismo sitio se levantara.

CAPITULO X

OBLIGACIONES EN GENERAL

La construcción que los romanos hicieron de las obligaciones representa uno de los temas que más influencia van a tener en el derecho occidental posterior.

Á diferencia de otros pueblos, donde todo lo relacionado con este tema aparece con un grado más o menos acentuado de indefinición y primitivismo, los romanos van a construir una noción de obligación muy robusta y clara, la cual fue capaz de dotar a los negocios que se realizaban de una seguridad admirable.

Sin embargo, para comenzar a entender el siguiente significado de la obligación romana debemos ante todo despojarnos de la idea vulgar existente acerca de que cualquier noción de lo que podemos entender por deuda implique o agote el contenido de la *obligatio*.

La noción de *oblígatio* —vocablo derivado de *ligare* (unir, atar)— da la idea de un vínculo, de una atadura, de una ligazón de constreñimiento jurídico de una persona respecto de otra. Por ello, quizá, lo que más sorprenda al estudiante son las exigencias formales que existieron desde los comienzos de Roma para que ese vínculo se considerara realmente formado.

Ello, por otra parte, es lo que le dará a la obligación romana ese carácter tan fuerte de personalización, que recorrerá prácticamente todas las etapas de su evolución histórica y que ofrecerá las principales objeciones para concebir la cesión de créditos y de deudas, procedimientos referidos a una época posterior en que, precisamente, ese carácter personalista estará más debilitado.

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

La obligación (*obligatio*) es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona denominada deudor (*debitor*) se encuentra constreñida a tener que cumplir una determinada prestación a otra persona denominada acreedor (*creditor*).

- La célebre definición de las "Instituta" establece que la obligación es "el vínculo jurídico en virtud del cual nos encontramos constreñidos a tener que pagar alguna cosa, conforme al derecho de nuestra ciudad".
- Generalmente, esta definición es criticada por cuanto si bien hace mención del deudor, no lo hace en cambio del acreedor. Digamos que lo que querían establecer los romanos era la "situación jurídica"¹ del deudor, y en este sentido es evidentemente una *obligatio*. En cambio, si tal situación la definimos desde el ángulo del acreedor —tal la costumbre del derecho moderno—, estaríamos ante el "derecho de crédito" que tiene el acreedor para constreñir al deudor al pago de una prestación. Pero esto ya no sería estrictamente romano.

I. Lo importante de la obligación es la situación de constreñimiento. Dicha situación consta de dos elementos: **el débito y la responsabilidad**.

Por **débito** (*debitum*; o bien para la doctrina alemana, *Schuld*) se entiende el aspecto de

la prestación debida, como, por ejemplo, el deber de entregar 100 sestercios o de hacer una zanja,".

La **responsabilidad** (*Haftung*), en cambio, es propiamente la situación de sujeción jurídica en la cual se encuentra el deudor.

Por ejemplo, en el caso de alguien que celebrase un *nexum* obligándose a pagar una bestia de carga —digamos, un buey—, los juristas romanos distinguirían entre el deber de entregar el buey (*debitum*) y el vínculo de sujeción nacido del mismo *nexum*.

Si el deudor hubiera pagado el buey, habría cumplido lo debido, pero continuaría la responsabilidad, la cual sólo se extinguiría con un rito exactamente contrario al *nexum*, como lo era la *solutio per aes et libram* (liberación por medio del cobre y la balanza).

II. En cuanto a la prestación, ésta puede consistir en un *daré*, en un *praestare* o en un *faceré*.

- El término *daré* se refiere al transpaso al acreedor de la propiedad u otro derecho real sobre la cosa. Así, por ejemplo, en el mutuo —préstamo de consumo— hay un *daré*, por cuanto se debe transpasar el dominio de la cosa fungible prestada.
- El término *prdestare*, en cambio, indica el hecho, en forma genérica, de tener que entregar una cosa, pero sin necesidad de transpasar su dominio: verbigracia, obligarse a entregar una cosa en garantía (*pignus*); o bien como ocurre en el comodato, que es un préstamo de uso.
- El término *faceré*, finalmente, se refiere a toda prestación que signifique la realización de un acto positivo —en sentido genérico, incluido el *daré*—, pero más restrictivamente cuando se refiere a un mero hacer, como en la locación de servicios o en la locación de obra.

EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ROMANA

I. Las obligaciones más antiguas son aquellas que tienen su fuente en hechos ilícitos, es decir que resultan de la comisión de un delito (*delictum*), pero haciendo referencia a los *delicta privata* (delitos privados) y no a los *crimina publica* (delitos públicos).

- La reparación de estos *delicta privata* parece haber seguido una evolución de la cual quedan todavía rastros en la ley de las XII tablas. De este modo, en una primera etapa, el perjudicado por un delito podía ejercer su venganza privada con la aprehensión del cuerpo mismo del agresor, incluso ejecutándolo. Posteriormente, se aplicará para determinados casos la ley del talón, por la cual se podía tomar represalias contra el agresor con un daño equivalente al que había recibido el agredido. Más adelante aún, la reparación de estos delitos se efectuará por la redención del derecho de venganza que tenía el agredido; en virtud de éste, el propio agresor, o sus agnados o gentiles, ofrecían al perjudicado una entrega de bienes para expiar la responsabilidad. Esta evolución culminará cuando el estado regule el *quantum* de esa reparación, incluso tarifándolo de manera muy minuciosa, como ocurre en la ley decemviral. En esta última situación estamos ya propiamente en el supuesto de la *obligatio* tal como la definimos más arriba.

II. También en el derecho antiguo se conocieron algunos ritos jurídicos capaces de crear situaciones obligatorias. En realidad, fueron más bien pocos, pudiendo mencionarse el *nexum* y la *sponsio*. Más tarde aparecerá la *stipulatio*.

- El *nexum* es un acto *per aes et libram*; es decir, utilizando el rito del cobre y la balanza. Este rito debía suceder en presencia de no menos 5 testigos y su contenido resulta bastante oscuro, aun cuando parece ser —situación bastante controvertida— que el deudor, que era el que hablaba, se comprometía a pagar la deuda "automancipando" su propio cuerpo. Lo cierto es que si no pagaba, el acreedor podía ejercitarse contra él la *manus injectio*.
- La *sponsio* era un rito contractual verbal —cuyo contenido originario se lo vincula a la religión— que

consistía en una pregunta, "*Spondes?*" ("¿Te compiometes?¹¹"), seguida de una respuesta: "*Spondeo*" ("Me comprometo"). Debía utilizarse necesariamente el verbo *ipondere*, que por su significado ritual sólo podía ser pronunciado válidamente por los ciudadanos romanos.

- Para poder extender la práctica contractual a los extranjeros entre si, o bien a un romano con un extranjero, se autorizó la *stipulatio* (derivada de *stips*, brizna de paja [que se cortaba en señal de consenso]). Consistía ésta en una pregunta y una respuesta, congruentes entre sí: "*Promittis?*" ("¿Prometes?"); "*Promitto*" ("Prometo"). En este caso se podía utilizar cualquier verbo.
- Generalmente se admite que estas primeras formas de contraer obligaciones tenían vinculaciones con la religión. Según relata Cicerón, era de mucha importancia el juramento (*iurandum*) por el cual alguien se comprometía por su *fides* (buena fe) en presencia de los dioses. No fue, sin embargo, una forma distinta de obligarse, sino más bien un acto que solía preceder a los contratos.

III. La responsabilidad emergente del *nexum* va a sufrir una alteración hacia el 326 a.C, cuando luego de una revuelta popular provocada por la conducta de un acreedor respecto de un deudor por el *nexum*, se aprobó la *lex Poetelia, Papiria*, según la cual se habría atenuado la responsabilidad del cuerpo del deudor para permitirse, en cambio, la ejecución del patrimonio.

IV. El paso siguiente estará dado, ya en el derecho clásico, por la admisión de las obligaciones del *ius gentium* bajo la protección del pretor, de tal modo que las obligaciones podrán ser divididas en civiles y honorarias o pretorias.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Podemos distinguir las obligaciones de acuerdo a cómo sea el vínculo, cómo sean los sujetos, o cómo sea el objeto.

POR EL VINCULO

OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

Lo normal de una obligación es que esté protegida por una *actio*, de tal modo que cuando no se cumple con la prestación, se puede demandar su cumplimiento. Pero por razones de equidad se admitieron obligaciones que carecían de *actio*: éste es el supuesto de las obligaciones naturales.

- Acá la expresión *naturalis* se entiende como opuesta a *civilis*: es el sentido de lo "fáuirus" frente a lo "juídico". Por ello la expresión *civilis* debemos interpretarla en el sentido ornnicomprendivo de obligaciones que tengan *acciones*.

En cuanto a los supuestos de obligaciones naturales, los podemos encontrar, en general, en los créditos y en las deudas de aquellos sometidos a *potestas* —como es el caso de los *filii* y de los esclavos.

- En realidad, lo que hizo el Derecho Romano fue trabajar sobre distintas figuras particulares, como las siguientes.
 - a) Las deudas contraídas por un esclavo *per se*, ya que si estaba autorizado por su amo, éste respondía por aquél, como en el supuesto de las *acciones adiecticiae qualitatis*.
 - b) Las obligaciones contraídas por los *filii* entre sí o respecto del *pater*, salvo el caso de los *peculios*.
 - c) Las obligaciones celebradas por el pupilo sin la *auctoritas* de su tutor.
 - d) Las obligaciones extinguidas por la *capitis deminutio*, como en el caso de una *adrogatio*; o también las extinguidas por la *litis contestatio*.
- Posteriormente se agregaron, en el período posclásico, otros casos, como el de una obligación celebrada por un *filius* en contra de lo dispuesto por el senadoconsulto Macedoniano ° o las nacidas de un simple pacto no formal de pagar intereses.

En todos estos supuestos podemos ver que si bien las obligaciones no son jurídicamente exigibles, no obstante resulta justificado admitir ciertos efectos basados en razones de evidente equidad.

Entre estos efectos corresponde señalar los siguientes.

- 1) Si se pagaba una obligación natural, no se podía luego repetir, por la *condictio indebiti*, lo pagado, aun cuando ese pago se hubiese efectuado por error por considerárselo exigible.
- 2) Una obligación natural podía compensarse con una obligación civil.
- 3) Igualmente, se podía novar una obligación natural convirtiéndola en obligación civil.
- 4) Podían ser afianzadas por medio de una fianza, de una prenda o de una hipoteca.
- 5) Por su carácter de naturales eran tenidas en cuenta en el cómputo de la herencia y del peculio.

OBLIGACIONES CIVILES Y HONORARIAS

Las obligaciones civiles son aquellas que reconocen su fuente en el *ius civile* y, en consecuencia, resultan protegidas por una *actio civilis*.

- Estas obligaciones eran las más importantes en el derecho antiguo. Se distinguían de las demás porque en la redacción de la fórmula debía incluirse la palabra *oportere*: "*oportere daré, faceré aut praestare*" ("es necesario dar, hacer o poner a disposición").
- Más tarde, en los comienzos de la época clásica, se incluirán en este grupo las que corresponden a una *actio bonae fidei*.

Las obligaciones honorarias eran las dotadas de una *actio* por el pretor.

OBLIGACIONES DE DERECHO ESTRICTO Y DE BUENA FE

Esta división está relacionada con otra que comentamos anteriormente: las *actiones stricti iuris* y *actiones bonae fidei*.

- En las *obligaciones stricti iuris*, como ser una *stipulatio*, sólo puede reclamarse aquello que fue estrictamente convenido.
- En las *obligaciones bonae fidei*, el arbitrio judicial tiene más juego para su interpretación. El *iudex* trata de inquirir a la luz de la *fides* lo que quisieron las partes, pudiendo condenar "en aquello que el demandado debe al actor según las exigencias de la buena fe (*ex fide bona*). De este tipo son las obligaciones nacidas de la compraventa, la locación, la sociedad. También en estas últimas el juez puede incluir: a) prestaciones accesorias —intereses, frutos— de manera más libre que en las de derecho estricto; b) pactos adjuntos no formales (*pacta adiecta*) y, c) examinar directamente el dolo o la violencia sin necesidad de que se haya interpuesto, por ejemplo, una *actio doli mali*. La protección de estas obligaciones mediante las *actiones bonae fidei* representó uno de los aportes más importantes de la actuación del pretor .corno arbitro de la *aequitas*

POR LOS SUJETOS

Los supuestos prevén la existencia de una pluralidad de acreedores —aspecto activo— o de una pluralidad de deudores —aspecto pasivo—, e incluso, en algunos casos, ambas situaciones al mismo tiempo.

OBLIGACIONES PARCTARIAS

Si se trata de una pluralidad de acreedores, cada uno de éstos podrá exigir la parte que le corresponde en la obligación, la cual se divide en *pro parte* o *pro rata*. Si se trata de una pluralidad de deudores, cada uno de éstos se encuentra constreñido a pagar también su parte.

Significa, pues, que la obligación, unitaria en un comienzo, se fracciona en tantas obligaciones autónomas como partes hubiere.

- Estas obligaciones —llamadas también mancomunadas— constituyen la inmensa mayoría. Así, por ejemplo, si hay varios coherederos, cada uno de ellos es acreedor o deudor *pro parte*.

OBLIGACIONES CUMULATIVAS

Se da en supuestos en los que existen un acreedor y varios deudores, o varios acreedores y un deudor. La obligación se multiplica, debiendo recibir cada acreedor la totalidad de la prestación, o cada deudor satisfacerlas en plenitud.

- Es el caso en que una misma persona vende separadamente la misma cosa a varias personas, obligándose por ello a la prestación íntegra respecto de cada uno de los compradores.
- O como cuando un testador ha instituido el legado de una sola cosa en favor de dos personas simultáneamente, en que para cumplirlo el heredero deberá entregar a uno de los legatarios dicha cosa, y al otro el valor estimado de la misma.
- Del mismo modo, se admitió, en la época clásica, que en caso de comisión de un delito, cada uno de los autores se obligaba a pagar la pena en forma íntegra.

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Si existe un solo acreedor y varios deudores obligados solidariamente, puede exigírsele el pago íntegro de la prestación a uno cualquiera de ellos —*in solidum*—. Pero una vez pagada, la obligación se extingue para todos.

Si existen varios acreedores y un solo deudor, puede exigírsele a éste cumplir la prestación en forma íntegra para uno cualquiera de los acreedores; pero pagada a uno, se extingue el derecho de exigirla por parte de los demás.

- Para el Derecho Romano, la obligación es siempre "única", ya que la prestación debida es una sola, no obstante que en algunos textos se hable de *duae obligationes* (dos obligaciones).

Las obligaciones solidarias pueden nacer de un contrato, de un testamento o de la ley.

- En el caso del contrato, el ejemplo típico es la *adstipulatio*. En su celebración, se hace variar el sentido de la pregunta y de la respuesta. Así, en la solidaridad activa uno de los acreedores pregunta al deudor: "¿Me prometes dar 100?; a su vez, el otro acreedor también pregunta: "¿Me prometes dar esos mismos 100?", a lo que el deudor responde: "Ya sea a uno o a otro de vosotros os prometo dar 100". En cambio, en la solidaridad pasiva, uno de los acreedores pregunta: "Seio, ¿me prometes dar 100?", y luego el otro: "Mevio, ¿me prometes dar esos mismos 100?", a lo que cada uno de los deudores contesta: "Lo prometo"; o ambos a la vez: "Lo prometemos".
- En el caso del testamento podía darse la solidaridad de un legado *per damnationem*. Esta solidaridad podía ser activa: "Que por medio de mi heredero le sean dados 100 a Ticio o bien a Mevio". Aquí, cualquiera de los legatarios podía exigir el legado al heredero. Pero también pasiva: "Que mi heredero Lucio Ticio o mi heredero Mevio den 100 a Seio", por lo cual ambos herederos resultaban obligados solidariamente. Para evitar las dudas que se suscitaban, Justiniano exigirá claridad indubitable en el caso de la solidaridad activa, pues de lo contrario los legatarios se podían considerar acreedores parciales.
- Surgen también por la ley cuando ésta sí lo dispone, como, por ejemplo, en las obligaciones delictuales de la época de Justiniano —antes eran cumulativas—; también en el caso de las obligaciones de los fiadores —*sponsores, fidepromissores*—, lo mismo para las obligaciones de los cotutores o co-curadores

respecto de sus pupilos, etcétera.

En las obligaciones solidarias se plantea el problema de si el deudor que pagó tiene derecho a exigir a los otros codeudores una cuota parte de contribución; y otro tanto ocurre en el caso del acreedor que percibió la prestación, en el -sentido -de si puede ser obligado a distribuirla entre los coacreedores.

Este supuesto —denominado "acción de regreso"— no fue admitido durante la época clásica, ya que se entendía que la obligación era única, importando la prestación el "todo" de aquélla. Sin embargo, se la admitió siempre que entre los deudores o acreedores hubiera una relación interna que permitiera el ejercicio de una *actio*. Así, por ejemplo, si los deudores formaban una sociedad, el que había pagado podía exigir que se compartiera dicho pago por la *actio pro socio*.

- En el mismo caso se encontraban quienes podían ejercitar la *actio communi dividundo* —supuesto del condominio— o la *actio familiae erciscundae* —supuesto de la indivisión hereditaria.
- En la época posclásica se admitió la "acción de regreso", primeramente, en el caso de los cotutores, y luego Justiniano la permitió con carácter general para todos los supuestos.

OBLIGACIONES AMBULATORIAS

Se trata acá de obligaciones en las cuales el sujeto activo o el pasivo, o ambos, no están determinados en el momento de celebrarse la obligación, debiéndose no obstante la prestación por parte de o a favor de aquel que se encuentre en determinada situación.

- Así, por ejemplo, si un animal daña la cosa del vecino, la obligación existe en la cabeza de quien fuere el dueño del animal en el momento de intentarse la *actio*.
- También, la obligación de reparar el muro en el supuesto de la servidumbre *oneris ferendi* corresponde a quien sea propietario del fundo sirviente.

Lo mismo la obligación de pagar los impuestos, que corresponderá a quien sea propietario, enfiteuta o superficiario del terreno, aun cuando añan a períodos en que estas personas no tenían nada que ver con el inmueble.

Se explica, a través de estos ejemplos, el carácter ambulatorio de estas obligaciones por cuanto nacen y se carga sobre un animal o un terreno con cierta independencia de quien resultare titular del dominio o derecho real.

POR EL OBJETO

OBLIGACIONES GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS

La obligación es **genérica** cuando la prestación debida consiste en objetos determinados únicamente por su género: así, por ejemplo, un caballo, un buey, diez medidas de trigo.

- Si no se ha especificado ninguna cláusula especial, el que determina la elección del objeto con que se pagará la obligación es el deudor. Si el acreedor se ha reservado la elección, le corresponderá a él. Este *ius electionis* se transmite a los herederos.
- Debido al género, la obligación se debe siempre, puesto que se considera que aquél no perece nunca, a menos que, dado un género muy estrecho, se demuestre la imposibilidad total del cumplimiento, lo cual es un caso por lo demás raro.
- Cuando la elección corresponde al deudor, éste puede pagar —en el derecho clásico— con cualquier objeto comprendido dentro del género, no importando la calidad del mismo. Justiniano, en cambio, establecerá que se debe pagar una cosa de "calidad media", de tal modo que el deudor no se libere pagando una especie mala o pésima, ni el acreedor pueda pretender una de calidad óptima.

La obligación es específica cuando la prestación consiste en un objeto claramente determinado. Así, este caballo blanco, las diez medidas de trigo que tienes en tu

granero, etcétera.

- Acá ocurre que si la especie se extingue por caso fortuito la obligación también se extingue.

OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Son divisibles las obligaciones cuando las prestaciones debidas pueden ser fraccionadas en partes —sin menoscabo de su naturaleza o valor— a los efectos de su cumplimiento. De lo contrario, son indivisibles.

- El ejemplo más típico de obligaciones divisibles es el relativo a sumas de dinero.
- En general, las prestaciones de *daré* son divisibles, ya que en la transmisión del dominio y otros *iura in re* con excepción de las servidumbres—, éstos se pueden constituir *pro parte*.
- En cambio, las prestaciones de *faceré* son indivisibles, por la obvia consideración de la imposibilidad de su cumplimiento por partes. Existiría una excepción cuando se trata de obras o servicios que se pueden cumplir en medidas determinadas; así, por ejemplo, hacer cosas que se pueden medir, pesar o contar.
- En la época clásica a las indivisibles se las juzgó igual que a las solidarias en cuanto a su cumplimiento. Justiniano modificó este principio teniendo en cuenta las siguientes situaciones: a) si hay varios acreedores, el deudor que paga puede pedir una caución al acreedor que ha cobrado la deuda por si los otros le reclamasen, b) si hay varios deudores, el interpelado al cumplimiento puede pedir una prórroga y exigir previamente una contribución a los demás codeudores, y e) ante el incumplimiento, la obligación se toma divisible en cuanto a la indemnización de daños e intereses, la que se debe pagar *pro parte*.

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

En la obligación alternativa, la prestación es única, pero al deudor le es dada la opción de elegir para su cumplimiento entre dos o más objetos establecidos disyuntivamente. Por ejemplo: "¿Prometes darme 100 o el esclavo Sticho?".

- En principio, la elección corresponde —salvo que se disponga lo contrario— al deudor. Este *tus variandi* es transmitido a los herederos.
- Se discutió a quién correspondería el *ius variandi* en el supuesto de que el deudor hubiese pagado por error los dos objetos y luego pretendiese repetir uno de ellos. Justiniano resolvió darle la elección al deudor, avalando la opinión de Juliano y Papiniano y en contra de Celso, Marcelo y Ulpiano que se inclinaban por el acreedor.
- En cuanto a los riesgos que eventualmente pudiesen correr los objetos, se decidió que a) si por caso fortuito se extinguían todos los incluidos en la elección, también la obligación se extinguía; b) si por un hecho fortuito se extinguía uno de ellos, se debían el otro o los otros, persistiendo el *ius variandi* — Justiniano en este caso le admite al deudor el liberarse pagando el valor estimado de la cosa extinguida—; c) si uno de los objetos se extinguía por caso fortuito y otro por culpa del deudor, éste no se liberaba sino que se veía expuesto a la *adió doli* del acreedor.

En la obligación facultativa, la prestación reside en un objeto determinado, pero el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro en el momento del pago.

- La diferencia con la obligación alternativa debemos establecerla de la siguiente manera: en ésta los objetos opcionales integran el contenido de la obligación —están *in obligatione*—; en cambio, en la facultativa hay un solo objeto, apareciendo el otro no *in obligatione*, sino *in solutione* (en el pago). Por ello es que si se extingue el objeto *in obligatione* por caso fortuito, directamente queda extinguida la obligación.
- Un ejemplo de obligación facultativa, según algunos juristas —otros entienden que de alternativa—, sería el del *pater* obligado por el daño ocasionado por el esclavo. En principio, lo que debe es la indemnización de ese daño, pero se puede liberar entregando al esclavo (*noxae deditio*).

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CLASIFICACIONES

- a) Gayo, en sus "Instituía", fue el primero en clasificar las fuentes de las obligaciones, estableciendo que éstas nacen de un contrato (*ex contracta*) o de un delito (*ex delicio*).
- b) Posteriormente, en otra obra suya, "Libri rerum cottidianarum sive aureorum", agrega a la clasificación bipartita originaria un tercer cuadro de figuras que deja indeterminadas, llamándolas "*variae causarum figurae*" ("varias figuras de causas").
- c) Finalmente, en Justiniano encontramos explicitadas estas figuras, a algunas de las cuales, por su cercanía con los contratos, las llama "*quasi ex contráctil*"; en tanto a otras, por su parecido con los delitos, las denomina "*quasi ex maleficio*" o "*quasi ex delicio*".

En lo que resta de este capítulo examinaremos estas fuentes, salvo en lo que respecta a los contratos, que por su complejidad e importancia serán vistos de manera especial en el siguiente capítulo.

OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITOS

Se entiende por delito todo acto ilícito que esté sancionado con una pena.

- Para resultar responsabilizado por un delito es suficiente, en cuanto a la edad, ser *impúber pubertati proximus*, pero también pueden serlo algunos que carecen de capacidad negocial, como el del esclavo o del pródigo.
- El perjudicado por el delito tiene la oportunidad de ejercitar una acción penal para conseguir el cobro de la pena, que en un principio pudo ser corporal, pero luego se convirtió en pecuniaria.
- Esta acción penal no es incompatible, en cuanto a su ejercicio, con alguna acción reipersecutoria, la cual se puede acumular. Así, por ejemplo, quien sufre el *furtum* tiene la *actio furti* —por la pena del *quadruplum* o el *duplum* del valor de la cosa—, pero además también la *condictio furtiva* y la reivindicación para recobrar la cosa.
- Esta acción penal es en principio intransmisible: no se puede ejercitar contra los herederos del delincuente ni por los herederos del perjudicado. Sin embargo, este principio fue evolucionando: por un lado, se permitió contra los herederos del delincuente por el monto de lo que éstos hubieran aprovechado económicamente; por otro, sólo fueron intransmisibles para los herederos del perjudicado las de contenido personalísimo, como la *actio iniurianim* (acción de injurias).
- La acción penal admite el beneficio de la *deditio noxae*. Cometido el delito por un *filius* o un esclavo, es responsable el *pater*; pero éste se libera de la pena pecuniaria entregando *in causa mancipi* al ofendido la persona del hijo o en propiedad al esclavo.

Los romanos conocieron dos clases de delitos: los públicos (*crimina*) y los privados (*delicia* o *maleficia*). Sólo corresponde aquí ocuparse de estos últimos.

En realidad, los romanos, más que concebir una categoría genérica y abstracta de delitos, configuraron una serie pequeña de figuras delictuales concretas, como el *furtum*, la *rapiña*, el *damnum iniuria datura* y la *iniuria*.

EL FURTUM

Consiste en el apoderamiento de una cosa ajena para considerarla como propia en contra de la voluntad de su dueño.

La figura del *furtum* se irá configurando lentamente. Por cierto que excedió lo que hoy día se conoce por "hurto" pues englobaba también otras situaciones.

No sólo era la *amotio rei* (remoción de una cosa ajena), sino también la *retentio invito domino* (retención de una cosa en contra de la voluntad del dueño), como es, por ejemplo, el caso del depositario que se niega a restituir la cosa depositada. Por eso, para englobar ambas posibilidades, aparece la noción de *conrectatio rei* (apoderamiento material de la cosa).

Desde la época clásica se van configurando ciertas situaciones especiales que enriquecen los caracteres del *furtum*. Así, se distingue el *furtum rei* (sustracción de una cosa) del *furtum usus* —que es usar de una cosa en contra' de la voluntad del dueño, como cuando le pido prestado a Ticio un caballo para dar un paseo y me lo llevo a la guerra— y del *furtum possessionis* —que es la sustracción de la cosa propia que está por buena fe en posesión de un tercero, como ocurre cuando el deudor sustraer al acreedor la cosa dada en *pignus*—. En este último caso, como lo señala Gayo, se da la paradójica circunstancia de cometer *furtum* sobre la cosa propia (*furtum rei suae*).

El *furtum* se integra con un elemento subjetivo configurado por el dolo (*dolus malus*); o, más específicamente, por el *affectus furandi* (voluntad de robar), o por el *animus furandi* (ánimo de robar). Algunos autores agiegan la necesidad de existencia del *animus lucri faciendi* (voluntad de querer enriquecerse), que funcionaría como distinto del anterior; pero la mayoría de la doctrina los ve como sinónimos.

Clases de furtum. — Podemos distinguir las siguientes:

1) *Furtum manifestum* y *nec manifestum*. Es *manifestum* cuando el ladrón es sorprendido *in flagranti delicto*; es decir, en el momento mismo de la comisión, o dentro del lugar en que se cometió el delito —doctrina clásica—; o, más ampliamente para Justiniano, cuando incluso se lo ve al ladrón llevar en público o en privado la cosa robada. De no darse estas situaciones es *nec manifestum*.

- En la ley de las XII tablas el *furtum manifestum* era penado, si se trataba de un hombre libre, con azotes y adjudicación de su cuerpo al perjudicado en una situación similar a la del esclavo —*addictus*—; en cambio, si se trataba de un esclavo, era azotado y arrojado desde lo alto de la roca Tarpeia.
- Si el ladrón *manifestus* cometía el delito de noche, o bien, siendo de día, lo hacía armado, directamente se le podía dar muerte, pero debía haberse requerido previamente a grandes gritos a los vecinos.
- Estas penalidades van a ser dejadas de lado posteriormente, estableciendo el pretor en su edicto que el *manifestum* es penado con el pago del *quadruplum* —o sea, cuatro veces el valor de la cosa— y el *nec manifestum* con el *duplum*. En este último caso se conservó la misma pena que en la ley decemvira).

2) *Furtum conceptum* y *oblatum*. Algunos autores suelen llamar *furtum conceptum* los casos en que el perjudicado descubre la cosa robada en la casa de alguien mediante una pesquisa solemne —*perquisitio lance licioque*—, aunque en realidad se trataría, más bien, de la *actio furti concepti*.

Si la cosa era encontrada en la casa de alguien porque otro se la había entregado, aquél no quedaba libre de responsabilidad, pero tenía contra éste la *actio furti oblati*. A este supuesto se lo suele llamar *furtum oblatum* (hurto entregado).

- La *perquisitio lance licioque* la debía efectuar la víctima vestida solamente con un taparrabos (*licium*) y llevando en la mano un platillo (*lanx*). Este rito, posiblemente vinculado con prácticas mágico-religiosas, no ha encontrado aún una explicación convincente. Desapareció con la *lex Aebutia* (s. n a.C.) para ser reemplazado por un registro efectuado ante testigos.
- Tanto la pena del *furtum conceptum* como la del *furtum oblatum* debía ser cumplida por el *triplum*.

- Surgieron también otras acciones: la *actio furti pwhibiti*, que era sancionada con el *quadruplum* cuando se impedía el registro, y la *actio furti non exhibiti*, ejercida contra quien, no obstante haberse hallado la cosa en su poder se negase a exhibirla ante el juez. Justiniano suprimirá el registro y este tipo de acciones.

Acciones que puede ejercitar la víctima del furtum. — Aparte de las *acionis furti* ya mencionadas —que eran puramente penales—, si la víctima era la propietaria podía ejercitar también la *condictio furtiva*, que, dirigida contra el ladrón y sus herederos, tendía a lograr la restitución de la cosa si éstos hubieran aprovechado de ella.

Igualmente, el propietario víctima del robo podía ejercer la reivindicación, que contenía efectos reipersecutorios más amplios, pues podía dirigirse contra cualquiera —además del ladrón y sus herederos— que detentase la posesión de la cosa robada.

LA RAPIÑA

Se entiende por *rapiña* la sustracción violenta cometida por una banda de hombres, si bien posteriormente se admitió que un delito era *rapiña* aun cuando la sustracción la hubiese cometido un solo hombre y siempre que mediara violencia, con armas o sin ellas. Por esta razón configura un *furtum* calificado.

- Este delito tuvo su origen en los excesos realizados por grupos armados hacia fines de la República. Debido a la levedad de la pena que podía corresponderle a los autores —ya por *iniuria*, ya por el daño injusto previsto en la *lex Aquilia*—, el pretor peregrino M. Lúculo, en el año 76 a.C., creó una acción más enérgica que la del *furlum* —dificilmente se podía ser aprehendido *in flagranti delicio*— que fue la *actio vi bonorum raptorum* (:icción de bienes arrebatados por la fuerza).
- Esta acción, dirigida contra el *fur improksi* (ladrón malvado), era infamante y se la podía ejercer por el *quadruplum* si se la intentaba llevar a cabo en el curso del año en que había ocurrido el hecho; en cambio, intentada después del año era por el solo valor de la cosa

EL DAMNUM IN1URIA DATUM

Se trata del daño ocasionado en forma culposa sobre una cosa ajena. Fue contemplado por la *lex Aquilia*, que, en realidad, se trató de un plebiscito propuesto por el tribuno Aquilius, tal vez a principios del siglo III a.C.

Con esta ley se contempló en forma global el daño injusto. En la ley de las XII tablas estaban previstos sólo algunos casos, como la *actio de pauperie* (contra el dueño de un animal que ocasionare un daño), la *actio de pastu pécaris* (contra el dueño de un animal que pastare en fundo ajeno) y la *actio de arboribus succisis* (contra aquel que hiciere un con te abusivo de árboles ajenos).

La *lex Aquilia* contiene tres capítulos, de los cuales sólo el primero y el tercero se relacionan con este delito.

En el primer capítulo se establece que "quien matare injustamente a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo "que se halle comprendido en un rebaño, sea condenado a dar al dueño tanto cuanto fuera el máximo valor que hubo tenido la cosa en ese año".

En el tercer capítulo se prevé toda otra clase de daño sobre cosa ajena, como ser el herir a los comprendidos en el capítulo primero, o la quemadura, fractura, ruptura o

derramamiento de una cosa ajena. La pena consistía en pagar al dueño el máximo valor que hubiere tenido la cosa en los treinta días anteriores al daño.

- Tanto en este caso como en el anterior, la *actio ex lege Aquilia* es considerada mixta —penal y reipersecutoria al mismo tiempo—, ya que, al decir "máximo valor", eventualmente había que pagar un valor mayor al que tenía la cosa en el momento de la comisión del delito. De este modo, si el daño era sobre un esclavo que padeciese una cojera en el momento del hecho por un accidente ocurrido tres meses antes, en caso de que tal situación entrase en el primer capítulo, el valor que había que pagar era el que tenía el esclavo cuando estaba perfectamente sano. La acción era reipersecutoria hasta el precio de la cosa en el momento del daño, y penal por la diferencia con el mayor precio que pudo tener en el último año o treinta días anteriores al daño.
- *El damnum* debía ser *iniustum*; esto es, haber sido ocasionado por dolo o por culpa, aun admitiéndose que ésta fuera en grado levísimo. Así, por ejemplo, el soldado que se ejercitase con flechas en un lugar no destinado a los ejercicios de guerra e hiriese a un esclavo ajeno.
- Por otra parte, para dar lugar a la *actio ex lege Aquilia* se requería que el daño fuera *corpore corpori datum*, es decir, causado por la acción del cuerpo de alguien directamente sobre el cuerpo del animal o cosa. Se entendía que ello no ocurría si por ejemplo alguien encerraba a un animal ajeno y lo dejaba morir de hambre; o también si se incitaba a un esclavo propiedad de un tercero a subir a un árbol y por esta causa se fracturaba un brazo. Sin embargo, por razones de equidad, el pretor concederá acciones útiles o acciones *in factum* para la reparación de los daños causados ni hipótesis de este tipo.

LA INIURIA

La palabra iniuria tiene un sentido muy amplio cuando se refiere a todo aquello que no se hace conforme a derecho. Aquí, en cambio, contempla en forma restringida toda acción física —golpes de puño, fracturas— verbal —insultos— o escrita —libelo agravante— que afecte a una persona libre.

- La *iniuria* se puede sufrir directamente o también cuando se produce sobre un hijo o hija, o descendiente, o sobre la mujer propia, por ejemplo, si se la cortejare. En cambio, no corresponde la *iniuria* sobre un esclavo, a menos que con ello se pretendiera indirectamente injuriar al *dominus*.
- Se debe cometer en forma dolosa, con intención de ofender. No existiría tal intención si se hiciera *animo iocandi* (con intención de bromear). Tampoco, si por querer herir a un esclavo, se hiriera a un hombre libre.

En la ley de las XII tablas se establecía una pena especial para cada caso: para el supuesto de un miembro roto, el talión; para un hueso dañado por contusión la pena era de 300 ases si se trataba de un hombre libre, y de 150 si se trataba de un esclavo. Las otras injurias eran penadas con 25 ases.

Este sistema se tornó luego obsoleto, por lo que el pretor estableció uno nuevo que concedía la *actio iniuriarum* por el monto que estimara el actor si se trataba de una injuria leve, y por el monto determinado por el mismo pretor si se trataba de una injuria grave.

- La distinción entre grave y leve depende de las circunstancias. Así, por razón del hecho, no era lo mismo un mero exceso de lenguaje que una herida o fractura; por razón del lugar, no era lo mismo que ocurriera en privado que en el teatro o en el circo; por razón de la persona, no era lo mismo la injuria vertida contra un magistrado o un senador que contra un hombre común.
- La acción nacida de este delito se extingue por la *dissimulatio*, es decir, por el perdón del ofendido, que olvida —disimula— el ultraje recibido.
- En la época de Sila se dictó la *Lex Cornelia de iniuriis* (entre los años 82 y 79 a.C.), por lo cual se tipificaron formas especiales de injurias: así, el haber sido empujado (*pulsatio*) o azotado (*verberatio*) —teniendo en cuenta aquí más la ignominia sufrida que el daño corporal— y la violación de domicilio.
- Aparte de esa acción civil de injurias se permitirá en ciertos casos la incriminación pública, de tal modo

que se pudiese lograr una pena corporal; por ejemplo, en el caso en que se publicase un libelo infamante, o se injuriase al culto cristiano, o a los lugares sagrados, o a los sacerdotes. La persecución civil, por un lado, y por otro la criminal, serán la regla en la época justiniana.

OBLIGACIONES NACIDAS QUASI EX DELICTO

Debido a la existencia de ciertos hechos no previstos directamente como delitos, se fue construyendo desde la época clásica una serie de casos en los cuales el pretor concedía para su persecución acciones penales *in factum conceptae*. Su nota común es la exigencia de la culpa, aun cuando en algún caso se exige el dolo.

Estos casos —mencionados en las "Instituía" de Justiniano— son los siguientes.

EL SUPUESTO DEL JUEZ QUE HACE SUYA LA CAUSA

Ocurre cuando el juez, dolosamente, se inclina por una de las partes al dictar sentencia.

- En la época justiniana se engloba, incluso, la negligencia puesta por el juez. La acción *in factum* progresó por el monto del daño ocasionado.

EL CASO DEL EFFUSUM ET DEIECTUM

Si de una habitación se ha arrojado (*effusum*) o tirado (*deiectum*) alguna cosa que ha causado perjuicio a otro, el *habitator* —sea propietario o no— debe responder —aun cuando no lo haya arrojado o tirado él, sino su hijo o su esclavo— como si fuera un delito (*quasi ex delicio*).

- Si el daño era respecto de una cosa, la acción lo era por el *duplum*; si se hubiere ocasionado la muerte de un hombre libre, la pena era de 50 sólidos de oro; pero si simplemente se lo hería, el juez debía estimar equitativamente la indemnización.

EL CASO DEL POSITUM ET SUSPENSUM

Si el *habitator* de una casa —fuese propietario o no— ha puesto (*positum*) o colgado (*suspensum*) un objeto que al caerse occasionare un daño, debe responder con una pena de diez sólidos de oro y ello ocurre con independencia de su culpabilidad.

EL SUPUESTO DEL DUEÑO DE UN NAVIO, POSADA O CABALLERIZA

Si en un navío, en una posada o en una caballeriza, alguno de los dependientes roba u ocasiona un perjuicio a quienes se encuentran en esos lugares, el dueño de los -mismos —no sus herederos— deberán responder ante el perjudicado —y sus herederos— por el daño causado.

- Se juzga acá que el dueño de esos lugares es culpable por "haberse valido de hombres malos", que son los que realmente cometieron los hechos —*culpa in eligendo* (culpa en la elección).

OBLIGACIONES NACIDAS QUASI EX CONTRACTO

La nota común de estos actos lícitos es la falta de consentimiento —requisito de los contratos—. Sin embargo, por razón de equidad, fueron dotados de acción por el pretor. Comentamos a continuación los principales casos.

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

Se entiende que hay gestión de negocios (*negotiorum gestio*) cuando una persona, sin mandato de otra, realiza unilateralmente negocios útiles para aquél.

- Según lo dice Justiniano, "esto ha sido admitido por utilidad para que los negocios de los ausentes, obligados a partir súbitamente y a toda prisa sin haber confiado a nadie su desempeño, no quedaran en abandono, porque ninguno, sin duda, se ofrecía a cuidarlo, si no tuviera ninguna acción para reclamar los gastos que en ellos hubiese hecho".
- El *gestor* debe realizar en pro del dueño del negocio (*dominus negotii*) un acto que redunde en su beneficio —ya sea porque le ocasione un beneficio o le evite un daño—, como ocurre cuando se repara una casa, se cura a un esclavo, o se paga una deuda.
- De la *negotiorum gestio* deriva la *actio negotiorum gestorum*, la cual puede tener dos formas distintas: a) la *directa*, que puede intentarla el *dominus negotii* para obtener de la gestor la restitución de todo lo obtenido en la gestión, pudiendo responsabilizarlo, en caso de haber infringido su deber de diligencia, por el monto del daño ocasionado; b) la *contraria*, que puede intentar el gestor contra el *dominus negotii* para obtener la indemnización por los gastos efectuados y daños sufridos.

LA TUTELA

Justiniano asimila este caso como *quasi ex contractu*, ya que los tutores obligados por la *actio tutelae* no lo están por un contrato —no hay contrato entre el tutor y el pupilo—, pero sí por algo parecido a un contrato.

Ello tiene sentido en relación con la *gestio* del tutor, generándose la posibilidad de la *actio tutelae directa* y *actio tutelae contraria*.

EL CONDOMINIO Y LA INDIVISIÓN HEREDITARIA

Cuando una cosa —condominio— o un patrimonio —indivisión hereditaria— está en común entre varias personas, si una de ellas efectúa un arreglo o percibe frutos, estos actos generan, el uno, la obligación de los demás de compartir el gasto; el otro, de repartir los frutos percibidos. Como aquí no hay un contrato entre las partes —el que se le aproxima es el de sociedad—, se entiende que dichas obligaciones nacen *quasi ex contraetu*, es decir, como si fuera una sociedad.

EL PAGO POR ERROR

Cuando alguien paga por error una cosa no debida, o paga más de lo debido, quien ha aceptado el pago está obligado a la devolución de lo indebidamente pagado (*condictio indebiti*).

Esa obligación no nace de un contrato sino *quasi ex contráctil*, como si lo dado indebidamente lo hubiera sido en virtud de un mutuo.

LOS LEGADOS

Interpreta también Justiniano que la obligación que tiene el heredero de cumplir el legado respecto del legatario no nace de un contrato —inexistente entre heredero y legatario—, por lo que anota esta obligación como teniendo su fuente *quasi ex*

contráctil.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Se suele mencionar también como una fuente de las obligaciones el llamado "enriquecimiento sin causa". Estamos acá en presencia de una doctrina moderna, según la cual una persona no puede enriquecerse por una cosa que le haya dado otra sin la existencia de una causa jurídica (*iusta causa*) que así lo justifique. Los romanos, al respecto, sólo contemplaron algunos casos concretos, sin estructurar una doctrina. Esos casos, elaborados por el pretor sobre la base de concesión de las *condictiones*, serían los siguientes: a) la *condictio indebiti*, para obtener la restitución de lo pagado por error; b) la *condictio ob turperm causam* o *iniustum cansam* para lograr la devolución de una prestación hecha por causa ilícita o inmoral; c) la *condictio causa data causa non secuta*, para conseguir la restitución de una prestación que había sido hecha teniendo en cuenta un resultado futuro, cuando éste no se produce; d) la *condictio sine causa*, que engloba todos los supuestos de inexistencia de causa; e) la *condictio furtiva*, para lograr la restitución de la cosa hurtada; f) la *condictio ex lege*, cuando la ley reconoce una obligación sin indicar una acción precisa; g) la *condictio generalis*, establecida en concurrencia de las acciones nacidas de un contrato, quasi-contrato o delito.

En realidad, las dos últimas —admitidas por Justiniano— no serían ejemplificativas, como las otras *condictiones*, de casos de enriquecimiento sin causa.

GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

FIANZA

Una obligación puede ser garantizada por medio de garantías personales —fianza— o por medio de garantías reales —prenda e hipoteca—. De estas últimas ya se ha tratado en el capítulo de los derechos reales.

La fianza es una obligación accesoria por medio de la cual una persona se obliga a responder con lo suyo por deuda ajena.

- Debido a la alta estima que los romanos tenían del honor y de la amistad, la fianza alcanzó una importancia muy grande —quizá mayor que las mismas seguridades pignoraticias — rodeándola de un halo de verdadero deber de lealtad.

En la época clásica hubo tres clases de fianzas: *sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*.

SPONSIO

Como su nombre lo indica se trata del contrato verbal, que sólo podía celebrarse entre ciudadanos romanos.

- Al fiador (*sponsor*) se le pregunta luego de celebrado el negocio principal: "¿Prometes darme lo mismo?".
- La obligación contraída por el *sponsor* no se transmite a los herederos.

FIDE PROMISSIO

Se realizaba por medio de una *stipulatio accesoria* —para que pudiera ser celebrada por no ciudadanos—, rigiéndose por las mismas reglas que la *sponsio*

- Varias leyes reglamentaron en la República ambas clases de fianza. Así, la *lex Apuleia* disponía que, habiendo varios fiadores, si uno de ellos pagaba más que su parte, podía hacerse reembolsar de los otros el excedente por medio de una acción.
- Igualmente la *lex Furia* —que rigió sólo en Italia— limitaba la responsabilidad de esta fianza a dos años, luego de los cuales se extinguía; también se establecía que cada uno pagaba con su parte viril, y si uno de ellos era insolvente, no se cargaba sobre los demás sino que se perjudicaba el acreedor.
- Por la *lex Cicereia* se prescribía que el acreedor debía hacer saber públicamente la clase de crédito, el monto y la cantidad de fiadores. De lo contrario, parece ser que éstos quedaban liberados.

FIDEIUSSIO

Por medio del verbo empleado en la pregunta y respuesta —se sigue la mecánica de la *stipulatio* — se da a entender que el fiador queda obligado por su fe y lealtad.

- A diferencia de los dos anteriores, esta institución, aparecida en el siglo i a C, se puede emplear para garantizar todo tipo de obligaciones y no solamente las que surgen de la *sponsio* o de la *stipulatio*.
- No estando sujetos a las leyes *Apuleia*, *Furia* y *Cicereia*, los cofiadores —salvo regla contraria— responden solidariamente.
- La *fideiussio* es una fianza más típica, ya que es un respaldo accesorio de la obligación principal; en la *sponsio* y en la *fidepromissio* se obligan por lo mismo que el deudor principal.
- Por último, se transmite a los herederos.

CARACTERES COMUNES

- (A) Por ser accesorias se pueden constituir por menos o igual monto que la deuda principal, pero no por más.
- (B) A partir de una constitución de Adriano, el fiador tendrá, respecto de sus cofiadores, el *beneficium divisionis*: si es demandado, puede exigir que se divida la deuda en tantas partes como deudores solventes haya.
- (C) En la época de Justiniano quedó sólo la *fideiussio*. Se permitió el *beneficium excissionis* (beneficio de excusión), por medio del cual el fiador podía pedir que primeramente se ejecutare al deudor principal.
- (D) El fiador que paga la deuda tiene —en forma indudable desde Justiniano— derecho para dirigirse contra el deudor principal.

En la época clásica, si se trataba de la *sponsio*, tenía una *actio repetisi*; si había mediado un mandato entre ambos, tenía la *actio mandati contraria*. En general, el acreedor solía ceder sus acciones al fiador que se disponía a pagar.

Justiniano otorgará con carácter genérico el *beneficium cedendarum actionum*: el fiador que paga tiene derecho a que le sea cedida la acción que tenía el acreedor contra el deudor.

TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS

La idea de que una obligación pudiera ser cedida —ya fuere por el aspecto del crédito o de la deuda— representó una noción muy difícil de aceptar en Roma. Ello era debido

sustancialmente al carácter eminentemente personal que tenía el *inris vinculum* que se trataba entre el acreedor y el deudor.

Las maneras empleadas para solucionar ciertas necesidades de transmisión de créditos y de deudas revelan las grandes dificultades existentes.

CESIÓN DE CRÉDITOS

I. El modo primero que conocemos en la evolución jurídica romana fue la *novatio* * cuando se operaba un cambio de los acreedores. Inducido por el acreedor A, el deudor B accedía a prometer por una *stipiclatio* que le dirigía C a pagarle a éste el objeto de la prestación debida anteriormente.

- Técnicamente, no es una cesión de crédito, ya que por los efectos novatorios el primer crédito se extinguía transformándose en la nueva obligación.
- Tenía el inconveniente de que había que contar con el asentimiento del deudor, quien era libre de prestar el mismo o no.
- Por otra parte, al extinguirse la primera obligación, se extinguían los accesorios —garantías, intereses—, u menos que se hubiese tomado la precaución de constituidos nuevamente.

II. Para poder obviar estos inconvenientes se recurre al mecanismo procesal. Quien quiere transmitir el crédito designa a la persona que será la nueva acreedora como *cognitor* * o *procurator in rem suam* *, quedando éstos facultados para accionar en su nombre reclamando el crédito, de tal modo que una vez cobrado lo retenían para sí.

- Por esta manera de actuar —que no necesita del consentimiento del deudor—, el *cognitor* o *procurator* hace valer en la *xtentio* el crédito de quien los designó, pero luego, en la *condemnatio* —transposición de nombres en la fórmula—, figuraban ellos como beneficiarios.
- El inconveniente es que hasta el momento de la redacción de la fórmula —*litis contestatio'*— el crédito está a nombre del cedente, quien podía revocar el negocio efectuado e incluso cederlo por el mismo procedimiento a otra persona.

III. Una forma de cesión más autónoma se va a lograr en el derecho clásico a partir del emperador Antonino Pío (siglo II d.C), ya que se otorgará al cesionario una *actio utilis*, que funcionará de manera independiente a la representación procesal. Por medio de ella ya no maneja una situación ajena, sino una situación propia —que no podía revocarse ni perderse por la muerte del cedente—. De hecho, se obtienen los mismos resultados que en la cesión de créditos actual.

- Esta situación fue admitida por Antonino Pío en relación con la compra de vina herencia al heredero. Pero luego, la hipótesis de la *actio utilis* se fue ampliando, abarcando el de compra de un crédito singular, cesión de un crédito en concepto de dote, legado de un crédito, etcétera.
- El inconveniente que presenta es que el crédito no se desliga totalmente del acreedor cedente; de este modo, la *actio utilis* del cesionario se une a la anterior.

IV. Justiniano, mediante un trabajo de los codificadores que interpolaron una constitución de Alejandro Severo y otra de Gordiano, determinó que si mediaba una notificación —*de-nuntiatio*— efectuada por el cesionario al deudor, éste no se liberaba pagando al acreedor cedente, ya que debía hacerlo al cesionario. Prácticamente con ello se llega a admitir la transmisión del crédito.

TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS

279

Para impedir ciertos abusos de cesiones efectuadas a acreedores especuladores que luego se mostraban implacables con el deudor, constituciones de Honorio y Teodosio prohibieron ceder créditos a *pólen-tiores* (personas de posición económica superior). También se prohibieron las cesiones de créditos litigiosos, debiendo mencionarse igualmente una constitución de Anastasio, que favorecía al deudor, ya que le permitía liberarse pagando no el monto adeudado, sino la suma por la cual el cesionario compró el crédito al cedente.

CESIÓN DE DEUDAS

' Si la cesión de créditos presentaba problemas, éstos se verán acrecentados para la

cesión de deudas, ya que el *iuris vincitum* de la *obligatio* representaba una atadura o ligadura estrictamente personal.

I. Sin embargo, se podía lograr algo semejante mediante la novación con cambio de deudor —*exproviissio*—, la cual representaba la extinción de la obligación primera para dar nacimiento a la nueva.

II. También se podía recurrir al mismo sistema ya señalado para la cesión de créditos de acudir a un representante procesal —*cognitor* o *procurator*— facultándolo para dejarse demandar por el acreedor, de tal modo que con la técnica de la transposición de nombres la *condemnatio* recaerá sobre el que asumió la deuda.

- Sin embargo, esta forma es mucho más insegura que la anterior —novatio—, a que el deudor antiguo no quedaba liberado frente al acreedor, quien por otra parte no podía exigir al deudor nuevo, a menos que éste accediera a ser parte en el juicio.
- Si celebrado un convenio entre el deudor originario y el nuevo, éste no respondía, el primero podía —luego de pagar la deuda— repetir contra aquél por el reembolso.

CAPITULO XI

CONTRATOS

Es idea normal en el derecho moderno que todo acuerdo de voluntades —salvo raras excepciones— sirve en general para producir obligaciones. Sería erróneo pensar que en Roma esto era tan sencillo.

I. En un principio, la palabra *contrahere* se aplica en un sentido muy amplio. Así, a veces tiene un sentido sinónimo a *commitere* —cometer, como por ejemplo: *contrahere culpam, incestum, crimen*—. Otras veces es vocablo vecino a *constituere* —constituir, así *contrahere amicitiam* o *inimicitias*—. En cambio, *contractus* —como derivado de *contrahere*— es mucho más tardío de lo que se piensa, hasta tal punto que no figura en muchos autores clásicos —Cicerón, Tito Livio, Salustio— y sólo aparecerá en forma un tanto aislada en un texto de Varrón, quien lo atribuye al jurista Servio Sulpicio.

II. En el viejo *ius civile*, la mera *conventio* o el *pactum* no engendran obligaciones jurídicas. Para que pueda surgir la obligatoriedad será necesario que esa convención esté incorporada a un rito o solemnidad formal, que tiene la virtud de otorgarle la exigibilidad jurídica. Ello es lo que ocurre con el *nexum*; también con el contrato verbal de la *sponsio* * y más tarde con el de la *stipuatio*.

III. Como consecuencia del engrandecimiento del estado romano, y en virtud de las exigencias nacidas del comercio y en general del tráfico jurídico, el pretor peregrino comenzó a reconocer —concediendo *actiones*— distintas formas contractuales del *ius gentium*, como los contratos reales y los consensúales.

IV. Ya en la época clásica, Gayo dice de cuatro formas posibles de obligarse por *contractus*: que una obligación fuese contraída como consecuencia 1) de la entrega de una cosa (*re*), 2) del pronunciamiento de ciertas palabras (*verbis*), 3) de ciertos registros por escrito (*litteris*), o 4) del solo consentimiento (*consensu*).

V. Cabe señalar, incluso, que en la época clásica el elemento *consensus* aparece en una segunda línea —no como en los consensúales— detrás de las formas o de la entrega de las cosas. Será en un texto del jurista Pedio, citado por Ulpiano, que se establecerá que "todo contrato tiene en sí una *conventio* —acuerdo de voluntades—, por lo que la coincidencia externa de voluntades pasa a la categoría de requisito, tal como lo demuestra el tratamiento romano de los vicios de la voluntad y lo relacionado con la interpretación de los negocios.

Poco a poco, pues, se van configurando los requisitos para que se dé un contrato, los cuales podríamos resumirlos del siguiente modo: 1) que haya un *consensus*; 2) destinado a crear obligaciones; 3) que tenga un nombre propio; 4) que esté protegido por una *actio*.

Lo que se dice de la exigencia del nombre propio está referido a la persistencia en el Derecho Romano de que cualquier convención no constituye un contrato; sólo lo

constituyen aquellos admitidos jurisdiccionalmente por el pretor —los que tenían un nombre en el edicto al concedérsele una *actio*.

VI. Se conformó también, por razones de equidad, la doctrina de los contratos innominados —que fue iniciada por Labeón a comienzos del Principado, pero concluida mucho tiempo después—, según la cual, una convención que no entrara en los contratos reales o consensuales, siempre que fuera ejecutada por una de las partes, daba a ésta una *actio* especial contra la otra, acción que en los textos justinianos es denominada *actio praescriptis verbis* (acción con palabras puestas al principio [de la fórmula]).

VII. También en el derecho imperial se admitirá que ciertos pactos —la regla era que "del pacto no nace ninguna acción"— gozarán de protección jurisdiccional, por ejemplo, en los casos de la donación y de la constitución de dote.

VIII. Siempre dentro de las características señaladas, sólo en el Derecho Romano bizantino o en el oriental se dará a la voluntad (*consensus*) un valor más genérico en la fuente contractual, aun cuando sea necesario remarcar que nunca funcionó, tal como ocurre en el derecho moderno, como ejercicio de la "autonomía de la voluntad". Simplemente tuvo el efecto de destacar que la entrega de la cosa en los contratos reales o la exteriorización escrita en los contratos literales funcionaban como meras formas del consentimiento.

CLASIFICACIÓN

Aparte de los tipos indicados por Gayo —los que se estudiarán más adelante— se han hecho varias distinciones.

(A) **Contratos a título oneroso y a título gratuito.** — Se entiende que es a título oneroso cuando la ventaja patrimonial obtenida por una parte ocasiona una contraprestación de la otra, como en la compraventa. Es a título gratuito cuando esa contraprestación no existe, como en el depósito.

(B) **Contratos unilaterales y bilaterales.** — Según que den origen a obligaciones para una sola parte —por ejemplo, el mutuo— o para ambas —por ejemplo, la compraventa.

- Los contratos bilaterales son llamados también sinalagmáticos, pudiendo a su vez distinguirse entre sinalagmáticos perfectos —cuando *ab initio* nacen obligaciones recíprocas entre las partes, como en la compraventa y la locación— sinalagmáticos imperfectos —cuando *ab initio* sclo nacen obligaciones para una de las partes, pero eventualmente pueden nacer para la otra; es el caso del depósito, en el que las obligaciones son sólo para el depositario, pero éste puede obligar al depositante en ciertos casos, así cuando ha efectuado gastos para la conservación de la cosa.
- En el caso de los contratos bilaterales, una parte no puede exigir el cumplimiento de las prestaciones de la otra antes de haber cumplido u ofrecido cumplir la propia. Sobre la base de este principio —admitido por equidad— la doctrina moderna construirá la *exceptio non adimpleti contractis* (excepción de contrato no cumplido).

(C) **Contratos de ius civile y contratos de ius gentium.** — Como resulta obvio, los primeros provienen del derecho propio de los ciudadanos romanos y son, en general, los más antiguos; los segundos nacieron de la experiencia del tráfico mediterráneo y fueron admitidos por el pretor peregrino, como la compraventa, la sociedad, el comodato, el

mutuo.

- La importancia de esta división reside en que los primeros dan origen a *acciones iuris stricti* —en las cuales la labor del juez se reduce a comprobar su existencia o inexistencia, condenando o absolviendo—. Los segundos dan lugar, normalmente, a *acciones bonae fidei*.

Trataremos ahora de las cuatro clases de contratos que indicó Gayo: los verbales, los literales, los consensuales y los reales.

CONTRATOS VERBALES

Los **contratos verbales** son aquellos que se perfeccionan por el pronunciamiento de palabras solemnes.

STIPULATIO

La *stipulatio* es una promesa oral de realizar una prestación, a instancias de una pregunta, realizada por quien va a resultar acreedor.

- El requisito fundamental es la *unitas actus* (unidad de acto), de tal modo que las dos partes deben estar presentes, la pregunta y la respuesta deben ser hechas oralmente y debe suceder inmediatamente en el tiempo la una a la otra. Además, la respuesta debe ser congruente con la pregunta. Así, por ejemplo, si se pregunta: "¿Prometes...?", no es válido contestar: "Haré", o contestar poniendo una condición o un plazo que no estaban en la pregunta.
- Las fórmulas usadas pueden ser variadas. Así, por ejemplo: "Daras"; "Daré". "¿Prometes por tu fe?"; "Prometo por mi fe". "¿Harás?"; "Haré". Incluso las fórmulas podían ser realizadas en griego. En cuanto a las expresiones "*Spondes?*" y "*Spondeo*", configuran la *sponsio*, que se rige por las mismas reglas que la *stipulatio*, peor que está reservada sólo a los ciudadanos romanos —lo que se explica por su origen religioso, que lo semeja, en líneas generales, a una fórmula juramentada, es decir, sometiéndose en caso de incumplimiento a sanciones sacras de la divinidad.

I. La *stipulatio* fue el contrato más usado durante la época clásica. La sencillez de sus formas y la maleabilidad con que puede amoldarse a las circunstancias más variadas, lo hará el preferido para la constitución de los distintos negocios. Incluso puede servir para asegurar formalmente otro tipo de obligación: así, una indemnización de daños que se deba. El pretor utilizará este contrato para crear las estipulaciones pretorianas y también las múltiples *cautiones* (garantías).

II. Tradicionalmente fue un contrato oral. Pero dentro del período clásico se admitió que fuera acompañado de un documento escrito (*cautio*) que sirviera como elemento probatorio. Más tarde, en el período posclásico, el principio de la oralidad pierde terreno, y bajo la influencia de las costumbres orientales, la *stipulatio* se convierte en un contrato escrito: en el 472 d.C, una constitución del emperador León, si bien permite libertad en cuanto a las palabras usadas, está presuponiendo la forma escrita.

III. De la *stipulatio* nace una acción, la *actio ex stipulatu*, la cual podía ser con *formula certa* —cuando el *quantum* de la obligación aparece claramente expresado— o con *formula incerta* —cuando no es así, o la obligación es de hacer.

Por lo general, la *stipulatio* es un negocio abstracto; es decir, que funciona sin referencia a la causa jurídica. En un principio —por' ser *actio stricti iuris*—, el juez se limitaba a comprobar su existencia o inexistencia y dictar la sentencia. Con posterioridad, se permitirá al demandado oponer la *exceptio doli malí*.

- Sin embargo, las partes podían añadirle la vinculación a una "causa". Así, por ejemplo: "¿Prometes darme los 100 que me debes en virtud de la compra del fundo tusculano." En este caso, si no existía ninguna obligación nacida de la compra, la acción era rechazada sin necesidad de interposición de una *exceptio*.
- En el derecho posclásico —dada la costumbre de la *stipulatio* escrita— aparecerá cada vez más vinculada con la causa. Las reglas son, en general, las mismas: si en el documento no hay mención de causa, se puede accionar sin probarla; en cambio, si ésta figura, hay que probarla previamente. En el derecho bizantino parece haberse exigido ya la prueba de la causa incluso no habiendo mención de ella en el documento.
- Si el prestamista hizo celebrar la *stipulatio* en su favor y luego no dio el dinero, podía ver detenida su acción, primero por la *exceptio doli* luego, más concretamente, por la *exceptio non numeratae pecuniae*.

IV. La *stipulatio* puede servir también para la aplicación de la llamada cláusula penal. Por ejemplo: "¿Prometes darme al esclavo Sticho? Si no me lo dieras, ¿prometes darme 100?". Esta cláusula servía para asegurar el cumplimiento, evitando al mismo tiempo al acreedor la prueba —en general difícil— del perjuicio que se sufre.

Adstipulatio. — El *adstipulator* es un acreedor accesorio que goza de la confianza del acreedor principal y del cual éste se sirve para cobrar el crédito.

- La forma es así: cuando se realiza la *slipulatio*, inmediatamente después se hace prometer la misma prestación por parte del deudor: "¿Prometes darme lo mismo?".
- Servía para dos fines: (a) permitir al acreedor que debiera ausentarse tener una persona de confianza que pudiera demandar en justicia al deudor; (b) permitir la validez de una *stipulatio* con la cláusula "que la cosa sea dada después de nuestra muerte", ya que de lo contrario sería nula.
- Por ser accesoria, la obligación del *adstipulator* puede ser menor o igual a la del acreedor principal, pero no mayor.
- Si traicionando la confianza depositada el *adstipulator* produce la *acceptilatio* de la deuda, responderá con una multa sancionada en el capítulo II de la *lex Aquilia*.

DOT1S DICTIO

Se trata de una promesa solemne de dote que podía ser hecha por la mujer misma que iba a contraer matrimonio, o por su *pater*, o un deudor de ella, y estaba dirigida a especificar qué bienes constituían la dote.

- Segundo parece ser, éste es un contrato uno *loquente* (con sólo uno que habla), es decir que no hay una pregunta y una respuesta, sino la enunciación de una fórmula solemne efectuada por el promitente: "Ticio, la dote que te daré será de 10.000",
- Se permitirá también efectuar la promesa de dote por medio de una *stipulatio* que será la *promissio dotis*. Las diferencias con la anterior, aparte de la existencia de una pregunta y una respuesta, estaban en la limitación de las personas que podían comprometerse por la *dotis dictio*, mientras que la *promissio dotis* podía ser efectuada por cualquiera.
- Más tarde, por una constitución de Teodosio (año 328) se hizo de la promesa de la dote un pacto legítimo, por lo que cayeron en desuso las formas anteriores.

PROMISSIO IURATA LIBERTI

Consistía en una promesa juramentada por la cual el liberto se comprometía a efectuar determinadas obras en favor de su patrono.

La forma usual era que antes de manumitirlo, el *dominus* le hacía prestar al futuro liberto un juramento obligatorio, el cual era seguido, luego de la manumisión, por un segundo juramento, ya que se pensaba que el primero, prestado cuando aún era esclavo, no tenía completa exigibilidad.

Esta forma de obligarse era también *uno loquente*. Para exigir su cumplimiento el patrono gozaba de una *actio operarum*.

CONTRATOS LITERALES

Los contratos literales son aquellos que se perfeccionan por medio de la escritura.

NOMINA TRANSCRIPTICIA

Se vinculan estos contratos con la costumbre que tenía cada *pater* de llevar el estado patrimonial en dos libros: uno de ellos era una especie de borrador, llamado *adversaria*, en el cual se llevaba la nómina de todas las entradas y salidas en forma diaria, volcándose luego las anotaciones en forma periódica en un segundo libro, el *codex accepti et expensi* (cuaderno de lo entrado y de lo gastado), que estaba dividido en dos columnas: *tábida accepti* (donde se anotaban las entradas) y *tabula expensi* (donde se anotaban las salidas).

Hasta aquí resultaría que este libro es sólo un medio de prueba de las obligaciones, pero fue empleado además para crearlas. El procedimiento variaba, según las dos formas que se solían emplear: *a re in personara* y *a persona in personam*. Ambas son conocidas como *nomina transcripticia*.

- Las dos formas tenían de común lo siguiente: (A) que la anotación debía ser efectuada con consentimiento del deudor en el libro del acreedor, el cual podía darse verbalmente estando presente y (B) debía anotarse la causa de la obligación.
- El *nomen transcripticum*, conocido como *a re in personam*, servía para lograr los efectos de una novación "objetiva". Se realizaba del siguiente modo: supongamos una venta anterior, de la cual se me debe el precio; yo, acreedor, inscribo primero en la página del *aceplum* el monto de] precio como si lo hubiera recibido (*acceptilatio ficticia*) y de este modo se extingue la obligación mencionada; pero al mismo tiempo transcribo dicho monto en la página del *expensum* como si hubiera salido de mi patrimonio una suma por dicho valor (*expensiJatio ficticia*), y al quedar así anotada, se ha producido el nacimiento de una nueva obligación, no nacida de la compraventa, sino de esta forma escrita. Este procedimiento sirve para renovar una obligación ya existente, o también para convertir en exigible una obligación que no lo es, como ser una obligación natural.
- El *nomen transcripticium*, conocido como *a persona in personam*, es utilizado para lograr los efectos de una novación subjetiva. Supongamos que Ticio es acreedor de Sempronio por la suma de 100, y a su vez Sempronio es acreedor de Mevio por la misma suma. Para evitar un doble pago de dichas obligaciones, Sempronio va a delegar a su deudor Mevio para que pague los 100 directamente a Ticio. Esto se instrumentaba del siguiente modo: en su libro Ticio anotará en el *acceptum* que ha recibido de

Sempronio los 100 (*acceptilatio ficticia*), y para hacer nacer la obligación literal para Mevio anotará en el *expensum* que ha prestado 100 a Mevio (*expensilatio ficticia*). Desde ahora en adelante, Sempronio queda excluido y Mevio queda obligado directamente por 100 hacia Ticio. Una tal delegación se hacía a menudo por intermedio de los hombres de negocio, en particular, banqueros (*argentarii*).

- Posiblemente los *nomina transcnpticia* hayan continuado siendo utilizados durante la época clásica — como te advierte por el tratamiento que les da Gayo— o más aún —utilizados por los banqueros— en la época posclásica. Justiniano no dará acogida a este tipo de contratos.

CHIROGRAPHA Y SYNGRAPHAE

El uso de estos instrumentos provino del derecho griego —de donde precisamente derivan estas voces— y su aplicación inmediata estuvo referida al tráfico comercial de los peregrinos, aprovechándose de ellos también los romanos.

El *chirographum* era un documento firmado solamente por el deudor y sellado con su anillo; aquél quedaba en poder- del acreedor. De ahí que se parezca a nuestro moderno "pagaré".

La *syngrapha* era un documento extendido en dos ejemplares, firmados y sellados ambos, de los cuales quedaba uno en poder del acreedor y otro en poder del deudor.

- Lo que no se sabe con certeza era si servían como meros medios probatorios o si ambos —o al menos las *syngraphae*— tenían un valor abstracto constitutivo de obligaciones. Gajo subraya que se realizaban fuera de toda *stipulatio* previa, lo que los acercaría a nuestros papeles abstractos de comercio; no habría en consecuencia necesidad de hacer figurar una causa preexistente.
- Pero a partir de cierto momento — quizá en la época de Caracalla, en el año 215 d.C.— se permitió la *exceptio non numeratae pecuniae* a fin de que el actor debiera probar la existencia de la causa de la obligación —los motivos debieron estar probablemente en evitar los excesos de la usura—. Esta *exceptio* sólo podía ser opuesta dentro del plazo de cinco años a contar de la redacción del documento, ya que después éste era inatacable en ese aspecto. Este plazo fue reducido por Justiniano a sólo dos años.
- En la práctica, luego de la época clásica, se fusiona con la *stipulatio* documentada.

CONTRATOS CONSENSUALES

Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento (*consensus*), sin ser requisito necesario ninguna formalidad verbal o escrita.

- Por este motivo es que pueden ser contraídos incluso entre ausentes, como, por ejemplo, por una carta o por un mensajero; en cambio, en los contratos formales —caso de los verbales— esto es imposible.

COMPROVENTA

La compraventa (*emptio venditio*) es un contrato por medio del cual una persona llamada **vendedor** (*venditor*) se obliga a transmitir la **posesión** de una cosa asegurando su pacífico goce a otra llamada **comprador** (*emptor*), que se compromete a abonar por ella un **precio** consistente en una suma de dinero.

- Remarquemos que por la compraventa no se transmite la "propiedad" sino la "posesión", y por ello la prestación del vendedor no sería, típicamente un *daré* sino un *praestare*; en cambio, si seria un *daré* la

del comprador, que debe I transferir el dominio del dinero del precio.

- Para adquirir el comprador el dominio de la cosa se hace necesaria la *traditio*" de la cosa, respecto de la cual la compraventa funciona como *iusta causa*.
- En la época posclásica, bajo la influencia del derecho oriental, comenzó a utilizarse la documentación escrita. Así, Constantino exigirá para la compraventa de inmuebles el documento escrito —aparte de hacer constar el pago de los impuestos, propósito principal de esta legislación—. Justiniano permite, a elección de las partes, que se formalice por escrito o no. Y si bien continúa encasillándolo entre los contratos consensuales, determinará que si las partes optaron por la forma escrita, el contrato no se perfecciona hasta la suscripción del mismo.
- La compraventa, institución del *ius genlum*, con su consecuente *traditio*, reemplazó en el desarrollo histórico a la ritual *mancipatio*, propia del *ius civile*.

I. Respecto del **consentimiento**, rige en Roma el principio de que nadie puede ser obligado a vender una cosa contra su voluntad. Desde la época clásica se acostumbró, también, a utilizar el instituto de las arras.

- Sólo en casos muy excepcionales puede haber obligación de vender una cosa. Así, por ejemplo, en virtud de una constitución de Antonio Pío respecto del esclavo maltratado por su dueño, o respecto de cereales, cuando una grave calamidad azolaba a Roma. Con excepción de estos casos, regía el principio del consentimiento libremente expresado y sin vicios que lo aquejaren.
- Las arras consisten en la entrega de un objeto o de una suma *de* dinero. En la época clásica, el comprador solía entrenar al vendedor, para dar firmeza al contrato, ya un anillo, ya una cantidad de dinero. Cumplidos la entrega de la cosa y el pago del precio, el vendedor devolvía el anillo, y Si había recibido una suma de dinero, ésta era imputada al precio de la compra. Son, pues, arras confirmatorias.
- En la época de Justiniano tuvieron carácter de arras penales para asegurar la posterior redacción por escrito. Se permitía el arrepentimiento, pero con pérdida de las arras si se trataba del comprador y con la devolución de ellas más otro tanto similar a su valor si se trataba del vendedor.
- Más discutidas eran las arras penitenciales, debido a la obscuridad del texto justinianeo. Parecería que, incluso, una vez perfecto el contrato oral o escrito, las partes, por entrega de arras, podían incluso desistir del negocio. El dinero de ellas servía como expiatorio y de ahí el nombre de penitenciales.

II. Respecto del **objeto** de la compraventa, ésta podía versar tanto sobre *res corporales* como sobre *res incorporales*. Por ejemplo, una servidumbre, siempre y cuando estuviera *in comercio*, es decir, que pudiera ser negociada.

- Podía incluso versar sobre una cosa futura. Los romanos admitían dos supuestos: la *emptio spei* (compra de la esperanza), que podríamos exemplificarla con el siguiente caso: "Te compro lo que pesques echando la red", por lo que se entendía que sacando diez peces o ninguno, lo mismo se debía el precio, y la *emptio rei speratae* (compra de la cosa esperada): "Te compro la próxima cosecha", entendiéndose que si ésta se perdía, la venta no quedaba perfeccionada; es decir, era condicional.
- Estaba también permitida la venta de cosas ajena. Se entendía en este caso que el vendedor se comprometía a obtenerlas de 1A otra persona, y si no lo lograba, debía responder ante el comprador por los daños.

III. Respecto del **precio** de la compraventa, debe tener los siguientes caracteres: (A) debe ser en dinero; (B) debe ser cierto; (C) debe ser verdadero. En la última época, se agregaría (D), que debe ser *iustum* (justo).

(A) Respecto a que debía consistir en dinero, hubo una controversia entre las escuelas. Los proculeyanos opinaban que debía ser necesariamente *pecunia numerata* (dinero contante); los sabinianos, en cambio, admitían que podía ser en otras cosas, como un esclavo, una toga o un fundo del otro contratante. Justiniano dará la razón a la primera de las escuelas.

- Esta discusión pudo estar motivada por el propósito de los sabinianos de incluir la permuta (*permutatio*) dentro del régimen de los contratos, que estaban protegidos por acciones, ya que aquélla figuraba como mera convención no protegida. Más tarde entrará en la categoría de los "contratos innominados". Así y

todo, estos contratos son considerados reales, pues se perfeccionan con la *datio* y por lo tanto quedarían diferenciados de la compraventa, que se perfecciona por el *consensus*.

(B) La certidumbre del precio radica en la **determinación o posibilidad de determinación** exacta del monto del precio.

- El precio puede ser determinado —por ejemplo, 100 ases— o determinable: "Te la compro por cuanto tú la compraste", o "Te la compro por cuanto tenga en este momento en mi arca".
- Pero ya en la época clásica se plantearon muchas dudas acerca de la validez de una venta resumida en la expresión "Te la compro por el precio que estime Ticio que vale". Justiniano la admitirá, entendiendo que se está en presencia de una condición, de tal modo que si el tercero designa e) precio, la venta queda concluida; de lo contrario, no hay venta.

(C) El precio debe a su vez ser **verdadero** (*verum*), en el sentido de que no sea simulado, porque de lo contrario habría una donación. Esto fue precisamente hecho, a veces, para eludir las normas prohibitivas de ciertas donaciones.

(D) Finalmente, en la época posclásica se estableció que el precio debía ser justo por los inconvenientes de la devaluación de la moneda y debido al influjo moral de la teología cristiana. Entendiéndose que cada cosa tiene su justo precio, Justiniano estableció la rescisión del negocio en caso de lesión enorme (*laesio enormis*), la cual ocurría cuando el precio era inferior a la mitad del justo valor de la cosa.

IV. De la compraventa emanan las siguientes acciones.

(A) La *actio empti*, que puede ejercerla el comprador contra el vendedor. Su propósito es lograr la posesión de la cosa vendida.

- Debe destacarse que el vendedor no está obligado, en principio, a transferir el dominio de la cosa, sino simplemente la posesión de la misma libre de toda injerencia de terceros, es decir, la *vacua possessio*..
- El vendedor responde en caso de no poder entregar la cosa por haberse destruido, sea por su dolo o por su culpa. Solamente quedaría libelado por caso fortuito o fuerza mayor "

(B) La *actio vendili*, que puede ejercerla el vendedor contra el comprador. Su propósito es exigir el pago del precio de la cosa vendida y, eventualmente, el pago de intereses u otros accesorios.

- El comprador debe el precio aunque la cosa se haya destruido por caso fortuito o fuerza mayor antes de la entrega. Significa esto que los riesgos de la cosa son a cargo del comprador, ya que por ser consensual, el contrato quedó perfeccionado desde el momento mismo del consentimiento. Las únicas excepciones son el dolo o la culpa del vendedor, pues se entiende que éste tiene el deber de custodia de la cosa.
- También puede exigirle al comprador el pago de los gastos necesarios realizados para la conservación de la cosa vendida.

V. Por ser un contrato de buena fe, como elementos naturales —es decir implícitos— de la compraventa aparecen (A) la evicción (garantía de los vicios jurídicos) y (B) los vicios redhibitorios (garantía de los vicios materiales).

(A) Segundo hemos visto, el vendedor no está obligado a transmitir al comprador la propiedad de la cosa. Basta que le entregue la posesión de la cosa libre de ocupantes y le asegure esa pacífica posesión. Esta situación se puede ver alterada cuando un tercero iniciare la "acción reivindicatoria" alegando que la cosa es en realidad suya.

1) En el viejo derecho —habiéndose realizado la *mancipatio*— el comprador puede

reclamar que el vendedor y garante (*auctor*) comparezca en el juicio, a los efectos de defenderlo. Si rehusa hacerlo o si su intervención es infructuosa, porque el juicio se pierde, la ley de las XII tablas le concedía al comprador la *actio aitctoritatis* contra el vendedor por el monto del doble del precio pagado.

2) En la evolución posterior, la evicción es elemento natural de la compraventa siempre que haya mediado la *mancipatio*. Si ésta no tuvo lugar, era necesario que se previera la situación por medio de una *stipulatio* por el doble del valor (*stipulatio diiplae*).

- En ambos casos se sigue usando la garantía por el *duplum* para el supuesto de que citado el vendedor, se perdiera el juicio de icivindicación llevado a cabo por un tercero.
- Surgió también la posibilidad de que el comprador pudiera obligar al vendedor a celebrar la *stipulatio duplae*.
- Igualmente se podía actuar por la *actio empti* si el bien comprado estaba gravado con una servidumbre no denunciada. En ese caso, se podía reclamar el importe del interés perjudicado.

3) Finalmente, en la época justiniana, suprimida la *mancipatio*, se entendió que la evicción tenía lugar, siempre por el *duplum*, hubiera o no habido estipulación especial.

(B) Respecto de los vicios redhibitorios, en principio, el vendedor responde ante el comprador por los vicios que tenga la cosa y que él hubiera silenciado de manera dolosa; por ejemplo, si aseguró la existencia de ciertas cualidades esenciales que luego la cosa no tuvo.

1) Pero ocurre que esto no basta, por cuanto la cosa vendida puede adolecer de ciertos vicios ocultos, entendiéndose que el vendedor pudo no estar anoticiado de ello y por tanto no existir dolo. Para prevenirlos se utilizaba la garantía de una *stipulatio*, comprometiéndose el vendedor a responder por ellos.

2) Esta cuestión de los vicios ocultos va a ser objeto de especial tratamiento por parte de los ediles curules —que tenían bajo su cuidado los mercados—, quienes en su edicto, a propósito de los negocios que versaban sobre esclavos y animales de tiro y carga, van a establecer, como elemento implícito en las compraventas, la responsabilidad del comprador por los vicios ocultos denominados también redhibitorios.

3) Se otorgaban dos acciones, a elección del comprador.

- a) La *actio redhibitoria*, cuyo objetivo era lograr la resolución del negocio, de tal modo que se devolviera el precio pagado contra la entrega del objeto comprado. Sólo se podía ejercitar dentro de los seis meses siguientes al negocio.
- b) La *actio quanti minoris*, cuyo objetivo era, dado que el comprador deseaba retener la cosa viciada, lograr una aminoración del precio pagado. Se podía ejercitar dentro del año.

4) Finalmente, Justiniano extenderá estas acciones a toda clase de compraventa.

VI. A la compraventa se le suelen agregar ciertos pactos —*pacta adiecta*— tendientes a modificar los efectos normales del contrato. Los más importantes son los siguientes.

(A) La *lex commissoria*. Se celebra el negocio, pero se lo deja subordinado a una condición resolutoria: que el comprador pague el precio dentro de un plazo

determinado. Si así no ocurriere, deberá restituirse la cosa con los frutos percibidos.

(B) El *pactum displicentiae*. Se celebra el negocio, pero se lo deja subordinado a la condición resolutoria de que, si la cosa no resulta del agrado del comprador dentro de un plazo determinado, entonces deja de haber negocio. También podía ser establecida como condición suspensiva, de tal modo que el negocio sólo se perfeccionaba cuando el comprador manifestaba su interés en un plazo dado.

- Si no se había fijado un plazo, el pretor concedía una *actio in factum*, que debía ejercitarse dentro de los 60 días para declarar sin vigor el contrato. Si transcurrido dicho plazo no se ejercitaba la *actio in factum*, la venta quedaba firme —caso de la condición resolutoria—; si se la ejercitaba, so la tenía por no confluída —caso de la condición suspensiva.

(C) *In diem addictio*. El vendedor se reserva el derecho de rescindir la compraventa si dentro de un plazo determinado aparece un interesado que le ofrezca un mejor precio.

(D) El *pactum de retrovendendo* (pacto de retroventa). Por medio de él el vendedor se reserva la facultad de readquirir la cosa dentro de un cierto plazo, mediante la restitución del precio pagado.

- Este pacto resultó siempre sospechoso por ocultar generalmente operaciones usurarias, como cuando el prestamista se hace vender la cosa por un precio omnicomprensivo del capital e intereses, y que de no efectuarse el pago se queda directamente con la propiedad de la cosa.

(E) El *pactum de retroemendo*. Es el pacto por medio del cual el comprador puede obligar al vendedor a que le readquiera la cosa vendida, luego de transcurrido un plazo, por el mismo precio.

LOCACIÓN

La locación (*locatio conductia*) es un contrato por medio del cual una persona, locador (*locutor*), se obliga a entregar a otra llamada locatario (*conductor*) el uso o el uso y el disfrute de una cosa determinada, o la prestación de ciertos servicios, mediante el pago de un precio denominado generalmente alquiler (*merces*).

- Los romanos entendieron este contrato consensual desde un punto de vista unitario. La división que se suele hacer entre *locatio conductio rei* (locación de cosas), *locatio conductio operarum* (locación de servicios) y *locatio conductio operia* (locación de obra) no es estrictamente romana, sino que correspondió a los autores modernos, posiblemente a los del s. XVII.
- La denominación romana es bastante expresiva. *Locatōr* hace referencia a quien "coloca alijo", se trate de una cosa o del trabajo de la propia persona. Recíprocamente, *conductor* es aquel que "lleva consigo" la cosa o la persona que prestará los servicios.

I. En la **locación de cosas** el locador se compromete a entregar a la otra parte la cosa locada, corriendo a su cargo las reparaciones que sea necesario hacer en la misma para un uso adecuado.

II. El locatario se compromete a pagar el precio convenido, debiendo usar de la cosa conforme con el destino de la misma y devolverla una vez concluido el arriendo.

La situación del locatario resulta, frente a terceros, bastante precaria, ya que no es considerado un **poseedor**, sino un mero tenedor de la cosa, por lo que carece de los interdictos.

III. Este contrato dura aquello que hayan convenido las partes. De no haberse convenido un plazo, puede darse por concluido por decisión unilateral de cualquiera de las partes en cualquier momento. Se permite asimismo que una vez concluido el plazo, si el locador permite que el locatario continúe con el uso de la cosa locada, se entienda que el contrato ha sido tácitamente prorrogado *relocatio tácito*).

- En el derecho posclásico mientras; que el contrato de locación de cosas inmuebles se mantuvo en Oriente, en Occidente fue más bien desplazado por la enfiteusis, derecho real que otorgaba mejores ventajas al otrora arrendatario.

IV. Distingamos entre la locación de servicios y la locación de obra.

En la *locatio conductio operarían*, lo que las partes han tenido en cuenta es la prestación de la *opera*, es decir, la actividad, el obrar del *locutor*, que se calcula en espacios regulares de tiempo: se contrata a un albañil para la construcción de un muro, a tanto por día.

En la *locatio conductio opería* se contrata en función de la prestación del *opus*, es decir la obra, el resultado del trabajo del locator, con independencia del tiempo que insuma su realización: se le encarga a un albañil la construcción de un muro determinado y se le paga tanto por la realización de ese muro o se le paga por la construcción de cada metro cuadrado de muro. Es decir, se le paga por los resultados —todo el muro o partes de él— y no por la prestación —medida en tiempo— de su actividad.

V. En cuanto a la *locatio conductio* como locación de servicios, la misma no tuvo la relevancia que tendrá después en el derecho moderno. El *locator* —quien presta los servicios— podrá reclamar el pago del **salario** (*merces*); si por causas atribuidas a él no los presta, nada puede reclamar. El *conducto* debe pagar el salario, incluso si los servicios no se han podido ejecutar por causas imputables a él.

- La poca importancia que tuvo este contrato en Roma se debió en mucho a la existencia de mano de obra esclava, que cubría las necesidades normales.
- Incluso, si bien el empleo de trabajadores libres existió en cantidad no despreciable, calle tener en cuenta que para ciertos servicios calificados, tales como el de un abogado, médico o agrimensor, resultó sumamente chocante durante mucho tiempo la idea de la retribución obligatoria.
- Será la costumbre, nacida del deber moral del cliente, la que irá tornando normal el corresponder a los servicios con un donativo especial (*honorarium*), el cual, al fin de la época clásica, se torna obligatorio y puede demandarse, no por el proceso ordinario, sino por el *extra ordinem*.

VI. En lo que se refiere a la *locatio conductio* entendida como locación de obra, no mereció para los romanos una distinción doctrinaria específica.

- Es presupuesto que la obra sea realizada con materiales del locatario, quien a la postre se quedará con la misma; de lo contrario el contrato sería juzgado como compraventa. Así, hay diferencia entre que le diga a un joyero: "Toma este oro y hazme un biazalete" (*locatio conductio*) o que le diga: "Hazme con tu oro un brazalete", lo cual sería una compraventa.
- No obstante algunas dudas que pudieron originarse, se entendió que el riesgo (*periculum*) de la cosa corría a cargo del locador hasta tanto se entregase la obra o ésta fuese aprobada, salvo el supuesto de fuerza mayor.

VII De la locación surgen dos acciones: la *actio locati* —del locador respecto del locatario— y su inversa, la *actio conducti*. Ambas son *bonae fidei*.

- Asimilado a los casos normales de la locación estaba el supuesto de la *lex Rhodia de iactu*, que regulaba el caso del capitán de un navío que debía sacrificar parte de la carga para salvar la nave. Siguiendo la costumbre impuesta por la isla de Rodas, esta ley estableció que las pérdidas debían ser soportadas proporcionalmente entre todos los propietarios. De este modo, en virtud de la *locatio operis*

faciendi (locación de obra [entre el dueño del navío y los propietarios de las mercancías], el dueño de una mercadería echada al mar tenía la *actio locati* contra el dueño del navío, quien a su vez gozaba de la *actio conducti* contra los demás dueños de las mercaderías transportadas en su nave para obligarlos a contribuir en la pérdida.

SOCIEDAD

La sociedad (*societas*) es un contrato en virtud del cual dos o más personas (*socii*) se obligan a hacer aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una utilidad común que se repartirán.

- La sociedad se constituye por el libre consentimiento de sus miembros, que lo hacen sobre una base de confianza recíproca (*affectus societatis*); por ello, bastaba que uno solo de los socios decidiera retirarse para que el contrato quedara concluido.
- La sociedad romana sólo genera efectos entre los socios dado que carece de personería jurídica exterior.

I. Había dos figuras de sociedad: la *societas omnium bonorum*, que se caracterizaba por el hecho de que en ella los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios —tanto los bienes que tenían en el momento de formar la sociedad como los que pudieran adquirirse luego— y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios, como, por ejemplo, para comprar y vender esclavos.

- La primera clase de "sociedad" reconoce como su antecedente remoto la comunidad hereditaria, surgida entre los *filii familias* a la muerte del pater en la época arcaica, que recibía el nombre de *erctum non citum*. Esta comunidad doméstica podía ser, también, según Gayo, creada artificialmente por una acción especial. Por Ulpiano también sabemos algo acerca de la *societas omnium bonorum*, quien nos dice que en ella las relaciones entre los socios eran tan estrechas como las que pueden existir entre hermanos.
- La otra clase de sociedad fue de origen posterior y nació por las necesidades del tráfico mercantil. Una variedad distinta se podría ver en la *societas unius rei*, en la que resalta no el ejercicio del negocio, sino el aporte de bienes singulares para un beneficio común, siendo un buen ejemplo el dado por Celso: dos personas, una que posee tres caballos y otra uno, se unen para trabajarlos en común.
- Lo normal es que el aporte se realice con capitales, pero también estará permitido el aporte consistente en el trabajo de uno de los socios. Esto motivó alguna duda en la época clásica, pero lo permitió expresamente una constitución de Dioclesiano.

II. Respecto de las **ganancias** y de las **pérdidas**, si nada se convino se entiende que son siempre por partes iguales —pero no en proporción a los aportes—. Si se conviene cómo será el reparto de ambas, el derecho clásico, por regla general, permitirá una relativa desigualdad entre ambas.

- El que uno de los socios pueda tener una proporción mayor en los beneficios que en las pérdidas fue rechazado como contrario a la naturaleza de la sociedad por Q. Mucio Scacvola; pero prevaleció su aceptación tal como la propuso Servio Sulpicio.
- Si se determinaron las proporciones de las ganancias, pero no las de las pérdidas, o viceversa, se debe entender que lo establecido para un caso debe regir para el otro.
- Lo que no admitieron los romanos es la llamada *societas leonina* —llamada así por la conocida fábula de Fedro, donde la vaca, la cabra, la oveja y el león hicieron una sociedad en la cual este último llevaba toda la ganancia—, que sucedía cuando se convenía, por ejemplo, que un socio participara de las ganancias, peor o no de las pérdidas.

III. Una vez extinguida la sociedad —por la voluntad de todos, o la de uno solo, o la muerte de un socio, o haber concluido el plazo convenido, o haberse realizado el

negocio propuesto—, cada uno de los socios tiene la *actio pro socio*.

- Esta es una *actio bonae fidei* en la cual el socio reclama la rendición de cuentas, la liquidación y el saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas. Eventualmente puede también responsabilizar a otro socio por dolo o culpa en el ejercicio de las relaciones societarias. En este caso tiene un carácter infamante.
- En la época de Justiniano se permite también el ejercicio da la *actio pro socio* mientras dure la sociedad, para reclamar la integración de un aporte o las indemnizaciones que son debidas.
- Si hay bienes para repartir, no se actúa por la *actio pro socio*, sino por la *actio communi dividendo*.

MANDATO

El mandato (*mandatum*) es el contrato en virtud del cual una persona —mandante— encarga a otra —mandatario— y ésta acepta realizar algo en favor de aquél.

• En un contrato consensual, pero bilateral imperfecto, ya que genera, en principio, obligaciones sólo para el mandatario. El consentimiento puede ser expreso —por ejemplo, por medio de palabras o por escrito—, pero también tácito, como sucede en el caso en que estando uno presente, permitir que otro maneje sus negocios. En cambio, si no hay consentimiento, puede dar lugar a la gestión de negocios".

• Debe el mandatario encargarse de llevar a cabo la administración de todo un patrimonio —mandato general— o de un negocio determinado —mandato especial.

El objeto encargado puede ser un simple hecho, o un acto, o un negocio jurídico, siempre que sea lícito y no contrario a las costumbres. El mandato debe ser siempre en interés del propio mandante o de un tercero. Justiniano, muy cuidadosamente, nos presenta cinco casos: (A) en el solo interés, del mandante: verbigracia, si te mando comprar un campo; (B) en interés del mandante y del mandatario: verbigracia, si te mando pedir dinero para invertirlo en una sociedad contigo; (C) en interés de un tercero: verbigracia, si te mando comprar una casa para Ticio; (D) en interés del mandante y de otro: verbigracia, si te mando desempeñar negocios comunes entre yo y Ticio y (E) en interés del mandatario y de un tercero: verbigracia, si te mando prestarle dinero a interés a Ticio.

• Lo que no sería posible es un mandato en el solo interés del mandatario: por ejemplo, si te digo que no tengas el dinero ocioso en tu casa, sino que lo prestes a interés. Esto vale como simple consejo.

I. El mandatario está obligado a llevar a feliz cumplimiento el encargo del mandante, respetando las instrucciones recibidas o las que rigen en general de acuerdo con la naturaleza del negocio. Él actúa en nombre propio y en interés del mandante, sufriendo éste los efectos de lo actuado como si lo hubiese realizado él mismo.

• Si el mandatario se excedía en los límites de las instrucciones —como, por ejemplo, si se le ordenaba comprar un bien por 100 y lo compraba por 150—, los sabinianos juzgaban que por ese negocio no podía obligar al mandante; en cambio los proculeyanos, cuya solución admitió Justiniano, decían que el negocio podía ser ratificado por el mandante si el mandatario tomaba a su cargo la diferencia.

• Ninguna duda se plantea en el ejemplo anterior si la compra del bien se hubiese hecho por un precio menor al encomendado.

II. El mandato concluye: (A) ya por haberse realizado el negocio encomendado; (B) ya por muerte de alguna de las partes —dada la relación de confianza—; (C) por la voluntad concorde de las partes y (D) también por la voluntad de una de ellas, pudiendo darse el caso de la revocación (*revocatio*) por parte del mandante o el de la renuncia (*renuntiatio*) por parte del mandatario.

- En el caso de la *revocatio*, ésta sólo produce efectos desde el momento en que la conoce el mandatario.
- En el caso de la *renuntiatio*, el mandatario responde de los perjuicios ocasionados en caso de producirse esta en forma intempestiva.
- En el caso de muerte del mandante, el mandatario puede accionar contra los herederos del mandante si actuó ignorando su muerte.

III. Las acciones nacidas del mandato son la *actio mandati directa* y la *actio mandati contraria*.

(A) La primera la tiene el mandante para instar al cumplimiento del mandato, exigiendo todo aquello que hubiese recibido el mandatario con motivo del encargo.

- Responde igualmente el mandatario por el dolo o incluso por la negligencia grave, aun cuando se admitía en algunos casos, también, la responsabilidad por la mera culpa.

(B) La segunda corresponde, eventualmente, al mandatario contra el mandante para reclamar que se le abonen los gastos realizados en el cumplimiento del mandato o los perjuicios ocasionados durante el cometido.

- El mandato es gratuito. Sin embargo, durante el Imperio —aunque manteniendo el principio de la gratuitad— se permitió que si se hubieran convenido honorarios, el mandatario los podía reclamar por la *extra ordinem cognitio*.

CONTRATOS REALES

Los contratos **reales** son aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa (*res*).

MUTUO

El mutuo (*mutuum*) es el contrato en virtud del cual una persona —mutuante— entrega a otra —mutuario— una determinada cantidad de cosas fungibles, obligándose éste a devolver otro tanto del mismo género y calidad.

- La forma normal de este préstamo de consumo es por la entrega de dinero y en menor cantidad de casos por entrega de cosas fungibles.
- Por ser un contrato real, la promesa de conceder en fecha futura un préstamo (*pactum de mutuo dando*) es un precontrato y, como tal, carece de acción.
- A veces no era necesaria la *datio* (entrega en propiedad de la cosa), permitiéndose que si una persona, por otra causa, tenía una suma de dinero de otra, y ésta lo autorizaba a retenerla y gastarla, era como si hubiese mediado un mutuo.
- Lo mismo podía ocurrir en el supuesto del *contractus mohatrae*: alguien quiere obtener un préstamo; el acreedor no le da dinero, sino una cosa para que la venda y retenga el precio conseguido a título de mutuo.

I. Los intereses (*usurae*) no son debidos salvo que haya mediado una *stipulatio* que contemple su exigibilidad.

II. El mutuante tiene, para reclamar la devolución de lo prestado, la *actio certae pecunia*, si se trata de una suma de dinero; o la *condictio certae rei*, si se trata de otras cosas fungibles.

III. Este contrato de mutuo estaba prohibido para que por él se prestara dinero a un *fūiifamūias*. Así lo determinó el senadoconsulto Macedoniano de la época de Vespasiano (siglo I d.C.).

- El motivo y la denominación provienen de que un hijo de familia Rimado Macedo, debido al acoso de sus acreedores para conseguir el dinero de la herencia, dio muerte a su padre.
- En virtud de este senadoconsulto el pretor denegaba la acción o concedía la *exceptio senatusconsulti*

Macedoniani ni demandado.

- Si no obstante esto se pagaba la obligación, no se podía repetir lo p.i-gado, considerándose a esta obligación una *naturalis obligatio*.

IV. Un negocio análogo al mutuo era el *foenus nauticu*, o *pecunia traiecticia*. Siguiendo costumbres del tráfico marítimo griego, una persona prestaba dinero al armador de una nave, quien lo utilizaba comprando mercaderías. Si éstas se perdían, el riesgo corría para el prestamista, quedando el prestatario libre de obligación. Como compensación por el riesgo que corría se podía admitir un pacto de intereses, los que en la época de Justiniano eran hasta el tope máximo de 12 por ciento anual.

COMODATO

Se llama comodato (*commodatum*) al contrato en virtud del cual una persona —comodante— entrega a otra —comodatario— una cosa para que la use en forma gratuita, debiendo devolverla luego de cumplido el plazo convenido, y si no lo hay, al primer requerimiento de la contraparte.

- Se trata acá de un préstamo de uso. A diferencia del mutuo, el comodante no adquiere la propiedad ni tampoco la posesión —no tiene los interdictos posesorios—, sino la mera tenencia de la cosa.
- Pueden ser objeto de este contrato las cosas muebles o inmuebles, debiendo en principio ser no consumibles. Se admite, sin embargo, que pueda versar sobre una cosa consumible —por ejemplo, una botella de vino— si lo único que se pretende es ostentarla (*ad pompam vel oiteitatem*).

I. El comodatario debe usar la cosa de un modo normal o teniendo en cuenta lo convenido. Responde de la custodia de la cosa, bastando la mera culpa de parte suya. Si hace un uso distinto al convenido, puede caer en el *furtum usus*.

II. Del comodato nace para el comodante la *actio commodati* a los efectos de recobrar la cosa prestada.

- Primero se la admitió como *formula in factum*, pudiendo el demandado ser condenado por el valor de la cosa y lo que ésta hubiera obtenido. Luego, en la época clásica, se la admitió *in ius concepta*, pudiendo reclamarse la indemnización de todo daño producido.

III. El comodatario gozaba del *contrarium commodati indicium*, por medio del cual podía reclamar del comodante el pago de gastos realizados por él para mantener la cosa, así como perjuicios sufridos por haberse entregado una cosa defectuosa.

DEPOSITO

Se llama depósito (*depositum*) el contrato en virtud del cual una persona —depositante— entrega a otra —depositario— una cosa mueble para que la guarde, obligándose éste a devolverla cuando aquél la reclame.

- El depositado es un mero tenedor de la cosa. No puede usarla —cometería *furtum usus*—, debiendo custodiárla hasta que se la reclame el depositante; o si medió un plazo, al vencer éste.
- Dado el carácter del depósito, el depositario responde sólo por dolo, aunque en el derecho posterior se admitió también la responsabilidad por *culpa lata*.
- En principio es un contrato gratuito, aunque en la época justiniana se permitirá la retribución de una

pequeña suma.

I. Hay varias figuras de depósito.

(A) **Depósito regular.** — Es en realidad el que hemos descripto arriba.

(B) **Depósito irregular.** — En la época posclásica se admitió el depósito del dinero u otros objetos fungibles, facultándose al depositario para consumirlos y devolver otro tanto.

- En la época clásica va a ser juzgado como un mutuo, pero luego se hará una diferencia, por cuanto acá se da en interés del depositante. Es el antecedente de los depósitos bancarios.

(C) **Depósito necesario o miserable.** — Es el que tiene lugar cuando en casos de tumulto, incendio, ruina, naufragio, el depositante no tiene mayores opciones para elegir el depositario.

- Se lo juzga más severamente. Si existe dolo por el depositario, deberá responder por el doble. Puede llevarse a cabo contra sus herederos, quienes si cometieron también dolo responden por el doble del valor de la cosa; si sólo hubo dolo del causante, por el valor simple.

(D) **Secuestro.** — Es el que sucede cuando se entrega la cosa litigiosa a una de las partes o a un tercero. Debe, por supuesto, devolverla una vez dilucidada la cuestión judicial.

A diferencia del depósito común, el secuestratario tiene a su favor la protección de los interdictos en caso de que alguien lo perturbe o le arrebate la cosa.

II. El depositante tiene la *actio depositi* para la restitución de la cosa, la cual tiene carácter infamante.

El depositario tiene un *contrarium depositi iudicium* para obtener lo que pagó-para mantener la cosa y eventualmente por los daños sufridos.

PRENDA

Se llama prenda (*pignus*) el contrato en virtud del cual un deudor, como garantía del pago de la obligación, entrega al acreedor la posesión de una cosa.

La palabra *pinus* sirve para designar: (A) este contrato real; (B) la cosa misma dada en prenda; (C) el derecho real que el acreedor tiene sobre la cosa dada en prenda.

- Dada la vinculación que tiene este contrato con la garantía real de la prenda, estudiaremos allí la relación con el misino.
- Digamos simplemente acá que de pagarse la deuda, el deudor tenía la *actio pignoraticia* para recobrar la cosa prendada. Si no se pagaba, dependía de la existencia en este contrato del *pactum commisorum*, en el que el acreedor queda como propietario de la cosa. O del *pactum vendendi*, en el que el acreedor no se puede quedar con la cosa; debe subastarla y devolver el *superfluum* —lo que sobrara una vez satisfecho el monto de la deuda— al deudor. Este *superfluum* puede ser demandado por la *actio pignoraticia*.

CONTRATOS INNOMINADOS

I. El sistema contractual —formado por el sistema **cerrado** de figuras de los contratos nominados, únicos protegidos con acciones— reveló algunas insuficiencias debido a la existencia de ciertas convenciones que no entraban dentro de la caracterización típica ya formulada.

- Estas situaciones eran del tipo "te doy alguna cosa para que me des otra", o "te doy alguna cosa para que me hagas algo", las cuales no entraban ni en el concepto de la compraventa ni en el de la locación, en las que el precio debía ser en dinero.

II. Como en estos casos existían regularmente una prestación y una contraprestación, no había inconvenientes si ambas partes las ejecutaban. Pero si una de ellas había transferido una cosa y no obtenía la contraprestación, se le admitía la posibilidad de interponer la *condictio ob rem dati re non secuta* —o también *condictio causa data causa non secuta*— para que pudiera repetir lo pagado, es decir, pedir la devolución.

- Este remedio podía utilizarse en el supuesto de que se hubiera entregado una cosa, pero resultaba inútil si la prestación había consistido en un *faceré* (hacer) que, como es obvio, no se puede repetir.
- Para solucionar esto, en ciertos supuestos se concedió la *actio dolí* para aquel que, fraudulentamente, hubiera promovido la realización de un hecho sin efectuar la contraprestación.

III. En una época posterior, y atribuido al jurista de origen griego Aristón, de la época de Trajano, a fines del siglo i o comienzos del siglo ii d.C., se admitió que en ciertas figuras, quien ya había efectuado una prestación, podía exigir a la otra parte el cumplimiento de la contraprestación mediante una *actio in factum*.

IV. Será la escuela romano-bizantina la que terminará de estructurar estas figuras mediante la concesión de una acción genérica denominada *actio praescriptis verbis*.

- La denominación de esta *actio* se debe a la colocación de palabras (*verba*) puestas al comienzo de la fórmula —*praescriptio*.
- Estos contratos se consideran siempre "contratos reales" porque en ellos la prestación debía preceder siempre a la contraprestación reclamada.

V. Los juristas, partiendo de un texto de Paulo, bastante transformado por ellos, construyeron las cuatro figuras genéricas siguientes:

" <i>do ut des</i> "	("doy para que des")
" <i>do ut facías</i> "	("doy para que hagas")
" <i>fació ut des</i> "	("hago para que des")
" <i>fació ut facías</i> "	("hago para que hagas")

De este modo, siempre que mediara la precedente prestación, la parte que la hubiere realizado podía, a su elección: (A) repetir el objeto transferido mediante la *condictio ob revi dati* o (B) demandar el cumplimiento de la prestación contraria mediante la *actio praescriptis verbis*.

VI. Entre los principales contratos innominados podemos señalar los siguientes.

PERMUTATIO

En virtud de ella, una de las partes entrega a la otra la propiedad de una cosa a cambio de una prestación similar de la parte contraria. Es, pues, del género *do ut des*.

- Nótese que a diferencia de la compraventa, donde el vendedor se obliga a transmitir la posesión pacífica, aquí lo que se transmiten ambas partes es el dominio de los respectivos objetos.

AESTIMATUM

Consiste en que una persona entregue a otra una cosa estimada en un valor determinado. Esta la puede vender, incluso a un precio superior. Si luego de un cierto tiempo no la vendió, deberá devolverla. En cambio, si la vendió, lo único que podrá requerir el primero será el valor estimado, quedándose el otro con la diferencia entre este valor y el de la compraventa que realizó.

- Como se ve, es algo así como una venta a consignación. Se discutió si aquí había una compraventa, una locación de servicios o una locación de obra. El pretor, en la primera época, se limitó a otorgar una *actio in factum*.

PRECARIUM

Es la entrega gratuita de una cosa a otro para su uso, pudiendo el primero reclamarla cuando le plazca.

LA DONACIÓN CON CARGO

Ocurre cuando alguien dona una cosa, imponiendo al beneficiario un cargo o modo a favor de él o de un tercero.

TRANSACTIO

Es acuerdo de partes para poder, mediante concesiones recíprocas, poner fin a un litigio o evitarlo.

PACTOS

I. La palabra pacto (*pactum*) ha tenido varios sentidos de acuerdo con su evolución histórica.

Primitivamente la idea de pacto sirvió para designar toda remisión o aplazamiento de una obligación, fuera respecto de la nacida de una fuente contractual, fuera de la nacida de un delito.

- La palabra *pactum* deriva de *pax* (paz, acuerdo) y significaba, al principio, algo así como apaciguamiento o desligamiento del vínculo de la obligación.

II. En una etapa posterior se llamó pacto a todo lo que se conviniera en forma agregada a un contrato, y tenemos aquí la idea de los *pacta adiecta*.

Estos pactos se fueron estructurando por admisión pretoriana, que distinguía aquellos que se agregaban en el momento mismo de la celebración del contrato —*in continentem*— de aquellos que se agregaban con posterioridad —*ex intervallo*.

- A su vez, había que distinguir si lo que se procuraba con estos pactos era aumentar (*augere*) la

obligación —como, por ejemplo, estableciendo la solidaridad de los mutuarios— o si se procuraba disminuir (*mintiere*) la obligación —como ocurre al establecer la posibilidad de pagos parciales al deudor.

- Para este caso de disminución, el pretor seguirá la regla de equidad de otorgar al deudor una *exceptio pacti conventi* (excepción de pacto convenido) —como lo es el compromiso de no reclamar la deuda (*pac-tura de non petendo*)— o el otorgamiento de un plazo mayor. La regla del pretor era "*pacta convanta servato*" ("haré respetar los pactos convenidos"). Por ello no distinguirá si son *in continenti* o *ex intervallo*.

- Cuando se trataba de aumentar la obligación, era el acreedor el interesado en invocar esta circunstancia. Aquí había que distinguir —por lo menos en la época posclásica— entre los pactos agiegos *in continenti* y los *ex intervallo*. Inicialmente se admitió la eficacia de los primeros en los contratos de buena fe, pero luego se los extendió a los demás; respecto de los segundos, no se aceptó su validez, entendiéndose que el agravamiento posterior del deudor significaba, siempre que fuese posible, la realización de un nuevo contrato.

En una acepción muy genérica, se acostumbró a llamar *pacta* o *conventiones* todos aquellos acuerdos que se formalizaban y que carecían de acción, oponiéndolos a los contratos, que sí la tenían. De ahí la denominación de *nuda pacta* (literalmente, pactos desnudos).

III. Sin embargo, hubo algunos pactos que merecieron la protección por parte del pretor. Ellos son los conocidos como *pacta praetoria*, que veremos por separado.

IV. A su vez, en la época de Justiniano se consideró que ciertos negocios, tales como las donaciones y las promesas de dote realizadas sin *stipulatio*, pudieran tener un carácter obligatorio autónomo. Son los *pacta legitima*.

V. Ya en la última época del derecho posclásico bizantino, al ponerse el acento en el *consentis* como elemento fundamental, tiende a borrarse la diferencia entre pactos y contratos.

PACTOS CON PROTECCIÓN PRETORIANA

De estos pactos protegidos por *acciones in factum*, podemos comentar los siguientes.

CONSTITUTUM

El pacto de constituto —vocablo proveniente de *constituere* (establecer [en este caso la concreción del pago])— es una convención por la cual una persona llamada constituyente se obliga —sin empleo de formas determinadas— a pagar deuda preexistente, ya sea su propia deuda (*constitutum debiti proprii*), ya sea una deuda ajena (*constitutum debiti alieni*).

- El interés de este pacto nace como un castigo a la persona que estando sujeta a una obligación, ha prometido por el *constitutum* abonarla en un plazo excedente. Al no cumplir se verá, ahora, enfrentada a la acción de *pecunia constituta*, según la cual la tasa de los daños e intereses que hubiera sido de sólo la tercera parte del capital, se elevará a la mitad del mismo —en el caso de haberse actuado por la *condictio certac pecuniae*.
- En el supuesto de *constitutum* de un crédito ajeno, tiene todas las características de una fianza por el mismo.

RECEPTA

El edicto del pretor relacionará tres pactos, cuya vinculación nace del nombre adoptado. En efecto, la palabra *receptum* viene del verbo *recipere*, que quiere decir recibir, aceptar, encargarse de.

Se dan tres figuras típicas.

(A) *Receptum arbitrii*. Dos personas han decidido poner término a un diferendo encargando a un tercero para que, como árbitro imparcial, señale cuál de las dos tiene razón.

- El *receptum* es la aceptación del encargo de árbitro por parte del tercero comprometiéndose a llevar a buen término su cometido. El laudo que dicte será obligatorio para las partes, pudiendo el pretor forzarlas a cumplirlo sin necesidad de una *actio* o de sentencia.

(B) *Receptum argentarii*. Ocurre acá que un banquero (*argentarius*) se encarga de pagar la deuda de otro, generalmente la que va a contratar con un tercero.

- Como se puede apreciar, esta operación bancaria funciona de manera muy similar a la fianza, que se vio en el *constitutum debiti alieni*. La diferencia reside en que acá no se exige, como en aquél, una deuda preexistente.
- Por ello, el papel de este *receptum* es permitir fortificar el crédito de un cliente que está a punto de concluir un negocio importante. Servía también para que un cliente del banquero pudiera efectuar un pago en una ciudad distinta.

(C) *Receptum nautarvm, cauponum, stabularium*. Los navieros, posaderos y dueños de establos se encargan de las mercaderías, equipajes y animales que han recibido en sus naves, posadas o establos y que hayan sido destruidos o deteriorados, aun sin culpa suya, salvo que demostraren que los daños acaecieron por fuerza mayor.

- En un principio esta Responsabilidad debía surgir de una expresa asunción de los riesgos por parte de los dueños de esos lugares.
- Posteriormente, debido a las malas prácticas de los *nautae*, *caupones* y *stabulurii*, esta responsabilidad sintió efecto por la mera introducción de las cosas en dichos lugares.
- Cuando surgía por realización del personal, ello configuraba un *quisii ex delicto*.

LOS PACTOS LEGÍTIMOS

Eran convenciones que sólo tenían por objeto hacer nacer obligaciones a cargo de una sola de las partes y que fueron sancionadas por constituciones imperiales del Bajo Imperio, que otorgaron a estos supuestos una acción de derecho estricto, fundada sobre la ley: la *condicatio ex lege*.

EL COMPROMISO

Es una convención por la cual dos personas se ponen de acuerdo para confiar a un árbitro la decisión de zanjar un litigio.

- Esta figura corresponde al *receptum arbitrii*, denominación que se relacionaba con el encargo del árbitro. El compromiso es, en cambio, la convención previa de arbitraje.
- En un principio, por regla general, se llegaba a éste por medio de una *stipulatio*, en la cual se señalaba una *poena* en dinero si no se cumplía la decisión del árbitro.

- Más tarde, Justiniano decidió que el compromiso resultaba obligatorio si estaba acompañado de un juramento de las partes y del arbitro. Mas como luego decidió prohibir el juramento, declaró que sólo sería válido si las partes habían dado su adhesión por escrito a la sentencia o no la habían atacado en el plazo de diez días.

LA INSTITUCIÓN DE DOTE

Para prometer la dote era necesario realizar o la *dotis dictio* o la *promissio dotis*, que eran contratos formales, pero, en el año 428, los emperadores Teodosio II y Valentíniano determinaron que la simple promesa informal de dote, sin necesidad de *stipulatio* alguna, otorgaba fuerza obligatoria a la misma.

LA DONACIÓN

Consiste en la convención adoptada entre dos partes, por la cual una de ellas atribuirá a la otra algo en forma gratuita.

- El objeto de la donación puede ser la transmisión de una cosa, o la constitución de un derecho real, la cesión de un crédito, el asumir una obligación, etcétera. Lo importante es que haya un *animus donandi*, o sea, una intención de cumplir una liberalidad.

I. El Derecho Romano trató de muy distinta manera a las donaciones. Así, en un principio, los romanos desconfiaron de la transmisión de valores patrimoniales sin contraprestación, por lo que trataron a estos negocios en forma muy recelosa. Fruto de ello es la sanción de la *lex Cincia* (204 a.C.), la cual, además de prohibir a los abogados recibir dinero o regalos para pleitear, prohíbe hacer donaciones que pasen de un cierto monto, que nos es desconocido.

- Existen excepciones para familiares, por lo que se deduce que el propósito de la ley era evitar que el donador se empobreciera mediante liberalidades exageradas en favor de personas extrañas.
- Esta *lex* era imperfecta"; es decir, no indicaba la pena de nulidad ni de multa para las donaciones hechas en contra de los límites implantados. Por ello intervino el pretor concediendo la *exceptio legis Cinciae*, que permitirá al donante evitar que se logre por vía de acción la entrega de la cosa donada.
- Hacia el fin de la República, la costumbre había prohibido las donaciones entre esposos. Se temían los enriquecimientos logrados por la intervención de los sentimientos, así como también cuando, para impedir un divorcio, una de las partes intentara comprar la paz del hogar con dinero.
- Esta prohibición será atenuada en época de Caracalla (200 d.C.) ni disponerse, por un senadoconsulto, que el esposo que recibiera la donación podía retener los objetos si el otro moría sin revocar el negocio.
- Además, por la *presumptio Muciana* que dictó Q. Mucius Scaevola, determinó que cuando se dudara del origen de lo adquirido por la mujer casada, debía presumirse, salvo prueba en contrario, que provenía de su marido.

II. La donación, en el derecho clásico, no es considerada un negocio jurídico en sí mismo, sino solamente una iusta causa —*causa donandi*— a los efectos de justificar una determinada apropiación patrimonial.

III. Sólo luego, con una ley de Constantino, se hará de la donación un negocio típico. Incluso se le prescribirá una determinada forma, exigiéndose, además de la entrega de la cosa, la redacción de un documento que debía ser inscripto en forma oficial (*insinuatio*). Cumplidos estos requisitos, operaba la transmisión de la propiedad.

IV. Finalmente, con Justiniano se llega a concebir la donación en una forma plena. Continuará funcionando como una *insta causa* de adquisición; pero al mismo tiempo, la simple convención entre donante y donatario se transformará en un pacto legítimo, de tal modo que quedará el donante obligado a cumplir lo convenido.

CAPITULO XII

EFFECTOS Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Cuando se contrae una obligación, se produce para el acreedor una expectativa —la de cobrar la prestación debida— y para el deudor una responsabilidad —la de cumplir con aquello a lo cual se obligó.

Si hay cumplimiento, el nexo obligatorio quedará disuelto. Si no lo hay —ni se dan ninguna de las otras causas de extinción—, cabe analizar los efectos que provoca dicho incumplimiento.

El principio general determina que el deudor verá agravada su responsabilidad si el incumplimiento se produce por una causa imputable a su persona —caso del **dolo** o de la **culpa**— y deberá, incluso, responder del retardo en el cumplimiento —lo cual genera la mora—. Si el cumplimiento no se realiza, se abrirá la posibilidad para el acreedor de **ejecutar** la obligación, lo que en la época clásica se realiza generalmente mediante la venta pública del patrimonio (*bonorum venditio*) del deudor.

En virtud de la responsabilidad obligacional, la falta de cumplimiento en término detenerá la agravación accesoria de los **daños y perjuicios**, que deberá abonar el deudor culpable al acreedor.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

I. Consistiendo la prestación en la entrega de una cosa genérica, el deudor no puede nunca, en principio, alegar imposibilidad fáctica para cumplir la obligación, ya que en ésta *genera non pereunt* (los géneros no perecen).

- Así!, si tengo que pagar 100 sestercios, no puedo alegar que aquellos que hubiera destinado al pago los he perdido o me los han robado: tengo la obligación de conseguir otros.

II. En cambio, cuando la prestación consiste en la entrega de una cosa específicamente determinada, el deudor puede evitar la responsabilidad obligacional alegando que la cosa ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor. Responde, en cambio, por los otros dos únicos supuestos posibles de inejecución, que son el dolo y la culpa.

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Se entiende que hay caso fortuito o fuerza mayor cuando ocurre un acontecimiento no previsto por el deudor; o que habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

- Así, por ejemplo, no puedo entregar el esclavo Sucho porque se enfermó súbitamente y murió; o el edificio, porque

se incendió; o las mercaderías, porque me fueron arrebatas por actos violentos de terceros.

- Se suele distinguir entre el "caso fortuito" —como hecho imprevisto— y la "fuerza mayor" —hecho que aun previsto no ha podido evitarse.
- En estos casos el deudor queda liberado de responsabilidad siempre que no haya sido por su falta que se provocó la destrucción de la cosa. Pero habría falta si habiéndosele prestado un objeto —comodato—, lo expone a una situación riesgosa: lleva una vajilla de plata prestada a un barco para cenar allí y el oleaje se la arrebata; o lleva a la guerra el caballo que debía entregar al acreedor.

En ciertos casos, algunos deudores, sea por una convención expresa, sea por haberlo determinado el mismo derecho, quedan responsabilizados por lo que se dio en llamar la custodia.

Es el caso del sastre que ha recibido una prenda para arreglarla; o el del tintorero, para teñirla. También rige para el comodatario. Esto representaba una agravación de los deberes del ciudadano, teniendo que responder los deudores muchas veces por un caso fortuito, como la fuga de un esclavo que debía cuidar, o el hurto del objeto debido. Para excusarse debían concurrir clarísimas situaciones de fuerza mayor, como ser un incendio, una inundación o un terremoto.

- Esta responsabilidad por la *custodia* abarca, pues, situaciones en las cuales no habría habido culpa del deudor, explicándola los autores clásicos, ya en razón de un expreso convenio, ja de una garantía tácita asumida por el deudor.
- Los casos donde funciona tácitamente la *custodia*, aparte del comodatario, y del sastre o del tintorero, abarcan también al dueño de un navío, de un hospedaje o de un establo, que deben responder por lo que le sucediere a las cosas incorporadas a esos ámbitos por los clientes. También al arrendador de una cosa mueble y al acreedor pignoraticio respecto de la cosa dada en prenda, aunque éste se excusase por mero caso fortuito.
- En la época posclásica, esta idea de la *custodia* irá siendo reemplazada por la noción análoga de la *exactísima diligentia* (empleo de una diligencia máxima, superior a la normal), por la cual responden las personas señaladas en la época clásica para la *custodia*.

EL DOLO

Se entiende que hay dolo como causal de incumplimiento de una obligación cuando el deudor ha cometido un hecho o una omisión deliberada efectuada para perjudicar al acreedor.

Debe ser ejecutado por una persona con discernimiento. Así, no puede ser atribuido a un furioso o un impúber *infantiae proximus*.

El dolo no se presume, sino que es el acreedor quien debe probarlo. El *pactum de dolo non praestando* —en virtud del cual se establece con anticipación que el deudor no será responsable por el dolo— afecta al orden público y por ello es nulo; sin embargo, el acreedor puede renunciar voluntariamente a demandar los perjuicios debidos al dolo.

LA CULPA

Se entiende que hay culpa como causal de incumplimiento de una obligación cuando éste se debe a una imprudencia o a una negligencia imputable al deudor.

- I. Hay varias clases de culpa. Un ejemplo es la culpa grave (*culpa lata*), entendiéndose

por tal una suma negligencia. Ulpiano dice "no entender lo que todos entienden". Es el caso de quien, teniendo objetos preciosos, deja abierta la puerta de su casa.

La *culpa lata* es asimilada en sus efectos al dolo.

II. Está también la culpa leve (*culpa levis*), consistente en la mera negligencia o imprudencia en el trato o cuidado de las cosas.

- A veces, esta *culpa levis* era juzgada *in abstracto*, a cuyos efectos se la compara con la conducta paradigmática de lo que hubiera hecho en iguales circunstancias un *diligens paterfamilias*.
- Responden por una culpa de este tipo el vendedor, el mandatario y el acreedor prendario.
- Otras veces, la *culpa levis* era juzgada *in concreto*, es decir cotejándola con la habitual conducta propia del deudor: hay culpa cuando éste comete un descuido que no habría cometido con sus propios asuntos.
- Responden por esta culpa el marido deudor de la dote a su mujer; el tutor y el curador respecto del pupilo; el copropietario respecto a los otros condóminos.

RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO CULPABLE

I. Durante la vigencia del procedimiento formulario, si el deudor, en forma dolosa o culpable, no daba cumplimiento a la obligación, la regla general era que el juez sólo podía constreñirlo al pago de una suma de dinero por daños y perjuicios.

- Al no obtener relímenle- el objeto debido, el acreedor muchas veces no alcanzaba completa satisfacción por el pago de esas sumas de dinero.
- Encontramos aquí una consecuencia de la idea de la *litis contestatio*. como novación; al transformarse la obligación antigua en la que figuraba en la fórmula, había que aplicar esta última, por lo que se abría la puerta para la condenación pecuniaria.

II. Cuando aparece el procedimiento extraordinario —ya se ha visto—, la regla general será reformada, y, siendo ahora el juez un funcionario que cuenta con la fuerza pública, condena al deudor demandado a la ejecución de la prestación toda vez que ésta sea posible.

- Si la prestación es de entrega de una cosa, el *iudicatus* (condenado) será obligado a ponerla a disposición del ador. Si la prestación es imposible o consiste en un *faceré* —no se puede coaccionar el cumplimiento—, entonces sí se resolverá en daños y perjuicios.
- Esta idea es más cercana a nuestras concepciones procesales.

El contenido de los daños y perjuicios. — Podía variar de acuerdo, con la modalidad de la fórmula.

(A) Si era de **derecho estricto** y contenía una *condemnatio certa*, el juez se limitaba a condenar por el monto de la suma allí indicada.

(B) Si era de derecho estricto, pero con *condemnatio incerta*, entonces la suma era fijada por el juez, a veces hasta el monto tope de una *taxatio*; y de no existir ese tope, por cuanto él estimare el valor de la cosa. El actor podía también, bajo juramento (*iuriurandum in litem*), fijar el monto de lo que estimare que correspondiera condenar. En este caso el juez no está obligado por dicho juramento, que jugaba como un elemento de juicio.

(C) En las *acciones bonae fidei* el juez se encuentra más libre respecto de la suma a condenar, ya que las juzga conforme a la equidad (*ex aequo et bono*).

Conforme a ello la condena no solamente puede abarcar el daño directo producido por

la inejecución (*damnum emergens*), sino también la utilidad- que se esperaba obtener y que por el incumplimiento no se obtuvo (*lucrum cessans*).

- Justiniano determinó que los daños y perjuicios no podrían superar ti doble del monto del valor determinado de la prestación.
- Podía ocurrir, a veces, que las partes hubiesen convenido con anticipación —para evitar la incertidumbre de la fijación por el juez— el monto de los perjuicios a pagar en caso de incumplimiento. A esto se lo denominaba *stipulatio poenae* (cláusula penal).
- La forma para establecerla era una *stipulatio*. En la primera época se la hacia formulando una sola pregunta: "Si no me das al esclavo Sticho, ¿prometes darme 100?". Luego se la perfeccionó determinándola del siguiente modo: "¿Prometes darme al esclavo Sticho?; si no me dieras a Sticho, ¿prometes darme 100?".

EL RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO

El mero retardo culpable —ya del deudor en el cumplimiento de la obligación, ya del acreedor en recibir el pago— podía, en ciertos casos, tener importantes consecuencias. Ese retardo se denomina genéricamente mora.

Mora del deudor. — Para que exista mora del deudor deben darse las siguientes condiciones.

- (A) Un retardo del cumplimiento de la obligación, para lo cual ésta debe ser válida y exigible, que no lo es si media un plazo o se le puede oponer una *exceptio*.
- (B) Ese retardo debe ser doloso o culpable por parte del deudor.
- (C) En ciertos casos es necesaria una conminación expresa por parte del acreedor al deudor (*interpellatio*).
 - Cuando es necesaria la *interpellatio* se suele hablar de *mora ex persona*.
 - En cambio no es necesaria cuando la obligación es a término, pues en este caso se interpreta que *dies interpellat pro homine* (el plazo interpela en lugar del hombre). Se dice, entonces, que la mora es *mora ex re*.
 - Otro caso de *mora ex re* acaece a propósito de las obligaciones delictuales, en las cuales no es necesaria la *intépellatio*, pues los obligados quedan por el solo hecho del cometido del delito en mora.

La mora agrava la situación del deudor.

(A) Tiene la obligación de responder por los riesgos de la cosa, incluso si ésta perece por caso fortuito, ya que se entiende que a su respecto se ha perpetuado la causa de la obligación (*perpetuatio obligationis*).

- Por una razón de equidad se admitió posteriormente que quedaba liberado el deudor si probaba que l.\ cosa lo mismo hubiera perecido de estar en manos del acreedor.

(B) Si se trata de una obligación de buena fe, entonces, a partir de la mora, son debidos los intereses —en caso de tratarse de una suma de dinero— o los frutos —en caso de tratarse de una cosa fructífera.

- Estos intereses son llamados moratorios para diferenciarlos de los meramente convencionales , a los cuales se agregan.
- Si la obligación es de derecho estricto, los frutos son debidos no a partir de la mora, sino de la *litis contestatio*; los intereses moratorios , en cambio, ni siquiera son debidos a partir de la *litis contestatio*.

(C) La mora del deudor cesa cuando cumple la prestación debida, aun cuando el acreedor no la acepte. En este supuesto incurría, en principio, en mora el acreedor.

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

- Para que se dé este supuesto es necesario que el ofrecimiento del deudor sea correcto: si debía llevar la prestación al acreedor, que así lo hubiera hecho; si en cambio fuese el acreedor quien debía retirar la cosa, bastaría la simple oferta por parte del deudor. Incluso se podía obviar esto último de existir un plazo, pues era al acreedor al que le incumbía el retiro. Igualmente, la recepción de la prestación puede quedar frustrada por un acto del acreedor.

La mora del acreedor tenía los siguientes efectos:

- (A) El deudor se liberaba de los riesgos de la cosa, respondiendo solamente en caso de que hubiera cometido dolo.
- (B) El deudor podía hacerse reembolsar los gastos devengados por la conservación de la cosa.
- (C) El deudor podía consignar el dinero y las cosas debidas, sellándolos y depositándolos en un lugar público, como ser un templo.
- Un caso muy particular y curioso tenía lugar, por ejemplo, con la demora de un comprador en aceptar el vino comprado: si el vendedor necesitaba los barriles, podía derramar su contenido. Justiniano exigirá que éste último notifique previamente al acreedor remiso.
- (D) Con la mora del acreedor cesan los intereses que se debieran por mora del deudor —es decir, los moratorios—; luego de la consignación, cesan también los intereses convencionales.

FRAUDE DEL DEUDOR EN PERJUICIO DE LOS ACREDITORES

I. El deudor, no obstante la obligación contraída, no pierde la libre disponibilidad negocial. Puede celebrar otras y vender bienes; pero si estos negocios de transmisión de cosas —que en principio tienden a disminuir su patrimonio— llegasen a ubicarlo en una situación de insolvencia, entonces el acreedor vería peligrar el pago de la obligación. En tal caso se entiende que ha habido fraude (*fraus*) cometido en perjuicio de los acreedores cuajando el deudor deliberadamente provocó con sus enajenaciones una situación de insolvencia, que se agravaría de ser ya insolvente el deudor.

II. Desde fines de la República, el pretor fue concediendo remedios a favor de los acreedores que sufrían los perjuicios del fraude de su deudor.

- (A) Los acreedores tenían, durante la ejecución de los bienes del deudor (*bonorum venditio*), la posibilidad de designar un *ctiratar bonorum*. Este se encargaba de cuidar los bienes del *fraudator* y podía lograr una *restitutiones in integrum* por parte del pretor, quien tenía por no celebrados ciertos actos jurídicos concluidos con terceros que, comportándose como cómplices del deudor, habían evadido bienes del patrimonio del que los acreedores esperaban cobrarse.

- Además, al *bonorum emptor* (comprador del patrimonio del deudor) se le concedían acciones *in Factum* para lograr la rescisión de ciertas Mantas; de modo similar, podía oponer fianle a ciertos

créditos fraudulentos la *exceptio fraudes*.

(B) Igualmente los acreedores tuvieron un *interdictum fraudatorium* por medio del cual se procuraba la restitución de aquellas cosas del deudor que estuvieran fraudulentamente en poder de terceros, a quienes se los conminaba a revocar el acto, pues de lo contrario —por una *formula arbitraria*— eran condenados por un valor igual al saldo del patrimonio del deudor.

- La *restitutio in integrum* aparecía más ligada a los casos de *bonorum venditio*; en cambio, el *interdictum fraudatorium* era más amplio y funcionaba como el remedio normal contra el fraude del deudor.

ACCIÓN PAULIANA

En el derecho posclásico estos dos remedios parecen haberse refundido en una *actio in factum amplia* —vulgarmente llamada Pauliana—, la cual tiene por objeto revocar todos los actos realizados fraudulentamente por el deudor en perjuicio de sus acreedores.

I. Para que funcionase era necesario:

(A) Que se hubiera celebrado un acto jurídico de resultas del cual quedaba empobrecido el deudor. No importaba la naturaleza de dicho acto; podía ser una venta, una donación, una obligación, la remisión de una deuda, etcétera.

(B) Que el acto hubiera causado un perjuicio a los acreedores. Bastaba con probar que el deudor no podía pagar sus deudas porque, por ejemplo, su pasivo era superior¹ a su activo.

(C) Que el deudor tuviera conciencia del fraude (*consilium fraudis*), lo cual era interpretado de manera amplia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

II. La acción Pauliana, si bien podía ser ejercida contra el deudor, resultaba más eficaz contra los terceros que hubieran realizado negocios con aquél. Podían darse distintas situaciones:

(A) Que los actos fueran a título gratuito —reuniéndose los requisitos señalados para ello—, y en tal caso la revocación de los mismos progresaba sin dificultades.

(B) Que se tratara de actos a título oneroso, en cuyo caso había que probar que el tercero era cómplice del deudor en el fraude; es decir, que conociendo el estado de insolvencia de éste, lo mismo hubiera realizado el negocio.

En cambio, si el tercero había realizado el acto a título oneroso y de buena fe, es decir, ignorando la situación del deudor, la revocación no lo alcanzaba.

III. La acción Pauliana —o revocatoria— era una *actio arbitraria* por la cual el juez no condenaba a menos que el tercero se negase a restablecer el estado de cosas existente antes de la celebración del acto objeto de revocación.

- Así, si se le transmitió el dominio de una cosa, debe retransferirlo; si hubo remisión de una deuda, la obligación se restablece.

- Intentada dentro del año útil después de la *bonorum venditio* —en caso de rehusarse el restablecimiento del estado de cosas—, la condena era por la totalidad del perjuicio sufrido. Intentada después de pasado el año, era sólo por el monto de lo que se hubiesen enriquecido el deudor, los terceros y los herederos.

EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS

I. En el viejo procedimiento de las *legis actiones*, la ejecución se realizaba por la *manus injectio* y por la *pignoris capio*.

En el procedimiento formulario subsiste la ejecución personal, pero fundamentalmente prevalecerá la ejecución sobre los bienes bajo la forma de un concurso general del patrimonio del deudor.

II. Una vez que el deudor ha sido condenado (*iudicatus*) o confesó estar obligado (*confessus*), podía intentarse la *actio itedicti*.

- De acuerdo con la ley de las XII tablas, para poder iniciar la ejecución era necesario dejar transcurrir un plazo de 30 días.
- Vencido este plazo quedaba expedita la vía de ejecución. El deudor podía oponerse a la *actio iudicati*, pero corría el riesgo de la *litis crescentia*, que implicaba una eventual condena por el doble de lo debido.

Transcurrida esta instancia podrá pedirse ya la ejecución personal, ya la ejecución sobre los bienes, o ambas a la vez.

1). La ejecución directa y personal —en virtud de la *actio iudicati*— autorizaba al acreedor a retener al deudor condenado o confeso como prisionero suyo.

- No obstante la dureza de esta prisión por deudas, continuará en todas las épocas posteriores. Acá aparece un tanto despojada de ciertos caracteres de la *manus injectio*, limitándose a la retención personal.
- Una *lex Iulia* —de la época de Augusto— le permitirá al deudor evitar esta ejecución por medio de la *cessio bonorum* (cesión de su patrimonio [a los acreedores]).
- Por otra parte, podían evitar la encarcelación los deudores que gozaran del beneficio de competencia.

2). Pero a partir del siglo II a.C. —más precisamente hacia el 118 a.C.— surge un nuevo procedimiento, atribuido al pretor Rutilio Rufo, por medio del cual se procederán a ejecutar los bienes del deudor. Este procedimiento es conocido como *bonorum venditio*.

BONORUM VENDITIO

Puede ser iniciada por un solo acreedor contra el deudor condenado, o confeso, o que haya huido abandonando sus bienes. El procedimiento se desarrollaba contra el patrimonio de la persona viva o del dejado por un muerto.

(A) El acreedor solicita primeramente del pretor una *missio in possessionem* —que lo ponga en posesión de los bienes del deudor— a los efectos de asegurar preventivamente la no dilapidación o desaparición de los mismos.

- Si se trataba de vanos acreedores que pedían la posesión de los bienes, el pretor designaba entre ellos un *curator bonorum* (cuidador de los bienes).

(B) Al mismo tiempo se hacían colocar afiches (*proscriptiones*) en los lugares públicos

a fin de hacer enterar, a cualesquiera otras personas interesadas, del comienzo del procedimiento, ya fueran otros acreedores, ya fueran amigos del deudor que quisieran pagar por él.

(C) Al cabo de 30 días de ocurrida esas publicaciones —que se reducían a 15 si el deudor había muerto—, el pretor daba un segundo decreto ordenando a los acreedores a que se reuniesen con el fin de elegir entre ellos un *magister bonorum*, quien se encargaría de realizar la venta.

- Este *magister bonorum* debía ordenar los bienes preparando la subasta por medio de una *lex venditionis*, donde figura el inventario del activo y del pasivo.

(D) Luego de un nuevo plazo —10 días si el deudor estaba vivo, 5 si estaba muerto—, el *magister* procedía a vender el patrimonio en pública subasta.

Resultaba comprador (*bonorum emptor*) aquel que ofreciera pagar el mayor porcentaje de las deudas del ejecutado.

- El interés de la subasta residía en calcular, de acuerdo con la diferencia entre los bienes que aún quedaban y las deudas denunciadas, hasta qué porcentaje (*portio*) resultaba beneficioso pagar.

De acuerdo con este procedimiento, lo que se ha realizado es una sucesión universal ínter vivos, de la cual el causante es el deudor ejecutado y el sucesor es el *bonorum emptor*.

(A) Respecto de los bienes, este *bonorum emptor* adquiere la propiedad bonitaria de los mismos, accediendo al *dominium ex iure quiritium* luego de pasados los plazos de *usucapió*.

- Para poder entrar en posesión de los mismos tenía un *interdictum possessorium*.

(B) Respecto de los créditos que hubiera en el patrimonio adquirido, no los hace suyo *ipso iure*; pero el pretor le concederá, de estar vivo el deudor, la *formula Rutiliana*, y de estar muerto, la *actio Scrviana*.

- La *formula Rutiliana* pertenecía a la clase de fórmulas con transposición de sujeto. En la *intentio* se hace figurar el nombre del deudor ejecutado, pero en la *condemnatio* el del *bonorum emptor*, de tal modo que éste obtenía el beneficio de la sentencia y podía cobrar el crédito.
- La *actio Serviana*—que no hay que confundir con la que dio origen a la hipoteca— era una *actio ficticia*. El pretor hacía de cuenta que el *bonorum emptor* era lo mismo que un heredero del deudor ejecutado.

(C) Respecto de las deudas, el *bonorum emptor* estaría obligado a pagarlas hasta el porcentaje que ofreció en la subasta. El pretor otorgará acciones a los acreedores transponiendo los nombres y haciendo figurar al deudor ejecutado en la *intentio* y al *bonorum emptor* en la *condemnatio*, quedando éste obligado a responder.

Para el deudor ejecutado, la *bonorum venditio* trae la tacha de infamia, quedando igualmente expuesto a acciones de sus acreedores por lo no cobrado.

DISTRACTIO BONORUM

En casos muy excepcionales se permitirá la *distractio bonorum*, cuya diferencia con la *bonorum venditio* consistía en que los bienes eran rematados en forma individual hasta equiparar el monto de las deudas.

- Tenía este beneficio el incapaz de hecho que careciese de tutor o de curador; igualmente, los senadores y, en general, los acreedores podían proponer al deudor que aceptara esta forma de liquidación de las deudas.
- Este procedimiento irá reemplazando en la época posclásica a la *bonorum venditio*.

BONORUM SECTIO

Era la venta pública realizada por el estado de bienes conseguidos en una guerra o como confiscación en procesos criminales.

- Podía ser efectuada en forma individual; o en forma universal, si se trataba del patrimonio de una persona.
- El comprador (*bonorum sector*) adquiría la propiedad inmediatamente después del pago, otorgándosele en favor o en contra, en caso de haber adquirido un patrimonio, acciones análogas a las concedidas al *bonorum emptor*.

BONORUM CESSIO

El deudor insolvente que de buena fe resultase cargado de deudas podía evitar el proceso infamante de la *bonorum venditio* haciendo cesión de todos sus bienes a sus acreedores (*cessio bonorum*).

- Se le otorgaba también el beneficio de competencia por tiempo ilimitado para favorecer su recuperación económica.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La forma normal mediante la cual se logra la extinción de una obligación es el cumplimiento de la prestación debida, es decir, el pago; pero el derecho —en virtud de las múltiples hipótesis que pueden darse en los negocios— reconoce además la existencia de otros modos de extinción. Generalmente se los suele agrupar de la siguiente manera.

(A) Unas veces la obligación se extingue **ipso iure** (de pleno derecho), lo cual significa que mediando el supuesto determinado, el deudor queda automáticamente liberado.

(B) Otras veces, la causal determinada no obsta a la subsistencia de la obligación, pero el pretor —por razones de equidad— priva a la misma de eficacia concediendo al deudor que así lo pida una *exceptio* para detener el progreso de la *actio*. Estos modos se denominan *per exceptionem* (por una excepción) o también *ope exceptionis* (por obra de una excepción).

MODOS PRIMITIVOS DE EXTINCIÓN

En la época primitiva existieron dos modos de extinción muy formales, que eran la *solutio per aes et libram* y la *acceptilatio*.

SOLUTIO PER AES ET LIBRAM

Era un pago solemne realizado en presencia de por lo menos cinco testigos y un *libripens* (que sostiene la balanza). Aquel al que le correspondía pagar debía decir, sosteniendo en la mano una moneda de cobre, la siguiente fórmula: "Puesto que debo pagar, me libero correctamente por medio de este cobre y de esta balanza de bronce. Pesa tú en esta balanza por primera y última vez de acuerdo con la ley pública". Golpeaba luego con el cobre la balanza y se lo daba al acreedor a título de pago.

- La palabra *solutio*, imperfectamente traducida por pago, significa más bien "liberación", y tenía relación con el vínculo nacido del *nexum*, cuya denominación proviene de *nectere* (ligar, atar).
- El rito de la balanza se debía a que en los tiempos primitivos —en los que no existía dinero amonedado— se solía pagar con trozos de cobre bruto que debían ser pesados.
- Pero posteriormente se recurrió al uso de utilizar una sola moneda (*nummo uno*), acto que se lo llamaba "pago imaginario" (*solutio imaginaria*).
- Esta acción sirve para liberarse de la "responsabilidad" de la obligación —en el sentido del *Haftung* de los alemanes—; aquí se ve con claridad como el mero pago de la prestación, es decir del *debitum* (*Schuld*, para los alemanes), no extingue la obligación, necesitándose este rito formal para realmente desvincularse. Y esto era así hasta tal punto, que si se realizaba la *solutio per aes et libram* —permitida por el acreedor— sin haberse efectuado la prestación, la obligación se extinguía *ipso iure*.
- En un principio se la utilizaba para extinguir la obligación nacida del *hexuni*; pero también en el caso de la obligación del condenado en juicio (*condemnatus*) y del que había sido condenado a cumplir un legado *per damnationem*". Según (:iyo, se seguirán usando estas dos últimas formas como medio de extinción, pero en la época de Justiniano dejarán de utilizarse, al igual que los otros negocios *per aes et libram*.

ACCEPTILATIO

Es una forma solemne de asegurar el pago de una obligación nacida de un contrato verbal consistente en una pregunta y su respectiva respuesta. El deudor preguntaba al acreedor: "¿Tienes por recibido lo que te he prometido (dar o hacer)?", a lo cual éste respondía: "Lo tengo".

Se nota fácilmente el parecido que tiene esta forma con los contratos verbales, como la *sponsio* o la *stipulatio*, con la diferencia de que en estos ritos la pregunta y la respuesta están enfocadas a obligarse; en la *acceptilatio*, en cambio, a desobligarse. Esto es una aplicación —caso igual ocurre en la *solutio per aes et libram* respecto del *nexum*— de un principio genérico utilizado por los romanos, según el cual todo aquello que se contrae por un rito determinado, se extingue por un rito contrario.

Desde un principio la *acceptilatio* debía suceder con posterioridad a un pago efectivo, por lo que venía a servir de medio probatorio, lo cual se acomoda a la realidad de las palabras empleadas. Posteriormente vino a cumplir un papel más abstracto (*imaginaria solutio*), pudiéndose emplear para remitir o perdonar una deuda, teniendo ello una ventaja sobre el *pactum de non petendo*", ya que con la *acceptilatio* se extingue la obligación *ipso ture* y no *ope exceptionis*.

Por este medio se extinguen las obligaciones nacidas de un contrato verbal —al parecer, también las de un contrato literal, aunque ignoramos cuáles eran las formas al respecto—, pero no las de otros contratos o fuentes, salvo que estas últimas se transformasen en *stipulationes* por medio de una novación (*Aquiliana stipulatio*).

MODOS DE EXTINCIÓN "IPSO IURE"

PAGO

El pago —en general *solutio*— consiste en el cumplimiento de la prestación debida, sea ya de un *daré*, de un *praestare* o de un *facere*.

- La expresión *solutio* va a alcanzar un sentido distinto del primitivo —liberación, desligamiento— para referirse al objeto de la prestación: *pecuniam solvere* (pagar el dinero).
- Al ser un modo no formal, la prueba se independizaba, lo que no ocurría con la *solutio per aes et libram* o con la *acceptilatio*. Generalmente se utilizaban testigos; o, mejor aún, recibos, como será la costumbre en la época imperial.

(A) Quién debe pagar. — En principio el que paga es el propio deudor, pero también resulta válido y extingue la obligación el pago efectuado por un tercero, siempre que no se refiera a una prestación que necesariamente debiera ser cumplida por el deudor mismo, como sería el hacer una estatua, pintar un cuadro, etcétera.

En el caso del pago por un tercero, éste puede hacerlo con consentimiento del deudor, sin saberlo el deudor y aun en contra de la voluntad del deudor.

- En el primer supuesto —con consentimiento del deudor— se configura el mandato⁰. Aquel que ha pagado, si el deudor mandante no le devuelve lo pagado, puede exigírselo por medio de la *actio mandati contraria*" hasta el monto de lo ordenado pagar.
- En el segundo supuesto —sin saberlo el deudor —se configura, en caso de prestarle un servicio útil y sin *animus donandi*, la figura cuasicontractual de la "gestión de negocios"". El tercero tendrá la *actio negotiorum gestorum contraria* para recobrar lo pagado hasta el monto de la utilidad prestada. As!, si pagó más de lo debido, sólo podrá demandar hasta el límite real de la deuda, sin perjuicio de poder repetir lo pagado indebidamente del propio acreedor por la *condictio indebiti*.
- En el tercer supuesto —en contra de la voluntad del deudor—, en derecho estricto no tiene acción para recobrar lo pagado, pese a que el pago resulta válido. Sin embargo, el que paga puede obtener la cesión de acciones por parte del acreedor, e incluso hay también algunos remedios para evitar el injusto enriquecimiento en provecho del deudor: así, la *actio negotiorum gestorum contraria* ejercida como *actio utilis*, y en los tiempos del Bajo Imperio, también la *actio de in rem verso*", extendida por analogía y como *actio utilis*.

(B) A quién se debe pagar. — En principio se debe pagar al acreedor, pero se pueden dar otros supuestos.

- Así, se puede pagar a un *procurator* o a un mandatario del acreedor.
- Igualmente se puede pagar a un acreedor adjunto, tal como sucede con el caso del *adstipulator*.
- Un caso especial es el del *Solutions causa adiectus* (agregado por causa del pago), es decir, la persona que se designa en la *stipulatio* para que pueda receptar el pago. Esta figura no debe ser confundida con la anterior del *adstipulator*, ya que no es un coacreedor como éste, sino que figura allí al solo efecto de recibir el pago, sin poder intentar el cumplimiento de la obligación por una acción, ni cederlo, ni remitirlo; más aún, si muere esta persona, el deudor no se puede liberar del pago pagando a sus herederos. Sin embargo, es más que un simple mandatario, ya que por ser parte de la *stipulatio* no puede ser revocado, pudiendo el deudor optar entre pagarle a él o al acreedor, aun cuando éste manifieste lo contrario.
- En el supuesto de que el acreedor fuese un pupilo, no podía aceptar un pago sin la *auctoritas* de su tutor. Si no obstante lo hacía sin cumplir este requisito, quedaba establecido que se convertía en propietario de la suma recibida; tanto era as!, que en la época clásica se estableció que no pedía reclamar por segunda vez el pago, y si lo hacía, se otorgaba al deudor la *exceptio doli*.
- El pago quedaba liberado si se lo efectuaba a una persona distinta al acreedor, siempre que éste ratificara dicho acto (*ratihabilitio*).

(C) Qué es lo que se debe pagar. — El deudor debe cumplir la obligación pagando exactamente el objeto establecido en la prestación. De esto se derivan las siguientes consecuencias.

1) Que el acreedor no está obligado a aceptar el pago de un objeto distinto. Sin embargo, no está prohibido que lo acepte, produciéndose en este caso el supuesto de la *datio in solutio* (dación en pago), que traía como consecuencia la liberación de la obligación por parte del deudor.

- Los sabinianos entendían que si el acreedor aceptaba que le pagaran con una cosa distinta, la

obligación se extinguía *ipso iure*; los proculeyanos, en cambio, sostenían que sólo le otorgaba al deudor la posibilidad de defenderse mediante una *excepicio doli*, y por lo tanto, sería una extinción *ope exceptionis*. Justiniano se inclinará por la solución sabiniana.

- En la última época —por influencias del derecho greco-egipcio—, en textos interpolados 'del "Digesto" y del "Código", se interpretará a la *datio in solutio* como si fuera una venta realizada por el deudor al acreedor respecto de la cosa dada en pago, por el precio de la prestación debida. Por ello es que al acreedor se le otorgará una *actio empti utilis* por los vicios de evicción .

2) Que el acreedor no puede ser obligado a recibir prestaciones parciales en contra de su voluntad. Una excepción a este principio sería el *beneficium competentiae* (beneficio de proporción), en virtud del cual el acreedor no podía ejecutar al deudor por el todo, sino dentro de los límites de las posibilidades de pago de éste.

- Así, gozaban de este beneficio —nombre no estrictamente romano, sino dado por los intérpretes— muy pocas personas: (A) el marido ejecutado por su mujer al pagar de la dote; (B) los ascendientes demandados por sus descendientes; (C) los patronos demandados por sus libertos; (D) el donante respecto a quien el donatario llevara a cabo una acción personal derivada de la donación; (E) el deudor que hubiese efectuado la *cessio bonorum* (cesión voluntaria de sus bienes) a sus acreedores en virtud de la *lex Iulia*; (F) el socio respecto al socio.
- Los beneficiados no eran considerados insolventes, evitando la *bonorum benditio*, con sus consecuencias de la prisión y la nota de infamia.
- Este principio de no poder obligar al acreedor a recibir el pago de prestaciones parciales aparece atenuado en un fragmento de Juliano donde opina que "parece el pretor obrar con más humanidad si compele al actor a recibir lo que se le ofrezca, puesto que a su ministerio corresponde disminuir los pleitos".
- Se podía también dar el supuesto de que un acreedor tuviera varios créditos contra un mismo deudor. Si éste pagaba con una suma que no satisficiera a todos ellos, la imputación del pago podía ser efectuada, en primer lugar, por el deudor, y si éste no lo hacía, por el acreedor. En caso de que nadie dijese nada, se seguían reglas especiales en favor del deudor. Así, se imputaba la suma a los intereses antes que al capital; también, al crédito ya vencido antes del que faltaba vencer; si todos estaban vencidos, primero a los más gravosos, y si todos eran igualmente gravosos, el pago se distribuía proporcionalmente entre ellos.

(D) **Cuándo se debe pagar.** — El principio general es que hay que respetar lo establecido en el negocio —así, cuando hay un plazo—. Si nada se hubiere dicho, entonces el acreedor —atendidas las circunstancias y características de la prestación— podrá exigir el pago en forma inmediata.

- Fue común en la época posclásica, debido a las crisis económicas, el otorgamiento de moratorias por disposición imperial.

(E) **Donde se debe pagar.** — En principio, el lugar de pago es el fijado en el negocio respectivo. Si nada se hubiera establecido, se estimaba que las prestaciones individualizadas en forma determinada debían ser satisfechas en el lugar en que éstas se hallaren. Si las prestaciones eran genéricas, debían ser cumplidas en el lugar en que pudieran ser exigidas, ordinariamente en el domicilio del deudor.

- Para el supuesto de que el acreedor exigiera el cumplimiento en un lugar distinto del convenido, el pretor concedió la *condictio de eo quod certo loco*. Por medio de ella, el deudor se beneficiaba en la misma medida de los perjuicios que le hubiera ocasionado el tener que pagar en otro lugar. Esta ventaja puede resultar apreciable cuando se trata de cosas genéricas, como el vino, el aceite, el trigo, etcétera, cuyos precios varían según las localidades; lo mismo ocurre con el dinero, que no produce en todas partes el mismo interés.
- El cálculo del valor se hizo, en principio, en el sólo beneficio del deudor; más tarde también se contemplaría el interés del acreedor.

(F) **Pago por consignación.** — Si el acreedor se negaba a aceptar el pago, por lo cual

incurría en mora, el deudor podía pagar depositando en forma pública el objeto debido. Esto será considerado un pago liberatorio que extingue la deuda con todos sus accesorios.

- La denominación posterior de "pago por consignación" se debió a los sellos que se les ponían a los objetos entregados por el deudor para asegurar la inviolabilidad de los mismos.
- Si se trataba de una cosa mueble, ésta era llevada a un establecimiento público y, más generalmente, a un templo. Allí se la sellaba (*obsignatio*) y se la depositaba (*depositio*).
- Si se trataba de un inmueble, lo común era ponerlo en estado de "secuestro" (*sequestratio*), quedando en posesión de un tercero denominado "secuestratario".

NOVACIÓN

La novación (*novatio*) consiste en la transformación de una obligación en otra nueva, de tal modo que la primera: queda extinguida y se la sustituye por esta otra.

- Son típicamente novatorios los *nomina transcripticia*, a través de los cuales se ve la utilidad de empleo de este modo, ya para cambiar la naturaleza del vínculo obligacional —caso *a re in personam*—, ya para cambiar la persona del deudor o del acreedor —caso *a persona in personam*.
- Pero el modo normal de establecer una *novatio* voluntariamente es por el empleo de una *stipulatio*. Así, por ejemplo: "Los cien que tu me debes por la compraventa, ¿prometes dármelos por la *sponsio*?". Acá se extingue la obligación de la compraventa y nace una nueva, donde los cien son debidos ahora por una *sponsio*.
- Igualmente podía ser novatoria la *dotis dictio* en el caso de que quien se comprometiera a constituir la dote fuera un deudor de la mujer —se extinguía la obligación respecto de ésta y quedaba como nueva la de dote.

Condiciones para que exista la novación. — Para que se pueda operar la novación son necesarios los siguientes requisitos:

(A) **Una obligación anterior.** Resulta elemental, puesto que no se puede extinguir lo que no existe. Esta obligación puede ser ya de origen contractual, ya delictual; también una obligación natural o civil.

(B) **La concertación de una nueva obligación.** Hemos visto que la forma normal era mediante el empleo de la solemnidad de la *stipulatio*, sin perjuicio de los casos menores de los *nomina transcripticia* y de la *dotis dictio*.

(C) **El *animus novandi*.** Este requisito será exigido por Justiniano. Anteriormente, en la época clásica, los autores no habían hablado de él, refaciéndose únicamente a las formas contractuales empleadas para deducir de allí la existencia de la novación. Por la decadencia del formalismo en el Bajo Imperio se recurrió —como en otras cuestiones— a interpretar la voluntad de las partes. De ahí que para Justiniano sólo tendrá validez cuando se declare expresamente la voluntad novatoria (*animus novandi*).

- Esta cuestión es un poco compleja debido a que la constitución de Justiniano no resulta del todo clara. Su propósito principal fue terminar con una serie de presunciones de novación que se habían venido estableciendo. Habla, en cambio, de una *voluntas non lege* (voluntad no presumida por la ley), exigiéndose no solamente que la voluntad fuese determinada, sino que, además, fuese manifestada en términos expresos.
- De no ser así, habría dos obligaciones: la anterior no extinguida y la nueva.

(D) El mantenimiento en la nueva obligación del mismo objeto que en la primera.

La exigencia del *idem debitum* (misma prestación) fue propia tanto de la época primitiva como de la época clásica. Así, si alguien se comprometía a entregar un usufructo para reemplazar una deuda proveniente de un mutuo, los autores clásicos manifestaban que no había extinción de la primera obligación y que ésta subsistía juntamente con la nueva.

- Esta idea queda muy bien expresada en la definición de Ulpiano, quien, cuando habla de la *novatio*, emplea las palabras "transfusión y translación" (*transfusio atque translatio*) de una obligación a otra, que recalcan el sentido de que si bien, algo nuevo se añade, algo de lo viejo debe continuar.
- Este principio se debilitó en algo por cuanto el pretor reconoció al deudor perseguido en juicio por la primera obligación una *exceptio pacti conventi* (excepción de pacto convenido).
- Justiniano parece que, por lo menos implícitamente, aceptó el cambio de objeto en la novación, lo cual resulta usual en el derecho moderno.

(E) Que se agregue algo nuevo (*aliquid novi*). Este requisito resulta elemental por cuanto, de lo contrario, no habría ocasión de dar lugar a una novación.

Debemos acá distinguir dos clases de supuestos:

- 1) Cuando se produzca sin cambiar las partes (*novatio inter easdem personas*). En este caso, el "algo nuevo" debe consistir —ante la imposibilidad de cambiar el objeto— ya en un cambio de la naturaleza de la obligación ("Los 100 que me debes por la compraventa [contrato consensual], me los deberás por la *stipulatio*" [contrato verbal]), ya en una adición o supresión de alguna modalidad, como sería el agregar o suprimir una condición o un plazo.
- 2) Cuando se produzca cambiando alguna de las partes (*novatio inter novas personas*). En este caso puede variarse la persona del acreedor o la persona del deudor.

- Cuando se cambia el acreedor las cosas ocurren así: A es acreedor de B. El objeto es que B, en lugar de abonar a A lo haga a C. Para ello se deberá contar con el acuerdo del primer acreedor, del propio deudor —que se podría rehusar— y del segundo acreedor. Logrado el acuerdo, el nuevo acreedor, C, le pregunta por la *stipulatio* a B: "Los 100 que tú le debes a A, ¿prometes pagármelos a mí?". Esto tenía interés práctico cuando se querían evitar sucesivos pagos: por ejemplo, si el primer acreedor le debía 100 al segundo acreedor.
- Cuando se cambia el deudor las cosas ocurren así: el acreedor A, que tiene una obligación respecto del deudor B, verá cambiado a este último por un nuevo deudor C. Por ejemplo, A le preguntará al nuevo deudor C en la *stipulatio*: "¿Prometes darme los 100 que me debe B?". De este modo se extingue la primera obligación y queda formalizada la segunda entre A y C.
- La llamada *delegatio* es un caso muy particular —que a veces encierra una novación y otras no— en el cual intervienen tres personas: el delegante, el delegado y el legatario. Así, el delegante, por medio de una orden (*iussum*), le indica a su deudor —delegado— que deberá contraer esa misma obligación con otra persona —delegatario—. Esta *delegatio* sería activa, por cuanto hay un cambio de acreedor.
- También podía ser pasiva si lo que se cambiaba era el deudor. Por ejemplo, si el delegatario tiene un crédito respecto del delegante, éste puede obtener que otra persona —delegado— lo reemplace. Entonces, el delegatario le preguntará a este tercero: "Los 100 que me debía Ticio [delegante], ¿me los darás tú? [delegado]".
- En realidad, la *delegatio* significa una novación cuando hay una obligación precedente que se transforma por cambio del acreedor o del deudor; pero puede darse el caso de *delegatio* sin obligación precedente, como cuando el delegado efectúa el negocio queriendo hacer un favor o una donación al delegante. En estos casos no habría novación.

Efectos de la novación. — Podemos establecer en general que los efectos, tal como se dice en la definición, son dos: extinguir la obligación antigua y crear una obligación nueva.

(A) Respecto de la obligación primera, se produce la extinción *ipso iure*, así como también de todos sus accesorios —fianzas, hipoteca, prenda y también los intereses—, salvo que se hubiera previsto especialmente su vigencia en la nueva.

- En el caso de cambio del deudor, como la primera obligación queda extinguida, el acreedor no podrá ir contra el primer deudor en caso de insolvencia del segundo. Para poder prevenirse de este riesgo debía ya establecerlo como condición de la novación —por lo cual la convertiría en condicional—, ya hacerse dar por el primer deudor un mandato —teniendo en ese caso la posibilidad de la *actio mandati contraria*— para lograr una indemnización del perjuicio derivado de la novación.

(B) Respecto de la obligación nueva, ésta comienza a regir en los términos estipulados por las partes.

- Si la *stipulatio* novatoria llega a ser nula —por ejemplo, si fuera realizada por el pupilo sin la *auctoritas* del tutor—, de todos modos la primera obligación queda lo mismo extinguida.
- En la obligación nueva sólo podrán interponerse las excepciones que hubieran correspondido a la primera si en la *stipulatio* novatoria se hubiera dejado constancia de la causa negocial: así, "los 100 que debías por la compraventa..."; pero no si sólo se hubiera dejado mención del objeto: así, "los 100 que debías...".

Casos especiales de novación. — Dos merecen destacarse.

(A) La *litis contestatio* —ya tratada en el análisis del procedimiento— provocaba la extinción de las obligaciones civiles demandadas en un *iudicium legitimum*, las que se transformaban en la "relación procesal" establecida en la fórmula. Técnicamente no sería una *novatio*, pero los autores romanos clásicos asimilaron sus efectos.

(B) La *stipulatio Aquiliana*. Tomaba su nombre del jurista Aquilio Galo —pretor en el año 66 a.C—, quien sugirió esta fórmula para resolver los problemas que acaecían con obligaciones muy confusas, al convenir las partes la novación de las mismas por medio de una *stipulatio*.

- La fórmula empleada era así: "Todo aquello que me debes o deberías por cualquier causa dar o hacer en la actualidad, a término o bajo condición; cualquier cosa por la cual tengo o tendría yo contra ti, acción, petición o reclamación; cualquier cosa mía que tú hagas o poseas, o que por dolo malo has dejado de poseer; tanto cuanto vale cada una de estas cosas, otro tanto ha estipulado Aulo Agerio que le será dado en dinero, y a ello se ha comprometido Numerio Negidio". Tenía, pues, las características de una transacción judicial.
- La forma de extinguir esta *stipulatio Aquiliana* era la *acceptilatio*.

MUTUO DISENSO

La obligación que ha sido contraída por el *consensus* —en un contrato consensual— podía ser extinguida por un *contrarius consensus* —es decir, por un convenio contrario.

- El *mutuus dissensus* (mutuo disenso o contrario consentimiento) parece ser que se generó en la compraventa, debiendo ocurrir antes de que una de las partes realice la prestación.
- Posteriormente se extendió a la *locatio conductio*. En la sociedad y en el mandato no era necesario el mutuo disentimiento, dado que en ellos la voluntad de una sola de las partes podía dar por finiquitado el contrato.

CONCURSO DE DOS CAUSAS LUCRATIVAS

Cuando alguien ha adquirido por una causa gratuita —se la llama causa lucrativa— una cosa que le era debida por otra "causa lucrativa", esta segunda obligación queda extinguida *ipso iure*, sin intervención de la voluntad de las partes.

- Así, por ejemplo, si recibo por donación una cosa que me sería debida por un legado, la obligación nacida de este último se extingue.
- La necesidad de que las causas de adquisición fueran gratuitas surgió quizás con Juliano. Anteriormente no importaba si una era gratuita y la otra onerosa. En cambio, después se determinó que en ese supuesto —por ejemplo, si he comprado la cosa que me era debida por legado— se podía accionar por el monto del valor de la cosa.

CONFUSIÓN

Existe confusión (*confusio*) cuando por cualquier circunstancia concurre sobre la misma persona la condición de acreedor y de deudor.

- Así, por ejemplo, cuando una persona hereda a otra, respecto de la cual era deudora o acreedora.

MUERTE Y CAPITIS DEMINUTIO

En ciertos casos, la muerte de uno de los sujetos puede determinar la extinción de la obligación.

- Esto se da con especiales características en las obligaciones delictuales; también en la sociedad⁰ —muerte de uno de los socios— y en el mandato —muerte del mandante o mandatario.

Del mismo modo, la *capitis deminutio* puede determinar la extinción de las obligaciones.

- Incluso ocurre con la *capitis deminutio mínima*: verbigracia, en el caso de la adrogación —extinción de las deudas de quien se da en adrogación— y también en la *conventio in manu* de una mujer *sui iuris*.

MODOS DE EXTINCIÓN OPE EXCEPTIONIS

COMPENSACIÓN

Ocurre la compensación (*compensatio*) cuando un deudor opone a su acreedor un crédito que tiene contra éste, de tal modo que **los créditos y las deudas se contribuyen entre sí**.

I. La compensación aparece en el derecho clásico como una vía procesal —más que como medio autónomo— por la cual el pretor, en ciertas circunstancias, concederá al demandado por un crédito no extender la acción contra él dirigida más allá del monto por el que el actor estuviese a su vez obligado ante aquél, pudiendo en consecuencia progresar la demanda sólo de existir un saldo a favor del actor.

(A) Ello ocurrirá en el supuesto de los *indicia* o *acciones bonae fidei*, en los cuales el *iudex* podrá tener en cuenta estas recíprocas pretensiones, adecuando numéricamente el saldo en la sentencia.

(B) Se admitía este modo también para los banqueros (*argentarii*), quienes podían demandar a sus clientes sólo por el saldo que resultase de la deducción de los contracréditos que les pudiesen oponer éstos.

(C) También el comprador de los bienes en una *bonorum venditio* —es decir el *bonorum emptor*— debía demandar al deudor de la masa de bienes haciéndole deducción de lo que le debía el concursado.

II. Un paso importante en la historia de la compensación se logró por un rescripto del emperador Marco Aurelio, quien extendió el ámbito de la misma a las *acciones stricti iuris* *. El modo utilizado fue muy simple, por cuanto permitió que el deudor demandado que pudiera oponer una compensación adujera una *exceptio doli*.

- La inserción de la *exceptio doli* le daba libertad suficiente al juez para hacer jugar la compensación. Si el crédito del demandado era mayor o igual al del actor, correspondía absolverlo; si era de un valor inferior, lo condenaba solamente por el saldo.

III. Finalmente, en la época de Justiniano, la compensación se erige con mayor autonomía respecto del procedimiento. Esto fue debido a la suplantación del procedimiento formulario por *extra ordinem cognitio*.

Se la admitió como modo de extinción *ipso iure*, lo cual ha provocado algunas controversias. Para que se pudiera operar comenzaron a establecerse ciertos requisitos.

(A) La identidad de personas entre el acreedor y el deudor recíproco.

(B) Que los objetos compensados fueran homogéneos, es decir fungibles entre sí. Generalmente tenía lugar cuando se trataba de dinero.

(C) Que los créditos fueran exigibles, pues no se podría compensar un crédito que fuera puro y simple con otro sometido a un plazo o a una condición.

(D) Que los montos de las prestaciones fueran líquidos, es decir, fácilmente determinables en la cantidad.

- El problema sobre el carácter de *ipso iure* de la compensación residió en que para algunos glosadores dichas palabras debían interpretarse en el sentido de que la compensación se operaba directamente por la ley, es decir, aun cuando no la opusiera el demandado. En cambio, parece prevalecer hoy día que el vocablo *ipso iure* en la constitución de Justiniano debe interpretarse como que el juez no debe acudir más a medios indirectos —como la *exceptio doli*—, bastando el mero planteo del demandado.

REMISIÓN DE LA DEUDA

Ocurre la remisión de la deuda cuando el acreedor se compromete por medio del *pactum de non petendo* (pacto de no reclamar) a no exigir el cumplimiento de la obligación.

- El *pactum de non petendo* permite, en caso de incumplimiento, el ejercicio de la *exceptio pacti conventi*.
- En la época de Justiniano se distinguen dos clases de *pactum de non petendo* que puede ser *in personam* —cuando el perdonado es sólo el deudor— o *in rem*— cuando abarca también a los herederos, fiadores, deudores solidarios, etcétera.

TRANSACCIÓN

Ocurre la transacción (*transactio*) cuando las partes, haciéndose recíprocas concesiones o renuncias, deciden poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas.

- La transacción tiene el carácter fundamental de finiquitar problemas judiciales, por lo que por lo común tiene lugar mediante la renuncia a la *actio* por parte del actor, a cambio de una contraprestación por liarte del demandado.
- La forma adoptada es la del pacto. Por ello, en principio no da origen a una acción, sino que genera excepciones: así, la *exceptio pacti conventi*, o en general la *exceptio doli*.
- Más tarde puede recurrirse a transar mediante una *stipulatio* —por ejemplo, por la *stipulatio Aquiliana*—, en cuyo caso tendría la *actio ex stipulatu*. Justiniano la distinguirá del pacto, estableciéndola entre los contratos innominados⁰, por lo que para su cumplimiento se contaba con la *actio praescriptis verbis*.

PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

En el derecho bizantino, y debido a una constitución del emperador Teodosio II, se determinó que, salvo casos especiales en que se establezca otro plazo, todas las acciones fenen si no se las ejercita en el plazo de treinta años (*praescriptio triginta annorum*).

- En un principio, en Roma, la regla general era que las acciones civiles fueran "perpetua!.". Este principio no ve aplicaba a las acciones de origen pretoriano, estableciéndose acá que la mayoría de ellas se extinguía al año, si bien había muchas dificultades para saber cómo se calculaba el año, es decir, si era "continuo" o se computaba solamente el tiempo "útil", descontándose aquellos días en que el que se proponía accionar estaba impedido por algún obstáculo. Al parecer prevaleció esta última opinión.
- Había algunos casos en los cuales el plazo era mayor a los treinta años fijados por Teodosio II. Así, la prescripción de 40 años para la hipoteca y para los créditos debidos a la Iglesia e instituciones pías y la de 50 años para repetir lo pagado por juegos prohibidos. El crédito del fisco era imprescriptible.
- El nombre deriva de la parte de la fórmula —*praescriplio*— y obviamente significaba, de manera indirecta, la extinción de la obligación, al impedir su ejecución.

CAPITULO XIII

FAMILIA

Sí en materia patrimonial el derecho de hoy en día sigue en lo fundamental las pautas institucionales del Derecho Romano, en lo referente a las relaciones de familia se notan cambios trascendentales entre las modernas instituciones que conservan el nombre romano de patria potestad, familia, tutela, matrimonio, etcétera, pero que obedecen a valoraciones y condicionamientos muy distintos a los primitivos de la comunidad romana. Aun en el mismo seno de ésta ningún otro sector del quehacer jurídico tuvo una más profunda evolución que la normativa de las estructuras y relaciones familiares. Ningún otro estuvo tan sometido, no sólo a la gravitación de los factores económicos y sociales sino también a los éticos e ideológicos: valga como ejemplo la enorme transformación producida en las concepciones y regímenes familiares por el cristianismo.

CONCEPTO DE FAMILIA

El vocablo familia aparece aquí con varios significados.

I. Familia *proprio iure dicta* (llamada de derecho propio) es el conjunto de personas libres que se encuentran bajo el poder de un *paterfamilias*.

II. Es también familia —*communi iure dicta* (llamada de derecho comunitario)— el complejo de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un mismo *paterfamilias*, antepasado común, si éste estuviera con vida todavía.

III. También familia aparece en algunos textos para indicar ese conjunto de personas que cree descender de un mítico antepasado común —bajo cuyo poder estarían, de vivir todavía— que ya se ha estudiado bajo el nombre de *gens*.

IV. También con el nombre de familia se alude al conjunto de cosas sujetas al poder de un *paterfamilias* y que forman una masa patrimonial o hereditaria: se habla así de la *actio familiae erciscundae* o del *familiae emptor*.

V. Hasta se usa familia para referirse al conjunto de todos los esclavos sometidos al dominio de un *paterfamilias*.

El común denominador de todos estos significados está dado por el sometimiento al poder de un *paterfamilias*: ese es el pivote alrededor del cual se estructura cada uno de esos aludidos complejos de personas o cosas organizados jurídicamente como un todo, como un *corpus*.

- De aquí en adelante es el primero de los significados de familia el que nos ocupará especialmente: el de las personas libres que a un tiempo están efectivamente sometidas al poder de un *paterfamilias*.
- La expresión latina *paterfamilias* significó, primitivamente algo así como jefe de la casa. En efecto, la palabra *pater* no estaba vinculada con la idea de progenitura sino con una raíz que significaba poder,

fuerza, y la palabra *familia* indicaba lo perteneciente al sitio donde se vive, el hogar, la casa. Etimológicamente, *paterfamilias* tiene el mismo origen que el vocablo griego *despotē*, de donde procede nuestra palabra *déspota*.

Jurídicamente, *paterfamilias* es el varón libre y ciudadano que no tiene ascendiente varón vivo —o que ha sido emancipado por el que tiene— y que no ha sido sujeto por adopción o adrogación a la potestad de un extraño. Ser un *paterfamilias* —al margen de que se esté realmente a la cabeza de un concreto grupo familiar— es tener un *status* personal de *sui iuris*, es decir, tener capacidad jurídica tanto en la esfera del derecho público como en la del derecho privado.

- Se es *paterfamilias* —siempre que se cumplan esas condiciones— aunque se sea un impúber o se esté eventualmente sujeto a cárceles. Se trataría, en estos casos, de una incapacidad de actuar y no jurídica.
- En cambio, a la mujer *sui iuris* —aunque sea a veces designada *mate-familias*— no se le reconoce, por lo menos en el período clásico, ningún poder sobre personas libres: por el contrario, estuvo sujeta a la tutela dispensada por razón de sexo.

Las personas libres que pueden estar sujetas —*alieno iuri subiectae* (sujetas a otro poder) o *alieni iuris*— son los *filiifamilias*: hijos varones o mujeres y los descendientes por vía masculina —siempre que sean legítimos, es decir, concebidos en *iustae nuptiae*—; los extraños adoptados o adrogados; las mujeres que, al casarse con el *paterfamilias* o con hijos legítimos o adoptivos de éste, lo hubieran hecho con *conventio in manum* y se encuentran, por lo tanto, *loco filiae* (en lugar de hija) o *loco nepotis* (en lugar de nieta), respectivamente.

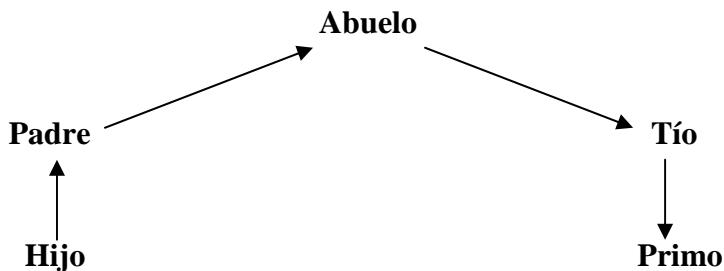
AGNACIÓN Y COGNACIÓN

En efecto, el vínculo de parentesco por el que se estructuraba la familia romana de los primeros tiempos era exclusivamente la agnación, y ésta se daba entre todos aquellos que hubieran estado sujetos al poder de un individualizado *pater*, considerado origen "cierto" de la familia, si éste, hipotéticamente, hubiera seguido viviendo [ver gráfico]. Se caía bajo la potestad de un *pater*: a) o por haber sido concebido en legítimo matrimonio del *pater* o varón a él sometido; b) o por ser adoptado por el *pater*; c) o, en el caso de una mujer, como consecuencia de nupcias con el *pater* o varón a él sometido. Resultaba así que el vínculo agnatico se transmitía solamente vía masculina. Quedaba entonces establecido un exclusivismo familiar: como únicamente se podía estar sujeto a una potestad, sólo se podía pertenecer a una familia y se era, por tanto, absolutamente extraño a la familia propia de la madre; la relación de consanguinidad entre el abuelo materno y sus nietos no producía parentesco porque éste era exclusivamente con base en la sujeción a la potestad de un *pater*.

Ese vínculo de la consanguinidad, la cognación, sólo con el tiempo fue adquiriendo relevancia jurídica, y habrá que esperar a Justiniano en el siglo VI a.C. para que desplace total y francamente el principio agnaticio, que hasta ese entonces había estructurado formalmente el sistema familiar romano.

La relación de parentesco se mide por grado. Entre ascendientes y descendientes en línea recta hay tantos grados como generaciones: un grado entre padre e hijo, dos entre abuelo y nieto, etcétera. En la línea colateral, el grado de parentesco entre dos personas se mide computando las generaciones que van de una de ellas hasta el ascendiente común, y las que van desde éste hasta la otra persona: entre primos, el parentesco es de cuarto grado, pues hay que remontarse dos generaciones hasta el abuelo común y bajar

luego otras dos.



PANORAMA HISTÓRICO DEL RÉGIMEN FAMILIAR

El estado político-social en el Lacio, anterior a la génesis de Roma, parece haber estado constituido por la existencia de esos grandes grupos parentales que hemos estudiado bajo el nombre de *gentes*. Cuando la *civitas* fue tomando para sí las funciones políticas de las *gentes*, éstas fueron perdiendo vigencia y de ellas fueron resultando agolpamientos familiares que en su estructura denotaban todavía aquel carácter político de las primitivas gentes.

Era tan fuerte la unidad de la familia romana —tanto en la agnaticia como en la *proprio ñire* de los tiempos históricos—, tan absoluto el poder del *pater* sobre personas y cosas, que ya los mismos romanos tenían cabal conciencia de que se distinguían en eso de los otros pueblos del mundo mediterráneo. Y en tiempos modernos se ha fundado —especialmente por Bonfante— la teoría del origen y carácter político de esa institución en argumentos que pueden sintetizarse como sigue a continuación.

- (A) Existe una desproporción entre la fuertemente autoritaria estructura de la familia y las normales funciones de índole social y económica que desempeñó en la época.
- (B) Muchos institutos de derecho privado romano presentan tales modalidades políticas que parecen haber estado dirigidos primordialmente para llenar funciones de orden y gobierno y que sólo con el transcurso del tiempo llegaron a perseguir objetivos patrimoniales: el testamento y la tutela, por ejemplo.
- (C) La autonomía del *pater* en el manejo de la familia rechaza cualquier ordenamiento o injerencia externa.
- (D) Se pertenece exclusivamente a una familia, como a un solo estado.
- (E) El parentesco —agnación— se establece por situación de sometimiento a la autoridad de un *pater*. La misma palabra *agnatus*, si bien está compuesta por la raíz que significa nacer, no alude al vínculo de sangre.
- (F) El carácter absoluto, originario y unitario de la *manus* recuerda el *imperium* de los supremos magistrados.

(G) Los poderes del *pater* son similares a los correccionales y jurisdiccionales del magistrado romano.

(H) El derecho de propiedad (*dominium*) evoca, por lo absoluto, perpetuo y exclusivo, la soberanía estatal, y sus formas se explican por razones políticas, no sociales y económicas.

(I) El testamento *calatis comitiis* es la designación por el *pater* de su sucesor en el gobierno familiar, lo que resulta paralelo con la atribución reconocida por el derecho público romano al magistrado de designar o proponer a su sucesor.

I. Antes del tipo de familia llamado *proprio iure*, que es el que tiene vigencia por lo menos desde la ley de las XII tablas y, con algunas atenuaciones, hasta Justiniano, habría existido la llamada *communi iure* o familia grande o agnática, llamada así porque habría comprendido a todos los agnados.

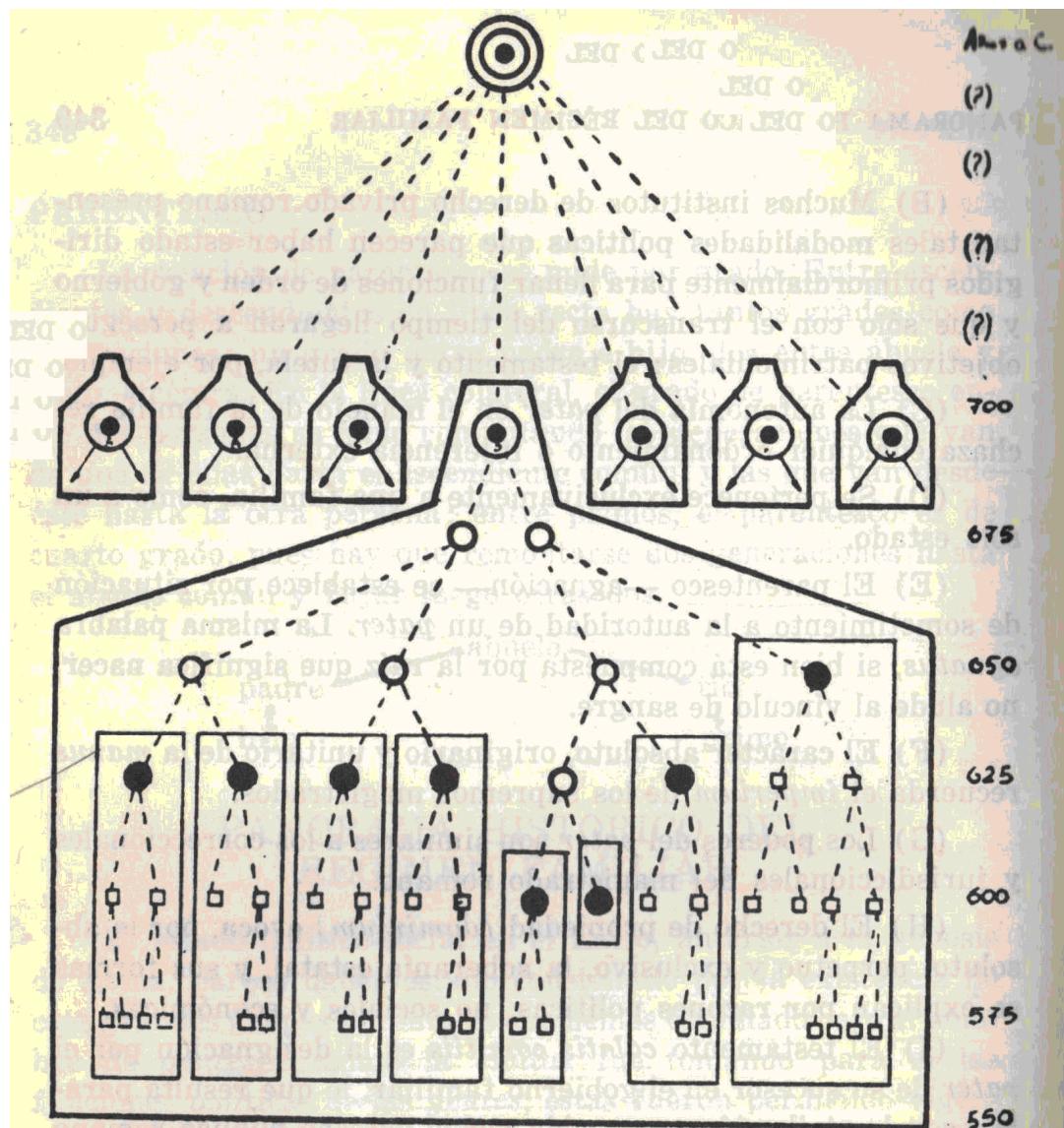
Ya la hemos definido como el conjunto de personas libres que en razón de una bien determinada descendencia por vía masculina a partir de un antepasado común estaría, de vivir éste, sometida a su patria potestad.

Así, representa en pleno período histórico un esquema ideal, referible sólo para identificar el vínculo de agnación: pero en tiempos prehistóricos —antes del testimonio escrito— la familia agnática habría sido un grupo real unido efectivamente por la sujeción a la potestad de un *pater*, que habría recibido la jefatura de una serie de sucesivos *patres* —que a su tiempo la ejercieron vitaliciamente—, serie iniciada, precisamente, con aquel antepasado común.

Su diferencia con la familia romana de los tiempos históricos consiste en que, en el sistema de la familia agnática indoeuropea, a la muerte del *pater* la familia seguía permaneciendo unida bajo el poder de un sucesor —designado por primogenitura, por elección de sus iguales o, en Roma, por voluntad del extinto jefe—, en tanto que en la familia *proprio iure*, al desaparecer el *pater*, todos los varones que estaban bajo su inmediata patria potestad adquirían condición automática de *patres* y se convertían cada uno en cabeza de una nueva familia.

II. Convendrá ahora esquematizar la estructura y las denominaciones de esos tres grupos parentales a que se ha aludido.

Como puede verse en el gráfico, una *gens* está compuesta por varias familias agnáticas. También se desprendería que varias —ocho en el gráfico— familias *proprio iure* formarían una familia agnática, pero téngase en cuenta que esto es sólo válido como esquema, mas no en la realidad institucional de una época determinada. Es decir, en el Lacio del siglo VIII a.C, por ejemplo, no habrían existido todavía familias *proprio iure*, pues, en esos tiempos —que suponemos de plena vigencia de la familia agnática— todos los que en el gráfico aparecen como *patres* no lo serían, con la excepción de uno, y estarían sujetos a la potestad de ese uno precisamente; en la época histórica, en cambio, todos ellos serían, cada uno, cabeza soberana de una exclusiva y hermética familia: no habría ninguna familia agnática, si bien los miembros de las ocho familias *proprio iure* serían agnados entre sí, con las consecuencias jurídicas que se verán más adelante.



OBSERVACIONES

Todos los que aparecen en el gráfico y los descendientes de A, B, C, E, F y G — representados por las flechas y omitidos por razones de espacio — son gentiles. pertenecen a la misma gens.

Se indican solamente varones pues sólo por vía masculina se determina y transmite el parentesco agnaticio, el único jurídicamente relevante en la época estudiada.

Se ha calculado un intervalo de 25 años para cada generación.

- Antepasado presunto o pretendido con el cual las líneas de parentesco o son vagas o se confunden en el tiempo.
- Antepasado a partir del cual los vínculos están claramente determinados.
- Pater ya fallecido para el año 550 a.C.
- Pater en el año 550 a.C.
- Hijo de familia — es decir sometido a patera potestad — en el 550 a.C.
- Familia propia iure.
- Familia agnática — comprendiendo en el gráfico también a los miembros fallecidos ya para el año 550 a.C.

III. Claro que entre la época de la familia agnática y la de la familia *proprio iure* ha habido toda una evolución de la organización familiar, una compleja y no uniforme descomposición de la familia grande en grupos menores que la integraban, hasta que quedó perfilada la unidad de la familia romana de los tiempos históricos.

Conjeturemos primeramente un perfilamiento de las familias agnáticas dentro de la *gens* y luego la disgregación de aquéllas en familias *proprio iure*. En los tiempos históricos, sabemos, sólo quedaron de la *gens* unos pocos vestigios de rápidamente decreciente relevancia jurídica y de la familia agnática el vínculo de agnación, que, como hemos visto, conformó, aunque también con importancia decreciente, la organización familiar romana hasta Justiniano.

IV. En plena vigencia de la familia *communi iure* existiría un patrimonio familiar permanente o eterno, como lo era la familia, prolongada desde los antepasados y proyectada hacia los futuros descendientes. De ese patrimonio, los actuales integrantes "de la familia tendrían una especie de usufructo y el *pater*, no una propiedad individual, sino un poder de disposición gerencial, ejercido como titular de la única capacidad jurídica plena reconocida en una comunidad integrada por grupos y no por individuos.

El testamento *calatis comitiis* e *in procinctu* habría sido el acto político —por eso, celebrado ante los conciudadanos— mediante el cual el *pater* designaba al sucesor en la jefatura. La familia *comviuni iure* se mantenía unida a través de esa única jefatura, prolongada de generación en generación.

Cuando creada la *civitas* se agudizaron las transformaciones que se asocian con la llamada revolución urbana —división y especialización del trabajo, agricultura intensiva, artesanía y comercio con su exigencia de libertad de iniciativa individual, aparición de las clases sociales, de los órganos especificados de gobierno, etcétera—; cuando el desarrollo de la esclavitud trajo la posibilidad de concentración de mano de obra; cuando una más amplia y unitaria organización política no basada ya en el parentesco, fue quitando la razón de ser de los grandes grupos parentales de finalidad y estructura política, la familia agnática, propia de una economía de autoabastecimiento y de una sociedad no integrada plena y funcionalmente en estructuras políticas suprafamiliares, entró en crisis y se desgajó en grupos familiares más chicos y más ágiles para una sociedad de mayor diversificación e intercambios económicos.

V. La institución por la que, en nuestra opinión, se habría vehiculado la transición de un tipo de familia a la otra fue el llamado *consortium erto non cito* (comunidad de heredad no dividida).

Sea que el *pater* se despreocupó de asegurar una jefatura única *pai'a* su grupo, sea que el aspecto económico patrimonial fuera adquiriendo mayor relevancia, cada uno de los que había estado bajo la inmediata potestad del *pater* fallecido, sin perjuicio de reconocer una primacía política y moral al nuevo *pater* si éste había sido designado, se sintió con derechos al manejo en común del patrimonio familiar, se sintió *consors y sui iuris*.

Esa sería la situación inmediatamente anterior a la época de la ley de las XII tablas: tal vez un *pater* único con ascendiente moral, religioso y político —tutelas y cíuratelas— y el *consortium* —ya analizado cuando se trató del condominio— titulado por los *sui iuris* del grupo.

VI. El próximo paso hacia la familia *proprio iure* se habría dado en la época de la ley de las XII tablas al reconocer ésta el derecho de cada uno de esos *sui iuris* a conseguir con la *actio familiae erciscundae* la parte concreta correspondiente a la cuota ideal que titulariaba en el *consortium*. Entonces, ya ese *sui iuris* sería un *paterfamilias* con el efectivo dominio de ese patrimonio propio desgajado del *consortium* y con poder efectivo potencial sobre sus *filiifamilias*.

VII Pero también la familia *proprio iure*, fuertemente estructurada sobre la sujeción al poder del *pater* y la exclusiva capacidad jurídica reconocida a éste, irá sufriendo cambios en la vida real que no se institucionalizarán sino poco a poco y sin afectar formalmente los principios básicos.

Ello naturalmente debido a transformaciones económicas, sociales y religiosas que llevan, en el plano psicológico, a representarse a la familia, no tanto como una entidad trascendente, sino como un conjunto de individualidades.

Así, ya desde la ley de las XII tablas será posible la salida del grupo familiar de cualquiera de los *filiifamilias* para constituir otra familia —emancipación— o ingresar en otra —adopción—; se podrá evitar que la mujer casada ingrese en la familia del marido —*Irinocitum*—; las cosas del patrimonio —antes familiar, ahora individual del *pater*— serán todas enajenables; el *pater* podrá testar en favor de extraños sin incorporarlos previa o simultáneamente a la familia...

VIII. Más adelante, por la creciente injerencia del estado, que reclamaba para sí el poder punitivo, irán sufriendo fuertes limitaciones los poderes personales del *pater* y, por las necesidades de una sociedad más diversificada e individualista, se verá afirmada, paulatinamente, la capacidad de los *filiifamilias* en el manejo patrimonial a través de la institucionalización de la práctica del *peculium*.

Pero el más ilustrativo cambio estará en la creciente relevancia jurídica del parentesco de la sangre —cognación—, prevaleciendo sobre el parentesco civil —agnación—, que dejará, en la época justiniana, de estructurar la familia y fundamentar la vocación hereditaria *ab intérntato*)

LOS PODERES DEL PATERFAMILIAS

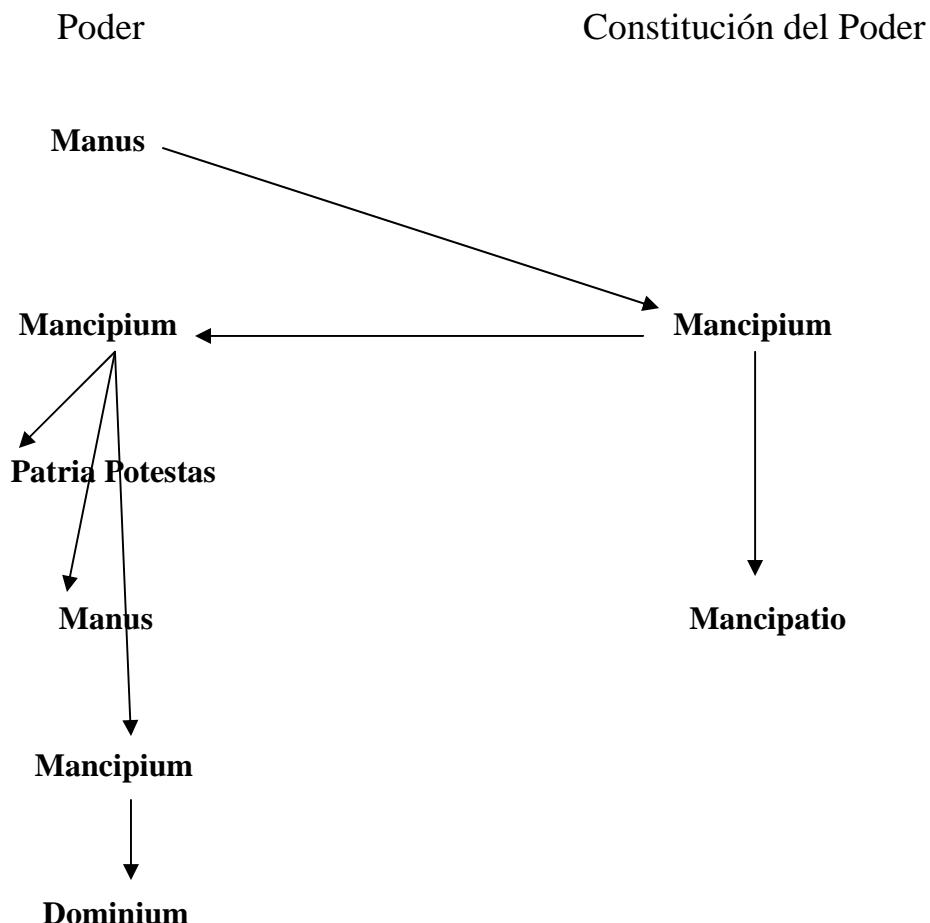
Lo que para nosotros sería una suma de derechos, facultades, atribuciones, prerrogativas que correspondían a los *padres* como jefes de los grupos, era vivenciado por ellos como un poder unitario, absoluto, sin fisuras, sin matices, simplemente el poder...

I. Ese poder parece haber sido designado, con simple concretez, con la palabra *manus* (mano), que por extensión de la idea de posibilidad de manejo o aprensión habría llegado a significar poder, como cuando nosotros decimos "está en mis manos hacer esto".

Con posterioridad debe de haberse plasmado la palabra compuesta *mancipüim* —de *manum capere* (tomar, retener el poder)— con el significado de adquisición y detención de la *manus*. *Mancipium* vino tanto a designar el acto al que se recurriía precisamente para la constitución de la *manus* sobre las cosas o personas, como a suplantar —tal vez por su mayor expresividad específica— a *manus*. Al fin y al cabo, existir un poder —

manus—equivale a existir una detención de poder —*mancipium*—. Con el tiempo, en la medida en que una sociedad más compleja y una elemental reflexión sobre las experiencias jurídicas iban perfilando distintos objetos, aspectos y modalidades de aquel poder, vivenciado al principio como simple y unitario, habráse originado una correlativa especificación en las denominaciones: el poder sobre los *liberi* —los libres, los descendientes, en oposición a los esclavos— será *patria potestas*; el poder sobre la mujer, ingresada al grupo por casamiento, será la antigua *manus*; el poder temporario sobre *alieni iuris* de otras familias entregados *in causa mancipi* mantendrá para siempre aquel nombre de *mancipium*; el poder de disposición sobre las cosas y los esclavos, que equivale a nuestro concepto de propiedad, siguió también manteniendo aquella denominación hasta el siglo I a.C, en que comenzó a usarse *dominium*.

Una palabra derivada de *mancipium* la suplantó en su referencia al acto constitutivo del poder: *mancipatio*.



PATRIA POTESTAD

Los romanos tenían perfecta conciencia de que la patria potestad era un *ius proprium romanorum* (derecho peculiarísimo de los romanos), por su carácter tan absoluto y vitalicio, no conocido en ningún otro pueblo.

Originariamente, la patria potestad —como la *manus*, a ella asimilada— importaba poder y no deberes ni obligaciones hacia los sujetos a ella. Pero a través de restricciones y cargas —como la obligación de prestar alimentos— llegará a ser considerada un *offidum* (deber) de asistencia y protección.

De todos modos, la patria potestad justiniana sigue diferenciándose de la moderna en: (A) corresponde al varón y no a la mujer; (B) incumbe al ascendiente más remoto y no al progenitor y (C) es permanente, pues no cesa a determinada edad del a ella sometido. Comprendía, especialmente, el *ius vitae ac necis* (derecho de vida y muerte); el *ius exponendi* (derecho de exposición o abandono) ; el *ius vendendi* (derecho de vender) ; el *ius noxae dandi* (derecho de entrega noxal).

- El *ius vitae ac necis* no tenía otra limitación que la propia conciencia y afectos del *pater* y la opinión pública que podía institucionalizarse en una *nota censoria* ante notorios abusos. Pero, a comienzos del Principado, aisladas resoluciones de los emperadores comienzan a restringirlo y a castigar las demásias, pero sin llegar a considerar delito de homicidio a su ejercicio. Por influencia cristiana, Constantino castiga con la misma pena del parricidio a quien dé muerte a su hijo; Valentiniano castiga con pena capital la supresión de los recién nacidos. Justiniano sólo reconocerá al *pater* un poder de disciplina y corrección.
- Se acostumbraba depositar al recién nacido a los pies del *paterfamilius* —no necesariamente el padre de la criatura—; al levantarla (*foücre li-berum*) lo incorporaba al ámbito de su patria potestad. Si no lo lleva, se consideraba a la criatura expuesta, abandonada. Quien lo recomienda podía darle condición de libre como *alwnnus* (el que es alimentado) o de esclavo. Pero Justiniano decidió que en principio todo niño expuesto fuera considerado libre.
- Lo que en la ley de las XII tablas y aun en la época clásica se significa con el verbo vender —a propósito de un *filiusfamilia*—, es, en realidad, entregarlo *in causa mancipi* °. Sólo en los tiempos difíciles de las crisis económicas del Bajo Imperio se admitió, retrógradamente, que el hijo vendido deviniera esclavo del nciquirmlc. Justiniano lo peinó en usos de *c\lum.i* pobieza del *pater* y con la posibilidad de que el vendido pudiera rescatarse por el mismo precio por el que habría sido adquirido.
- También para el *pater*, la entrega noxal del *jilius*, para no ser responsable del delito por éste cometido, habría consistido en darlo a través de una *mancipatio*, no como esclavo de la persona damnificada, sino *in causa mancipi*. Esta facultad de la patria potestad fue abolida por Justiniano como contraria al nuevo trato de los hombres (*nova homirwm conveisatio*). Además, ya la capacidad y correlativa responsabilidad patrimonial de los *jiliifamüias* había sido reconocida: la institución abolida ya no tenía razón de ser.

MODOS DE ENTRAR EN LA FAMILIA

Son *aut natura aut iure* (o por naturaleza o por derecho).

Se ingresa *natura* en la familia por haber sido engendrado en *iustae nuptiae* (matrimonio de acuerdo al *ius*) del *pater* o de cualquiera de los *filii* a él sujetos.

Se ingresa *iure* por medio de la adrogación, la adopción y la *conventio in manum*.

FILIACIÓN

Es el vínculo de procreación del que se derivan ciertos efectos jurídicos. Es legítima si tiene lugar en *iustae nuptiae*: los procreados son entonces *insti*. Es natural cuando tiene

lugar fuera del matrimonio. Los hijos se llaman entonces *spurii* (espirios) o *vulgo concepti* (concebidos al azar). La calificación de naturales se usa (A) refiriéndose a los *iusti*, para diferenciarlos de los adoptivos, (B) o para aludir a los nacidos de concubinato.

I. En el antiguo *tus civile* no existe un recurso jurídico para desconocer o hacer reconocer la legitimidad de los hijos: recuérdese que el *pater* tenía el *ius exponendi** y que por lo absoluto de su soberanía no podía pensarse en obligarlo a aceptar contra su voluntad el ingreso de alguien en su familia.

II. De todos modos, el problema de la legitimidad se resuelve constatando la validez del matrimonio y la concepción durante éste: el hijo nacido no antes de transcurridos 180 días desde aquél en que se inició el matrimonio y no después de 300 días de disuelto, se presume engendrado por el marido y por lo tanto es legítimo. La presunción es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario.

III. También por legitimación entran bajo la patria potestad del padre natural los hijos habidos de la concubina.

- En la época clásica se acostumbraba a adrogárselos, pero a partir de Constantino la legislación, de inspiración cristiana, permitió legitimarlos *per juhsequens malrimoarium* (a través de un subsiguiente matrimonio) con la concubina, madre de los hijos en cuestión. Institución que recoge Justiniano junto con la prohibición de adrogar hijos naturales.
- También sobre precedentes posclásicos, inspirados por necesidades fiscales, se permitió legitimar *per oblationem curiae* (por oblación a la curia). Se le daba al hijo —por donación o testamento— un patrimonio suficiente para cubrir las "muñera" propias de los decuriones. A la hija, para legitimarla de este modo, debíase darle una dote que diera igual posibilidad a su marido. Esta legitimación sólo tenía relevancia respecto al progenitor, no al resto de su familia.
- En el derecho justiniano se pudo legitimar *per rescriptum principis* (por medio de un rescripto imperial) cuando no era posible *per subsequens matrimonium* —por ejemplo, por muerte de la concubina— y no se tenían hijos legítimos.

ADROGACION Y ADOPCIÓN

Entran a la familia los extraños que en virtud de la adrogación —si se trata de un *sui iuris* o *pater familias*— o de la adopción —si es un *alieni inris*— pasan a estar sujetos a la patria potestad del *pater*.

- Ambas instituciones llegaron a ser muy practicadas en Roma, pues —fuera de las sentimentales que puedan existir hoy en día— había fuertes razones religiosas, sociales y políticas para asegurar la continuidad de la familia y del culto privado.

La adrogación —practicada ya antes de la ley de las XII tablas— permitía al *pater* sin posibilidades de dejar un hijo varón al frente de la familia, procurarse uno, haciendo ingresar a ella a otro *pater*. En los primeros tiempos se recurrió a un solemne acto político, frente a los comicios curiados presididos por el pontífice máximo, que debía hacer presente la aquiescencia del colegio a la adrogación. Según Gayo, se llamaba *adroga-tio* porque eran objeto de *rogatio* (interrogación) el adrogante, el adrogado y también el pueblo, con lo que todos habrían debido, así, expresar su consentimiento. Aprobada la adrogación, tenía lugar la *detestatio sacronim* (abandono de los ritos del culto familiar) hecha por el adrogado, cuya familia se insumía en la del adrogante.

Por constituciones imperiales se estableció para el resto del imperio la adrogación *per rescriptum principis*, la que —después de haber sustituido la Irarnilada ante el comicio

curiado en Roma— quedó, única, en la legislación justiniana.

Para entonces ya se había extendido la posibilidad de ser adrogados a los impúberes y a las mujeres —toda vez que éstas no tenían ya que presentarse ante los comicios curiados, a los que nunca habían tenido acceso.

Los requisitos para la adrogación son congruentes con su finalidad y con el objeto de evitar torpes maniobras: más de 60 años y ningún hijo en el adrogante; sólo un adrogado; no ser éste más rico que aquél; garantía de restitución del patrimonio del adrogado a quien hubiere correspondido en el caso de que aquél hubiese muerto *sui iuris* e impúber; igual garantía para el adrogado en el caso de ser emancipado antes de la pubertad; derecho del adrogado a un cuarto de los bienes del adrogante, si éste lo emancipara sin *insta causa*.

La adrogación produce la *capitis deminutio mínima* del adrogado, que resulta ahora *alieni iuris*, asimilado a un *filius* del *pater*. Produce también una de las sucesiones a título universal *inter vivos*, toda vez que el patrimonio y la familia del adrogado pasan a ser adquiridos por el adrogante. Como a éste no le correspondía quedar obligado por las deudas del adrogado, el pretor admitió la acción *de peculio* y la *in integrum restitutio* para considerar no sucedida la adrogación y actuar entonces contra el adrogado.

La adopción significa el egreso de un *alieni iuris* desde una familia y el ingreso a la del adoptante. Institución no antigua, cuando se hizo necesaria, se instrumentó sobre otras ya existentes: para hacer salir al adoptado de la patria potestad a que estaba sometida se recurrió al mismo procedimiento de la emancipación, tal como estaba sugerido por aquella disposición de la ley de las XII tablas: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (si el padre da en venta [*in causa viancipi*] tres veces a su hijo, éste queda libre de aquél).

- La mayoría de los que han comentado esta norma la han interpretado como un límite al derecho del *pater* de disponer de sus hijos y como una compensación para el hijo que ha sufrido tres *mancipaciones*. Creemos que esto está considerado con una óptica de tiempos modernos: 1) no se trataba, como se ha visto, de una verdadera venta; 2) no podía concebirse en aquellos tiempos una cortapisa tal para el manejo que el *pater* debía hacer de los recursos familiares: el poner *in causa mancipi* a un hijo equivalía a que un padre actual, para ayudarse a subvenir a las necesidades de su familia, pusiera a trabajar a su hijo bajo órdenes de un patrón; 3) una emancipación no suponía, de por sí, una ventaja para el *filius*: si no recibía algo del *pater*, quedaría libre, pero sin un centavo, privado de la solidaridad familiar y sin derechos sucesorios *ab intestato*. Creemos que lo nuevo que se consignó en la ley fue el *modus operandi* —la realización de tres rituales o formales *mancipations*— requerido para que tuviera lugar una emancipación o una adopción, instituciones que se hacían necesarias en una sociedad más individualista y de grupos familiares más reducidos.
- La posterior ampliación de ese precepto, hecha por la jurisprudencia, en el sentido de que con una sola *mancipatio* se libera de la patria potestad a las mujeres o a los nietos, parecería confirmar nuestra opinión: se trata de mayores o menores requisitos para un fin determinado y no de sancionar abusos del *pater*.

I. El *pater* mancipa tres veces al *filius* a un adquirente fiduciario, quien, a continuación de la primera y segunda *mancipatio*, lo manumite, con lo que automáticamente vuelve a la patria potestad del *pater*. A la tercera *mancipatio*, el que era *filius*, de acuerdo con el precepto decenviral, queda, libre del poder del *pater* pero *in causa mancipi* del adquirente fiduciario. Faltaba ahora que el adoptando cayera en la patria potestad del adoptante. Este lo reivindica como hijo propio en un juicio y el adquirente fiduciario no se opone: al no haber contradicción, el pretor, adjudica al adoptando como *filius* al reivindicante. Así, por *e*sta in iure cessio**, el adoptante llegaba a tener bajo su patria potestad al adoptado en calidad de *filius* o de *nepos* (nieto).

II. No ha habido requisitos ni restricciones para la adopción: se trataba de algo privado entre dos *pares familias* a propósito de un *filius* cuya opinión y conveniencia no interesaba a la comunidad. Otra cosa era el problema que entrañaba una adrogación: la desaparición de una familia y un culto.

En el derecho justiniano se distinguirá entre (A) *adoptio plena* y (B) *minies plena*, según sea hecha por (A) un ascendiente paterno o materno o (B) por cualquier otro *sui iuris*.

Solamente la primera produce los efectos de la adopción clásica: la *capitis deminutio mínima* del adoptado. La segunda no sustrae al adoptando de la patria potestad de su *pater* originario y se limita a atribuirle una expectativa sucesoria sobre el patrimonio del adoptante. En cuanto a las formas, Justiniano dispone que la adopción se haga *imperio magistratus* (por imperio del magistrado), sin necesidad de las tres *mancipationes* y la ficticia reivindicación. Pero se plantean requisitos, como el consentimiento del adoptado y que el adoptante tenga por lo menos unos 18 años más que el adoptado.

CONVENTIO IN MANUM

Es el cambio de *status* por el cual, dadas ciertas condiciones, la mujer al casarse con un *pater familias* o un *films familias* queda sujeta al poder jurídico llamado *maniis* del *paterfamüias* y en condición de hija (*loco filiae*) o de nieta (*loco nepotis*), respectivamente.

Es pues una *capitis deminutio mínima*, sea que la mujer fuere *sui iuris*, sea que estuviese bajo la patria potestad de su *pater* originario.

I. Las fuentes y los manuales hacen referencia a tres modos de producirse tal cambio de *status*: dos actos —*confarreatio* y *coemptio*— y una especie de prescripción adquisitiva —*usus*.

La *confarreatio* era una antigua ceremonia religiosa de los patricios con asistencia de 10 testigos y del *Flamen Dialis*. Su nombre deriva del *pañis farreus* (pan de cebada), que comido en común habría simbolizado una perfecta comunión de vida y constituido, tal vez, el antecedente de las modernas tortas de boda.

La *coemptio* (compra) es un acto del *ius civile*, una *mancipatio* por la cual se opera la constitución del poder del *pater* sobre la mujer.

El *usus*, como se ha visto, era el ejercicio fáctico de un derecho que por el transcurso del tiempo daba lugar a la titularidad jurídica de ese derecho: si la mujer durante un año había estado conviviendo con su marido, bajo su poder o el del *pater* de éste, se entendía, por aplicación analógica del precepto de-cenviral sobre la *usucapió*, que sobre ella se había adquirido la *manus*.

- En realidad, el desarrollo de esta institución debe, en nuestra opinión, de haber sido el siguiente. En los tiempos anteriores a la constitución de la *civitas*, la real convivencia de la mujer en el grupo del marido significaba, sin inás, y, tul vez, desde el primer momento, la pertenencia a ese grupo. Sólo cuando .se desarrolla una sociedad civil que hace perder vigencia a los grandes grupos parentales, relaja su hermetismo y da ctudio a un juego más individualista de las relaciones jurídicas y económicas, puede liuliei.se tenido en cuenta el interés o conveniencia, para la mujer casada, en peimanecer vinculada jurídicamente con su familia de origen.

- Para posibilitar tal nueva situación —antes incongruente— de estar en un grupo pero pertenecer a otro, la jurisprudencia pontifical debe de haber traído, por analogía con la interrupción de la *usucapió*, esa solución que se consagra en la ley de las XII tablas, el *trinocitium*: si la mujer pasa tres noches fuera del hogar conyugal, interrumpe la prescripción adquisitiva de la *manus* sobre ella que cumpliría el *pater* con un año de *usus* (ejercicio de poder) sobre ella.

- Al pasar los siglos se afirman las tendencias individualistas y una concepción de la familia con base en el parentesco de la sangre y no en el vínculo político de la sujeción a un mismo *pater*. Que la mujer quede *in marni* se hace cada vez más raro; lo común es que siga perteneciendo a su familia original y conservando sus derechos a suceder *ab intestato*. Ya habrá dejado de ser necesario marcar anualmente con la práctica del *trinoctium* la intención de permanecer vinculada con su familia.
- Se produce una inversión: lo que debe ser explicitado ahora es lo que antes se presumía, lo que era regla: el ingreso en la *manus* (*conventio in manum*) del *pater* de la familia del marido. La jurisprudencia debió entonces reconocer actos que dieran lugar a esa *conventio*. Esos fueron la vieja *confarreatiu*, cada vez menos practicada en razón de que evocaba una apretada comunidad de vida y una época de completa integración de la mujer en el grupo de su marido, y la *mancipatio*, utilizada desde muy antiguo para constituir poderes sobre cosas y personas.
- No habría habido, pnm, tres modos de producirse la *conventio in manum*, sino un modo de evitarla —el *trinoctium*— cuando ella era la regla, y dos de constituirla —la *confarrealio* y la *coemptio*— cuando lo normal y corriente era el mantenimiento de los lazos de la mujer con su familia originaria.

II. Obsoleta la *manus*, la mujer no integrará más la familia del marido, pero se irá reconociendo al vínculo conyugal como productor de efectos jurídicos en el ámbito familiar del marido: la mujer adquirirá derechos sucesorios y alimentarios como cónyuge y no, como antes, por razón de vínculo ágnaticio.

MODOS DE EGRESAR DE LA FAMILIA

En los tiempos precívicos hubiera sido imposible concebir una salida voluntaria de cualquier miembro fuera de los cuadros cerrados de los grupos parentales.

Después, en forma distinta a lo que ocurría contemporáneamente en otras comunidades indoeuropeas, los hijos no alcanzaron, por razón de edad o casamiento, a salir de una patria potestad que era atributo vitalicio del *pater*.

La exclusión de la familia era sólo posible por el poder de disposición del *pater*: él podía efectuar una *noxue deditio* del *filius*, entregarlo *in causa mancipi*, darlo en adopción, y hacer la *conventio in manum* de una hija, etcétera.

Un modo especial de salida de la familia ocurría cuando tenía lugar un divorcio en un matrimonio que se había acompañado con la *conventio in manum*. Para que la mujer no quedara en el grupo familiar del marido, se procedía a un acto jurídico opuesto al que había originado la *conventio*: una *diffarreatio*, si había tenido lugar una *confarreatio*, o una *remancipatio*, si la mujer había ingresado en virtud de una *coemptio*.

EMANCIPACIÓN

Cuando se producen las transformaciones sociales a que veníamos aludiendo, surge entonces la emancipación como acto hábil para que el *pater* libere de su patria potestad a un *filius familius* y lo convierta así en *sui iuria*.

I. El procedimiento es el mismo que se ha visto usado para la adopción, sólo que luego de la tercera *mancipatio* —por la cual el *filius* ha salido definitivamente de la patria potestad del *pater*—, el adquirente fiduciario procede a remanciparlo al *pater*, quien al manumitirlo conservará sobre él el derecho de patronato.

II. Esta compleja formalidad terminará en la época justiniana, como la adopción, suplida por una presentación ante magistrado competente.

III. Como acto absolutamente libre y propio del *pater*, la emancipación no está sujeta a límites ni requisitos, y no es necesario que el *filius* dé su consentimiento.

- Sin embargo, en la época posclásica ese consentimiento se exigirá como en el caso de la adopción.
- A veces, el *pater* está constreñido a emancipar un *filius*: por ejemplo, según Trajano, en la hipótesis de malos tratos.
- En el derecho justiniano hay emancipación ordenada por la ley en el caso de que el *filius* haya accedido a ciertos cargos civiles o eclesiásticos o que el *pater* haya usado del *ius exponendi* o prostituido a la hija.

IV. La emancipación produce una *capitis deminutio mínima*: todo vínculo y derecho respecto de la familia queda roto. Esto se atenuará con la mayor relevancia que se irá dando a la cognación, que, como parentesco natural, no sufre alteración por la emancipación.

Si el emancipado tiene un peculio profecticio, lo conserva si explícitamente no se lo quita el *pater*. Conserva el castrense o quasi castrense y cesa para el *pater* el usufructo del adventicio, aunque Constantino estableció que, en compensación, el *pater* quedara con el tercio de ese peculio. Justiniano limitó esa compensación al usufructo de una mitad.

CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LOS FILIIFAMILIAS

Ya se ha visto que sólo a los *paires familias* o *sui iuris* les es reconocida la plena capacidad jurídica. A los *alieni iuris* —Lujetos a la patria potestad, *manus* o *mancipium* de otra persona— no se los reconoce como titulares de derechos reales —*filius nihü suum habere potest* (el hijo no puede poseer nada suyo) — ni de crédito. Se ha visto, sin embargo, que, siendo incapaces de derecho, pueden —al igual que los esclavos y si no tienen impedimentos de edad o salud mental— ser capaces de hecho o de actuación. Pueden cumplir actos de adquisición, pero éstos aprovechan, sin necesidad de su previo consentimiento, al *pater-familias*, que, sin embargo, no queda obligado por las deudas de los a él sujetos.

Ese principio absolutamente excluyente de capacidad patrimonial de los *filiifamilias* subsistió siempre, teórica y formalmente, pero el desarrollo gradual de los peculios lo fue deteriorando en la realidad.

En el derecho justiniano ha desaparecido prácticamente, aunque subsiste para el *filius* la incapacidad de nombrarse herederos.

PECULIUM PROFECTICUM

Llamado así por ser un peculio a *paire profectum* (proveniente del *pater*). Se trataba de una parte del patrimonio del *pater* que éste concedía al *filius* —o a un esclavo— para que se lo administrara y/o gozara. La propiedad seguía siendo del *pater*. La jurisprudencia y el pretor admitieron que el *pater* fuera civilmente responsable por las deudas contraídas por los sujetos 'a su potestad dentro del monto del peculio —*actio de peculio*.

PECULIUM CASTRENSE

Para los *filiifamilias* —no ya para los esclavos—, esa práctica de manejar una parte desglosada del patrimonio tuvo un mayor desarrollo. A partir de Augusto, el llamado peculio castrense fue comprendiendo lo adquirido por el *filius* durante y con motivo de

su carrera militar, y aun-ciertas donaciones y herencias. Sobre él el *filius* se comporta como un *pater*: si manumite, él resulta patrono y no su *pater*; puede donar *mortis causa* y testar; hasta puede contraer obligaciones con su *pater*.

- Si moría intestado, entonces el peculio castrense iba a su *pater*, no iure hereditatis (en condición de hriiucia), sino iure *peculii* (en condición de peculio), es decir, haciéndolo responsable por deudas sólo hasta el monto del peculio.
- De todos modos, Justiniano dispuso que en vez de ir al *pater*, el peculio castrense fuera objeto de sucesión *ab intestato*. Es decir, borró lo único que vinculaba el peculio con el patrimonio del *pater*.

PECULIUM QUASI CASTRENSE

A partir de Constantino, la legislación consolida más ampliamente la independencia patrimonial del *filiusfamilias*, asimilando al *peculio castrense* todos los bienes adquiridos en la función pública o por larguezas imperiales.

PECULIUM ADVENTICUM O BONA ADVENTICIA

Pero el mismo Constantino había abierto el camino a que se reservara al *filius* lo recibido por línea materna, sea donaciones, legados o herencias. El *pater familias* no adquiría, como antes, esos bienes, sino que sólo tenía el usufructo de ellos.

Justiniano dispuso finalmente que el *pater* sólo sería propietario de lo que el *filius* adquiriera *ex re patris* (a partir del patrimonio del *pater*), es decir, con recursos paternos. Todo lo otro adquirido sería *peculium adventicum* (peculio que viene de otra parte). De él formalmente, el *pater* era el titular, pero no tenía su disposición, sino sólo la administración y el usufructo. Y ni siquiera éstos, cuando se trataba (A) de un legado o donación bajo condición de que el *pater* fuera excluido o (B) de una herencia adquirida contra la voluntad del *pater* o (C) del llamamiento conjunto en la segunda clase de herederos *ab intestato* según las novelas 118 y 127.

Por lo tanto, en el derecho justiniano, sólo el profecticio continuó siendo verdadero peculio.

ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS

Lo que significan los peculios como excepciones a la exclu-M\ista capacidad patrimonial del *pater*, significan las *actiones ndiecticiac qualitatis* (acciones de índole adicional) como excepciones en el principio del viejo *ius cirile* de que el *pater* no queda obligado por las deudas contraídas por los sujetos a su potestad.

Por razones de equidad y de fomento del tráfico comercial, el pretor otorga ciertas acciones contra el *pater*, que se añaden a las directas que competen al acreedor contra los que personalmente contrajeron las deudas.

I. La acción de *peculio et de in lem verso* es de una sola fórmula, pero con dos *condemnationes*: una estableciendo la responsabilidad del *pater* por el monto de la utilidad o enriquecimiento por él obtenido del crédito; la otra, por hasta el monto del peculio, cuya existencia fue el presupuesto del crédito. Se le indica al *iudex* condenar por la primera y, si no hay enriquecimiento o es menor que la deuda, condenar en los límites del peculio.

II. La acción *quod ius su* (por cuanto con orden) corresponde por el total de la deuda cuando ésta ha sido contraída con orden o ratificación del *pater*.

III. La acción *exercitoria* se da contra el *pater* armador por la totalidad de las deudas contraídas por el *magister navis* (capitán de la nave), sea éste un sometido a la potestad de aquél o un *sui iuris*.

IV. La acción *institoria* es similar a la anterior, sólo que referida a las deudas contraídas por el gerente (*institor*) de establecimiento comercial.

V. La acción *tributaria* se da contra el *pater* en el supuesto de que el sujeto a la potestad de aquél, en el ejercicio de un comercio en el que se hubiere empleado el peculio, resultare insolvente y terceros acreedores, en concurso con el *pater*, se consideraran perjudicados por no haber recibido, por dolo del *pater* en las operaciones distributorias, lo que les correspondía.

EL MATRIMONIO

La concepción romana del matrimonio es muy distinta de la que existe hoy en los pueblos de cultura occidental, debida ésta, sobre todo, a la influencia del derecho canónico, es decir, del cristianismo.

Ni los juristas romanos lo intentaron, ni podríamos hacerlo nosotros, definir o encuadrar en alguna categoría jurídica la institución matrimonial romana.

I. Por cierto, se trata de una institución social con relevancia jurídica que consiste en una permanente situación, en un *status*, de convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer (*affectio maritalis*) y constituyentes de una sociedad doméstica.

• Se la lia comparado con la institución do la posesión: en ambos casos se requiere un elemento material —efectivo señorío y convivencia, respectivamente— y otro anímico —*animus domini* y *affectio maritalis*—; en ambos casos no juega la institución del *post Umium*, pues se trata de relaciones que tienen relevancia jurídica en tanto subsiste la efectiva situación fáctica que constituye su elemento material.

II. Claro que el elemento anímico predomina sobre el material: *nuptias non concubitus sed consensos facit* (al matrimonio lo hace el consentimiento y no la unión carnal). Ese elemento anímico, la voluntad, no se requiere —como en el derecho moderno— en forma de expresión solemne en un instantáneo acto inicial del que se originan las consecuencias jurídicas permanentes del estado matrimonial, las que subsisten aunque esa voluntad haya dejado de existir.

Para los romanos se requiere una voluntad permanente, continua, que se manifiesta o presume con el hecho mismo de la convivencia.

El matrimonio romano dura exactamente lo que dura esa *affectio maritalis*. Cuando falta, se disuelve el matrimonio: hay divorcio, que no es un acto o negocio jurídico — como no lo es tampoco el mah'imoni—, sino el dejar de ser matrimonio por haber desaparecido la voluntad de convivir en sociedad doméstica.

• No hay pues, formalidades ni un acto jurídico iniciador del matrimonio: ni la ceremonia religiosa de la *confarreatio* ni la social de la *domun deductio* (introducción en la casa del flamante marido!) de la

novia son condición del *status matrimonial*, aunque sirvan como pauta para saber cuando se ha iniciado ese *status*.

- Pero Justiniano exigirá como prueba del matrimonio de personas de alto rango —*ilustres*— la confección de un instrumento escrito dotal, y, por influencia de la concepción cristiana del matrimonio como sacramento, se considerará a considerar prueba de la *affatio maritalis* la bendición sacerdotal.
- Tampoco se necesita un acto jurídico ni menos una intervención judicial para que se disuelva ese estado matrimonial.
- Tal es la inexistencia de formas específicas en que debe manifestarse la voluntad de los cónyuges, que en Derecho Romano se llega a considerar que la unión entre un hombre y una mujer libres y con *conubium*^o entre sí debe presumirse matrimonio.

III. La configuración jurídica del matrimonio resulta transformada, en el período posclásico, sobre todo por la influencia del cristianismo. Los textos del siglo V y VI le dan al *consensus* y a la *affectio maritalis* el significado de una existencia de una voluntad inicial de los contrayentes a la que se le da fuerza constitutiva del estado matrimonial, que subsistirá independientemente del elemento material —efectiva convivencia— y del voluntario —*affectio maritalis*— que se han mencionado como constituyentes del matrimonio clásico.

Esta mutación no se explícita teóricamente, pero se deduce de algunos elementos institucionales: se configura el delito do bigamia, se habla de un precedente matrimonio como impedimento para contraer otro. En la concepción clásica sería esto imposible: el matrimonio primero deja automáticamente de existir cuando tiene lugar el cese de la *affectio maritalis*, cese que se presumiría sin más ante la concertación de un segundo matrimonio.

Los juristas clásicos entienden, pues, que existe el estado social de matrimonio, con las conexas consecuencias jurídicas, cuando un hombre y una mujer libres que tienen *comibium* entre ellos —es decir, capacidad reconocida por el *ius civile* de constituir entre ellos una relación de *instae nuptiae*— y que no tienen impedimentos legales, establecen una relación de convivencia con la efectiva intención y continua voluntad de permanecer unidos como marido y mujer.

IV. La famosa definición de Modestino: "*Nuptiae suit coniunctio maris et femi?uie et consortium omnis vitae, divini et humani inris communicatio*" ("El matrimonio es la unión del varón y la mujer, sociedad de toda la vida, comunión del ordenamiento divino y humano"), más que técnicamente jurídica, alude a la base real de la unión de dos personas de diverso sexo con voluntad de total comunión de vida social y espiritual.

Lo de *consortiuhi omnis vitae* —si no es una interpolación justiniana— debe interpretarse, no como indicando un carácter vitalicio o indisoluble del matrimonio, sino como intención o voluntad de los cónyuges, que debe ser la de constituir una comunión perpetua y no un vínculo temporal. La voluntad debe, pues, ser plena e incondicionada.

REQUISITOS

Se requieren tres aspectos positivos: idoneidad física —pubertad—, capacidad jurídica —*conubium*— y consentimiento.

IDONEIDAD FÍSICA

Los contrayentes debían ser púberes. Para Justiniano, quedó firme que e) hombre alcanzara la pubertad a los 14 años y la mujer a los 12.

CONUBIUM

Este requisito esencial no tiene parangón en el derecho moderno por haberse originado en una concepción jurídica de la personalidad humana distinta de la actual, basada en la igualdad de todos los hombres.

En el mundo antiguo, el exclusivismo en el uso de las instituciones, que lleva al principio de la personalidad de las leyes, y las diferencias no sólo entre libres y esclavos, sino también entre las categorías de ciudadanos, explican el no reconocimiento de capacidad para constituir un matrimonio válido a personas de distintos *atílinx* sociales o grupos nacionales.

Así, para que existiera matrimonio válido con todos los efectos a él inherentes, era preciso que los contrayentes tuvieran recíprocamente, uno respecto del otro, esa capacidad llamada *conubium*. Los plebeyos no lo tuvieron con los patricios hasta la *Lex Cannuleia* en el 445 a.C, ni los ciudadanos con el resto de los hombres libres del Imperio —los peregrinos— hasta el edicto de Caracalla en el año 212 d.C.

- En el tecnicismo jurídico romano se acostumbra hablar de falta de *conubium* para indicar ciertas situaciones o circunstancias que impiden el matrimonio, en lugar de configurarlas, como se hace hoy en día, como impedimentos relativos o absolutos.

CONSENTIMIENTO

Aparte del de los contrayentes, para que exista el matrimonio se requiere el del *pater familias* del cónyuge *alieni iuris*. Este consentimiento que tiene el carácter de una *auctoritas*, se habría requerido —según el derecho clásico— sólo para el momento inicial del matrimonio; no como el de los cónyuges, que debe ser permanente. Así, pues, una vez dado el consentimiento del *pater*, su cambio de voluntad no puede alterar el hecho jurídico del matrimonio, cuya persistencia depende exclusivamente de la *affectio maritalis*.

- También el patrio del varón conlleva, si no es *pater* todavía, debe expresar su consentimiento.
- Con el propósito de favorecer la realización del matrimonio, la */ex htlia* permitió recurrir al magistrado en caso de negativa inmotivada del *paterfamilios*.

IMPEDIMENTOS

Se trata de circunstancias que, formuladas negativamente, se designan con ese término del derecho canónico.

Derivan de motivos éticos, sociales y religiosos. Son absolutos si la incapacidad de contraer matrimonio es en relación con cualquier persona, y son relativos si esa

incapacidad es respecto de personas determinadas.

Por precedente matrimonio. — El matrimonio romano fue siempre monogámico, y la bigamia, causal de infamia.

Por diferencias sociales. — No parece haber estado prohibido en el antiguo *ius civile* el matrimonio entre ingenuos y libertos, pero la *lex Iulia* prohibió a la clase senatorial el matrimonio con libertas o con mujeres "abyectas": actrices, prostitutas, etcétera. En el siglo VI d.C. se prohíbe el matrimonio de una mujer libre con un colono de otro.

Por sanciones penales. — Fue prohibido por la *lex Iulia* el matrimonio de la adultera. Posteriormente, el del raptor con su víctima.

Por motivos éticos. — Está prohibido el matrimonio del tutor, su *pater* y sus descendientes con la pupila, antes del rendimiento de cuentas. También el de los magistrados con mujeres de su provincia, hasta no haber abandonado sus funciones en ella.

Por motivos religiosos. — Por influencia del cristianismo se prohibió el matrimonio entre hebreos y cristianos y entre padrino y ahijada.

Por motivo de parentesco. — En línea recta, entre ascendientes y descendientes, está prohibido en cualquier grado. En línea colateral, entre hermano y hermana y entre tíos y sobrinos. Claudio, para poder casarse con la hija de su hermano Germánico, consiguió un senadoconsulto que permitió el matrimonio entre tío y sobrina, pero manteniendo la prohibición de casarse con una hija de una hermana.

Los mismos impedimentos corren para la parentela adoptiva, a no ser que cese por emancipación de alguno de los futuros contrayentes. También para la *cognatio* de los esclavos, si han sido liberados.

Por afinidad estaban prohibidos los matrimonios entre suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, madrastra e hijastro. La influencia cristiana extendió esta prohibición a la línea colateral.

Plazo para contraer nuevo matrimonio. — No puede contraer matrimonio la mujer antes de transcurridos diez meses desde la muerte de su anterior marido. Ampliado ese período a un año, se extendió también a los casos de divorcio: su objeto era *¿Vitar la confusión —turbatio sanguinis— en cuanto a la paternidad de eventuales hijos concebidos.* Por eso cesaba inmediatamente después de un parto. No se trata aquí de un impedimento: si se viola esa disposición, el matrimonio resultante es válido, pero contrayentes y *patres consentidores* quedan sujetos a sanciones, entre ellas la infamia.

EFFECTOS

Una unión conyugal con los requisitos y sin los impedimentos anotados, y siendo el varón ciudadano romano, produce los efectos propios del matrimonio romano (*iustae nuptiae*).

(A) Los concebidos en tal unión son hijos legítimos, ciudadanos romanos —cualquiera sea el *status civitatis* de la mujer, siempre que existiera *conubium* entre ella y el ciudadano romano—, y sujetos a la patria potestad del *pater*, sea el mismo progenitor o un ascendiente de éste.

(B) Se establece el vínculo de afinidad, relación entre un cónyuge y los cognados del otro.

(C) Hay obligación de fidelidad por parte de la mujer.

- Al principio la reacción del *patet* ante el quebantamiento tra plenamente admitida.
- También cuando la *lex Iulia de adulteriis* (17 a.C.) configuro delito al adulterio de la mujer, dejó a salvo, en ciertas circunstancias, aquella reacción.
- A pesar de la influencia cristiana, no se llegó a la consagración legal de la reciprocidad de ese deber

conyugal.

(D) Entre cónyuges se admite el *beneficium competentiae*. En el derecho posclásico, en razón de la *reverentia* entre cónyuges —deber que resulta así jurídico—, se prohíben entre ellos las acciones que acarrean infamia.

(E) Entre cónyuges se establecen derechos a alimentos y sucesorios.

(F) Juega la *proesumptio Muciana*.

(G) Existe prohibición de donaciones entre cónyuges, mientras transcurra el matrimonio.

- Como se ha visto, además del caso en que al matrimonio lo haya acompañado, la *conventio in manum* y, por tanto, la mujer esté jurídicamente sujeta al *pater*, los cónyuges no se hallan en plano de igualdad, sino que la mujer queda subordinada al marido: ella signo la condición y el domicilio de éste; se castiga el adulterio de la mujer, no el del marido; el marido tiene el interdicto *de uxore exhibanla el ducenda*, para reclamar le sea entiegada la mujer, etcétera.

MATRIMONIO PEREGRINO

La unión matrimonial entre peregrinos o entre un peregrino y una ciudadana romana, dotados recíprocamente de *conubium*, no producía esos particulares efectos y consecuencias de las *iustae nuptiae*. Los hijos resultantes tienen el *status civitatis* del padre en el momento de engendrarlos y están regidos por las normas vigentes en el ordenamiento jurídico de la comunidad peregrina del padre.

CONCUBINATO

Con este nombre se designa una unión estable de un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer.

Sin intención, por la falta de *affectio maritalis* y del *honor matrimonii* (trato matrimonial); sin posibilidad, por la falta de *conubium*.

I. En el período republicano, el concubinato fue una relación de hecho no prohibida ni reconocida por la ley, ni reprobada por la opinión pública.

II. Adquirió mayor desarrollo a continuación de las leyes *Iulia de adulteriis* y *Iulia et Papia Pappaea*.

(A) La primera penaba como *adulterium* —cuando alguno de la pareja era casado— o *stuprum* —cuando ambos eran solteros— a toda relación sexual extramatrimonial y enumeraba a mujeres con las que no se consideraba configurable el *stuprum* (*in quas stuprum non committitur*): esclavas, mujeres del espectáculo público, condenadas como adúlteras, prostitutas, nacidas de humilde origen y libertas. Era posible, en este caso, una relación extraeonyugal estable y no punible.

(B) La segunda negaba *comtbium* entre esas mujeres y los ciudadanos ingenuos o, por lo menos, los senadores y su descendientes.

La una, pues, eximía de pena las relaciones con esas mujeres; la otra les quitaba posibilidades de *iustae nuptiae*: ambas incitaban o favorecían el concubinato. El exceso

moralizante y jerarquizante producía, pues, resultados contrarios.

- En la época clásica, pues, como el concubinato con esas mujeres no era matrimonio ni unión ilícita, podía para el hombre coexistir con su matrimonio. Una mujer casada, en cambio, hubiera configurado el delito de adulterio si constituía, además, un concubinato con un tercero.
- Obsérvese, por lo demás, que técnicamente no era posible, a partir de esa legislación, el concubinato con mujer honesta e ingenua: o era cónyuge o era cómplice de un *stuprum* o *adulterium*.
- Sin embargo, concubinatos con mujeres honestas e ingenuas existieron de hecho, sin ser castigados, a pesar de que la *lex lidia* los consideraba delito.

III. El concubinato adquirió relevancia jurídica por influencia del cristianismo: se le atribuyeron efectos jurídicos y se establecieron requisitos, configurándolo como una unión similar, aunque inferior, al matrimonio: se le impuso la monogamia —es decir, que no se podía tener esposa y concubina, ni dos concubinas—; se requirió pubertad y falta de impedimentos por parentela y afinidad.

Al suprimir los impedimentos matrimoniales basados en razones sociales, el cristianismo quitó la principal causa de los concubinatos y con la legitimación * favoreció la conversión de éstos en matrimonio.

- Justini.iuo, eliminada toda diferencia de condición social entre mujeres que sólo podían ser esposas y las que podían ser concubinas, estableció la obligación de hacer una previa declaración formal para que la unión con mujer ingenua y de vida honesta fuera considerada concubinato y no presumida matrimonio. De no cumplir ese requisito, ser negada la existencia del *affectio maritales*, esa unión sería castigada como adulterium.

SPONSALIA

Es la promesa recíproca de futuro matrimonio. Institución similar a la de nuestro compromiso, pero con mayores formalidades y relevancias jurídicas, que, por cierto, varían según las épocas.

Debe especialmente destacarse que por influencia del cristianismo se equiparó, en algunos efectos jurídicos, la condición de *sponsi* (comprometidos) con la de los cónyuges.

I. Hasta fines del período republicano, aquel compromiso, contraído por *sponsio* o *stipidatio* entre los *patres* de los futuros contrayentes, habría dado lugar a reclamación judicial *ex sponsis* (por 'lo prometido') por un monto pecunario según el interés (*quantum interfuerat*) del actor en que la mujer fuera dada o recibida —según los casos— en matrimonio.

II. La jurisprudencia clásica, en cambio, juzgó *contra bonos mores* (contra las buenas costumbres) cualquier estipulación que constriñera la libertad de casarse o de divorciarse. Los esponsales no tuvieron entonces eficacia jurídica de dar acción para el cumplimiento, aunque permitió a los célibes comprometidos con mujeres menores de 12 años eximirse de las penas de las leyes *lidia* y *Papia Poppaea*. Se consideró pasibles de infamia a quienes se establecieran en esponsales con más de una persona. Los esponsales, pues, tuvieron, fundamentalmente, un valor moral y social, como en los tiempos modernos.

III. A partir del siglo IV y por influencia del cristianismo, las constituciones imperiales establecen un régimen de formas y de consecuencias de los esponsales.

El *sponsus* o la *sponsa* pueden reclamar la devolución de sus donaciones hechas en vista al futuro matrimonio sólo cuando éste no se realizare por culpa de ellos.

Fueron efectos de la relación —asimilada en cierto sentido a la matrimonial— entre *sponsi*, entre otros, los siguientes: la relación sexual de la *sponsa* con un tercero, se considera adulterio; la muerte del otro o de sus padres es considerada parricidio; se establecen impedimentos iguales a los de la afinidad; otros impedimentos del matrimonio juegan también para los esponsales.

IV. Subsistirá, no obstante, la plena libertad de contraer vínculos matrimoniales y la consiguiente nulidad de cualquier cláusula penal en su contra, aunque esto último haya sido en cierto sentido superado por la difusión de la práctica de las *arras*.

Obviamente, por muerte de uno de los cónyuges. Pero existen muchas más cabales de disolución en el Derecho Romano que en los modernos: como se concibe el matrimonio como un *status* permanentemente efectivo y querido —y no como resultado de un instantáneo acto jurídico inicial—, las capacidades y requisitos deben existir no sólo al principio, sino continuadamente a lo largo de toda la duración del matrimonio, duración que queda, así, condicionada: (A) a la no aparición de incapacidades o impedimentos; (B) al mantenimiento de los requisitos; (C) a la subsistencia del elemento material de convivencia y (D) del voluntario, la *affectio maritalis*.

El cristianismo, de acuerdo con el precepto evangélico de la indisolubilidad del matrimonio, descartará algunos de estos motivos de disolución al orientarse hacia la concepción canónica del matrimonio como subsistente para siempre, luego de un consentimiento inicial.

(A) Se disuelve el matrimonio si un cónyuge deviene esclavo, o pierde —por una *agua et igni interdictio* o deportación— su *status civitatis*, o el casado con una liberta llega al Senado, o le sobreviene por adopción un parentesco que cause impedimento.

- Justiniano hace que perdure el matrimonio con la libeita y con el conjugé deportado y obliga a emancipar para evitar parentesco adoptivo que cause impedimento

(B) Se disolvía, en los primeros tiempos, el matrimonio cuando la voluntad de los *patres*, que habían consentido, cambiaba.

- Pero Antonino Pió prohibió que el *pater* pudiera separar un *bene concordans matrimonium*. En las sentencias de Paulo se afirma que la voluntad del *pater* es necesaria para que tenga lugar el matrimonio, pero no suficiente para disolverlo.

(C) Se disuelve con la captura del cónyuge por el enemigo, pues, como se ha visto, no se aplicaba el *ius postliminii*.

- En cambio, en el derecho justiniano no se le permite al cónyuge contraer nuevo matrimonio si no han transcurrido cinco años de cautiverio y sin noticias de la supervivencia del otro cónyuge.

(D) Cuando falta la *affectio maritalis*, hay disolución por divorcio. Ya se ha visto que el matrimonio es una situación fundada sobre una permanente *affectio maritalis*: al cesar ésta, cesa aquél.

El divorcio, pues, no es un acto jurídico ni sujeto en principio a formas.

Se ha visto también que si hubo *conventio in manum*, entonces sí se necesitarán actos solemnes para deshacerla: la *diffarreatio* y la *remancipatio*, según los casos.

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSCLASICO

Desde Constantino, y por influencia del cristianismo, se inicia una lucha contra el divorcio: se establecen penas y desventajas patrimoniales para desalentarlo, pero no se llega nunca a negar validez al divorcio, tan consustanciado estaba con la concepción romana del matrimonio.

En el derecho justiniano se establece un régimen basado en cuatro hipótesis:

- (A) *Divortium ex iusta causa*. Resulta de la voluntad unilateral de un contrayente y está motivado por culpa del otro: adulterio e inconducta de la mujer, atentado contra la vida, incitación a la prostitución, conspiración contra el emperador, etcétera. El repudiado pierde la dote o la *donatio propter nuptias*, y si se trata de una adúltera, es encerrada en un convento.
- (B) *Divortium sine causa*. También unilateral, pero sin las causas de culpabilidad del otro cónyuge. Es desalentado con la imposición de varias cargas y sanciones, pero se lo reconoce válido.
- (C) *Divortium ex communi consensu* (por común consenso). Llegó a ser prohibido por Justiniano, pero restablecido inmediatamente después de su muerte (565 d.C.) por su sucesor Justino II.
- (D) *Divortium bono, gratia*. Debido a causa que no produce sanción ni para el que la experimenta ni para el que pide el divorcio: incapacidad de generar; cautiverio bélico de más de cinco años; ausencia del soldado sin dar noticias por más de cuatro años; caída en esclavitud de un liberto; locura furiosa; voto de castidad o reclusión en convento, etcétera.

RÉGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES

El régimen de bienes del matrimonio variará según se trate de un matrimonio realizado con una *conventio in manum*, o no, es decir, un matrimonio *sine manu* o libre.

RÉGIMEN DE BIENES ESTANDO LA UXOR IN MANU

La regla general será que se produce una absorción por parte del marido de los bienes que tenga la mujer; y si aquél está sometido a la *patria potestas* de otro, por parte de este último. De tal modo que no existe sino un solo patrimonio.

Debemos, sin embargo, distinguir:

- (A) Si la *uxor in manu* había sido *filia* —y por ende *alieni mris*—, su situación no variará, puesto que si bajo su *pater* no tenía capacidad patrimonial, tampoco la podía tener ahora; lo único que ocurre es que ha cambiado la titularidad del poder, que ahora reside en su marido, y si éste es *alieni mris*, en el *pater* del que dependiere.
- (B) Si la *uxor in manu* había sido *sid inris*, pierde su capacidad patrimonial y su patrimonio y todo lo que adquiriese después será para el marido. Y siendo éste *alieni iuris*, para el *pater* de quien dependiere.

- En este caso, al igual que en el caso del adrogado, sucede que los bienes de la mujer *sui iuris* pasan al patrimonio del marido, pero las deudas cesan —por *capitis deminutio*— para el *ius civile*.
- El pretor, para proteger a los acreedores de la mujer, les concederá, como a los de los adrogados, una *iniegrum restitutio*.

RÉGIMEN DE BIENES SIN ESTAR LA UXOR IN MANU

Acá la regla genérica es que cada uno de los cónyuges continúa manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio. Sin embargo, por la esencia comunitaria del matrimonio, el hombre mantendrá a su mujer en lo que ésta necesite y, por otro lado, resultará usual que la mujer confíe a su marido la administración de su patrimonio. Estos bienes, propios de la mujer y confiados al marido, son denominados *bona extra dotem* o también parafernales.

- Esta expresión griega —*parapherna*— es empleada en el derecho pos-clásico, y sobre todo en el justiniano, en el sentido indicado. En el derecho clásico —ya desde el siglo I— servía para designar, de acuerdo con una costumbre helenística, los bienes de la mujer que ésta agregaba a la dote, consistiendo por lo general en prendas personales, ajuar, etcétera. Esta "dote accesoria" corresponde en propiedad a la mujer, y si bien es administrada por el marido, éste debe restituirla una vez disuelto el matrimonio.

I. Respecto de estos **bienes parafernales**, se considera que el marido administrador está sometido a las reglas generales del mandato, debiendo, en principio, seguir las instrucciones dadas por la mujer propietaria. Respecto de los **créditos parafernales**, el marido se encuentra habilitado para su cobro, pudiendo ejercitar las pertinentes acciones.

II. En caso de duda acerca del origen de los bienes, rige acá una presunción, atribuida a Q. Mucio Scaevola (*praesumptio Muciana*), según la cual las adquisiciones hechas por la mujer casada —salvo prueba en contrario— se entendían que habían sido hechas por el marido, lo que significa que los bienes parafernales no se presumen.

REGIMEN DE LOS BIENES DOTALES

Se entiende en general por dote (*dos*) una cantidad determinada de bienes que la mujer, o un tercero, entregan al marido para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio (*onera matrimonii*).

- El propósito de la dote —aparte de la contribución a las cargas matrimoniales— parece también haber sido una función protectora de la mujer, una vez disuelto el matrimonio, de tal modo que se pudiera encontrar con bienes para enfrentar la vida posterior.
- Por lo general, la dote es constituida por el *pater* de la mujer —*dos profecticia*—, pero puede serlo también por la propia mujer o por un testigo. En ambos casos se llama *dos adventicia*. Se denominará *dos recepticia* si el tercero constituyente se ha reservado el derecho de pedir la restitución en caso de disolución del matrimonio.
- La constitución de la dote se realiza, ya mediante la entrega directa de los bienes que la constituyan —*dotis datio*, que se realiza por medio de una *mancipatio*, *in iure cessio o traditio*—; ya prometiéndola, por medio de la *promissio dotis*; ya por un negocio más específico, la *dotis dictio*. Posteriormente, en la época posclásica, la dación efectiva de la dote se operará por la mera *traditio*. En cuanto a las promesas, Justiniano suprimirá la *dotis dictio*, y si bien quedará la *promissio doiis* como pacto legítimo, al lado de ésta se acostumbrará a redactar un documento escrito —*instrumenta dotalia*—, que en el comienzo tuvo un valor probatorio, pero luego aparecerá como figura independiente.

I. La dote, en principio, pasa en propiedad al marido, pero en esto hubo una lenta evolución.

(A) En los primeros tiempos, el marido —o su *pater*— podía disponer libremente de los bienes dótale, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento eran las cargas del matrimonio.

(B) En una segunda etapa, se comenzará a poner de relieve que si bien están en poder del marido, son, en realidad, de la mujer, destacándose el papel que podrían tener estos bienes en caso de disolución del matrimonio. Fue así que una *lex Iulia, de fundo dotali* estableció la prohibición, para el marido, de enajenar los inmuebles itálicos dados en dote, sin el consentimiento de la mujer.

- Esta *lex Iulia de fundo dotali* era un capítulo de la *lex lulia de adulteriis* —de la época de Augusto, año 18 a.C—. Esta prohibición, al parecer, no abarcaba la nulidad sino en forma relativa, puesto que la única que la podía pedir era la mujer.
- Esta prohibición fue asimilada, también, para la gravación de dichos inmuebles con el *pignus*, extendiéndosela en la época posclásica a los demás fundos, es decir, los provinciales.

(C) En la época justiniana, si bien formalmente se podría seguir hablando de propiedad del marido sobre la dote, en realidad, lo que éste detenta es un usufructo; incluso, muerta la mujer, la propiedad de los bienes dótale va a los hijos, si bien el padre tendrá un usufructo cualificado.

II. Ya en la época republicana la mujer tendrá una *actio rei uxoriae* para reclamar la dote, una vez disuelto el matrimonio. Por ella se le indica al *iudex* que la restitución de los bienes dótale se efectúe conforme al *aequum et bonum*.

- Aparte de esta *actio rei uxoriae* se podía reclamar la restitución de la dote por medio de la *actio ex stipulatu* cuando hubiere mediado una *siipidatio* restitutoria de la dote por parte del marido. Por medio de esta *actio ex stipulatu* sólo se podía reclamar lo estrictamente convenido en esa *stipulatio*.

Restitución de la dote. — Estaba estructurada del siguiente modo.

(A) Si el matrimonio concluía por la muerte de la mujer, la regla general era que el marido retuviese la dote.

- Pero si la dote era *recepticia*, el constituyente podía reclamar la devolución de los bienes. Del mismo modo, si era *profecicia*, el *pater* tenía derecho a ejercitar la *actio rei uxoriae*, siempre que hubiera sobrevivido a la mujer; de haber muerto antes, la dote quedaba consolidada para el marido.

(B) Si el matrimonio concluía por la muerte del marido o por divorcio, la mujer tenía la *actio rei uxoriae*. Si era *sui iuris*, la *actio* la podía ejercer sólo ella; si era *alieni iuris*, entonces su *pater*, con consentimiento de ella.

- Los herederos de la mujer —o los del *pater*— tendrán derecho a pedir la restitución de los bienes siempre y cuando la mujer divorciada muriese y el marido estuviese en mora.

(C) El marido cuenta, para la restitución de la dote, con algunos beneficios:

- 1) Si se trata de bienes fungibles, podrá devolverlos en tres cuotas anuales (*annua, bima, trima die*); de ser otra clase de bienes, la devolución deberá ser inmediata.
- 2) Pero cuenta además con el *beneficium competentiae*, de tal modo que no puede ser condenado más allá de su activo patrimonial.

3) Podrá hacer uso de determinadas retenciones (*retentiones*), que importarán deducciones de lo que debe restituir:

- a) *Retentio propter liberan* (por causa de hijos). Para el supuesto de disolución por muerte de la mujer, podrá —en caso de tener que devolver la dote— retener un quinto por cada hijo; si hubo divorcio por culpa de la mujer, podrá retener un sexto por cada hijo, no pudiendo pasar, en total, de tres sextos.
- b) *Retentio propter moren* (por causa de costumbres). Para el supuesto de adulterio de la mujer, podrá retener un sexto; si se tratara de otras causas por culpa de la mujer —inmoralidades leves—, podrá retener un octavo.
- c) *Retentio propter impensas* (por causa de gastos). En todos los casos, el marido podrá retener lo gastado en mejoras necesarias y útiles; no en las voluttarias.
- d) *Retentio propter res donatas* (por causa de cosas donadas). Podrá igualmente retener el monto de lo donado —en forma prohibida— durante el matrimonio.
- e) *Retentio propter res amatas* (por causa de cosas llevadas). También podrá retener el valor de las cosas que la mujer le hubiera sustraído.

(D) En la época posclásica, el sistema se irá afirmando en el sentido de asegurar a la mujer los bienes dótale para hacer frente al futuro, una vez disuelto el matrimonio; igualmente, se asegurará el futuro de los hijos.

- Así, por un lado, la dote será retenida por el marido siempre que la mujer fuera culpable del divorcio o se separara sin motivo. En todos los demás casos, deberá devolverla. También corresponde la devolución, ciulquiiTii sea el caso, si así se hubiera convenido.
- Si la mujer es *sui iuris*, determinará Justiniano que los bienes dótale, en caso de muerte de ésta, pasarán a los hijos, gozando el marido un usufructo de ellos.
- Justiniano suprimirá igualmente la *adicio rei uxoriae* otorgando en su lugar una *actio ex stipulatu* —denominación genérica, aplicable aua en el supuesto de no mediar ninguna *stipulatio*—, más tarde denominada *actio dotis*. Esta *actio ex stipulatu* no será juzgada en forma estricta, sino como un *iudicium honae fidei* •, razón por la cual su naturaleza es bastante híbrida.
- El marido conservará el *benejicum competenliae*, pero perderá el derecho a la devolución en tres anualidades de las cosas fungibles: sólo tendrá un plazo de un año.
- Las *retentiones* desaparecerán como tales. Lo único que disminuirá la dote *ipso iure* serán las mejoras "necesarias", pues las "útiles" deberán ser reclamadas por la *actio negotiorum gestorum*. En cuanto a las *res donatae* y las *res amotae*, las podrá reclamar por la *condictio* o la *reivindicatio*, respectivamente. En cuanto a las demás, se transformarán en contrapartidas credituales que se pueden oponer en forma de compensación *.
- La mujer tendrá una hipoteca legal general sobre todos los bienes del marido para asegurarse el cumplimiento de la devolución de la dote.

DONACIONES MATRIMONIALES

Donaciones durante el matrimonio. — La regla general es que toda donación efectuada entre marido y mujer es nula. El propósito es tratar de evitar que, a la sombra de los sentimientos, uno de los cónyuges se aproveche de la generosidad del otro, así como también evitar la retribución onerosa del afecto conyugal.

- Tal como lo dijimos al hablar de donación, por medio de un sena-doconsulto de la época de Severo y Caracalla —*oratio Severi*— se determinó que pudieran quedar convalidadas las donaciones entre marido y mujer, si el donante moría sin revocar el negocio.
- No entraron en la prohibición los pequeños obsequios, ni las donaciones que tenían por objeto el sustento familiar, ni las que no importaban un enriquecimiento estricto: así, la donación de la tumba o los subsidios de la mujer para que el marido pudiera organizar juegos públicos.

Donaciones matrimoniales ante nuptias. — Si bien el novio podía regalar a la novia ciertas cosas, generalmente de limitado valor, denominadas *largitates sponsaliciae*, la costumbre de las donaciones *ante nuptias* —generalmente de mayor importancia— será provocada por la influencia oriental y aparecerá en la época posclásica. Se contraponen a las prohibidas, ya que no suceden en el matrimonio, sino antes del matrimonio, y juegan como una contrapartida de la dote.

- Desde una constitución de Teodosio (año 382 d.C.) aparece la idea de que esas donaciones serán igualmente en el interés de los hijos, luego de disuelto el matrimonio. De este modo, la mujer, no divorciada por su culpa, y, por supuesto, en caso de muerte de su marido, tiene el derecho de conservarla; pero si tiene hijos, les corresponde a éstos dichos bienes, y a la mujer el usufructo de los mismos.

Donaciones propter nuptias. — Justiniano, sobre la base de las donaciones *ante nuptias*, permitirá —incluso durante el matrimonio— hacer donaciones *propter nuptias* (a propósito de las nupcias); éstas funcionarán —al margen de las restantes donaciones matrimoniales, que continuarán prohibidas, como una verdadera contradote, y estarán asimiladas en sus efectos esenciales y restitutorios a las reglas que rigen para la dote.

TUTELA Y CÚRATELA

Hemos visto en el capítulo referente a la capacidad de las personas que podía existir el -caso de una persona con plena capacidad de derecho —un *sui inris*—, pero con capacidad de hecho disminuida por razones de edad, sexo, enfermedad, etcétera.

Con el fin de brindar protección jurídica a estos incapaces, desde una época muy antigua existían en el Derecho Romano las instituciones de la tutela y de la cíuratela. Había una tutela para los impúberes y otras para las mujeres.

De las variadas clases de cíuratelas que hubo, veremos las más importantes: la de los menores de 25 años, la de los pródigos y la de los enfermos mentales.

En un principio, el interés que predominaba era el de la familia agnática y tenía, en vista el mantenimiento de su patrimonio. En épocas posteriores la atención pasó a centrarse en la protección del incapaz, a través de la defensa de sus bienes.

TUTELA DE LOS IMPÚBERES

Paulo atribuye al jurista Servio la siguiente definición de tutela: *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defenderé nequit, iure civilis data et permissa*, (Fuerza y poder sobre una persona libre, dada y permitida por el derecho civil, con el fin de cuidar a quien, por causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo).

En esta definición de la época de Cicerón encontramos vestigios del riguroso derecho primitivo —en la expresión *vis ac potestas*— y un antípodo de la futura orientación de la institución —en la expresión *ad tuenduvi*.

Esta orientación llevó, por lo demás, a que pudieran ser tutores no sólo, como al principio, los *pater familias*, sino también los *filiifamilias* y aun las madres y abuelas, respecto de sus descendientes, siempre que renunciaran a volver a casarse.

TIPOS DE TUTELA

La tutela, según la forma de ser designado el tutor, puede *ser* testamentaria, legítima o dativa.

Tutela testamentaria. — El tutor era designado por el *paterfamilias* en su testamento. La designación debía recaer, en un principio, en otro *paterfamilias*.

- Posteriormente, pudieron desempeñar la tutela los *filiifamilias*, latinos y esclavos simultáneamente manumitidos.
- También, en una época más tardía, el tutor podía ser designado (A) por un testamento dado por la madre, el tío, el abuelo o abuela maternos y (B) aun por un no familiar del incapaz que lo instituyera su heredero. En estos casos el pretor debía confirmar al tutor instituido.
- Dado que la tutela testamentaria era un *honor*, el designado no podía cederla; podía, en cambio, *abdicare* (rehusar).
- Llegó a admitirse que el tutor designado en un testamento inválido pudiera, no obstante, ser confirmado por el magistrado.
- La tutela testamentaria ya aparece mencionada en la legislación decenviral.

Tutela legítima. — En el supuesto de que no existiera tutor testamentario o que el así nombrado rehusara, la ley de las XII tablas ya contemplaba la figura que llenaba este vacío. Esta era la tutela legítima, en la cual el tutor es designado por imperio de la ley. El cargo recaía en el agnado más próximo del incapaz —el hermano, el tío paterno, los hijos del hermano—; en su defecto, uno de los gentiles.

- En el caso de que los agnados sean impúberes, acceden a la tutela con la pubertad. En el derecho justiniano se incluyó a los cognados.
- Recién en el derecho posclásico pudo el designado tutor excusarse sobre la base de causales determinadas; esto proviene del hecho de que la tutela era considerada una carga pública (*munus*; pl. *muñera*).
- Como la tutela legítima es *ipso ture*, no se necesita un nombramiento.

Tutela dativa. — Es la que históricamente surge última. Fue establecida alrededor del 186 a.C. por la *lex Atiia*, en que se estatuía al pretor urbano, en cooperación con la mayoría de los tribunos de la plebe, como encargado de dar un tutor al incapaz que careciera de él. La idea de la tutela como *viuniis* se acentúa, así como también el control de los magistrados sobre la gestión del tutor. Como consecuencia de esto no estaba permitido ceder ni rechazar la tutela, pudiendo su ejercicio ser forzado por el magistrado. Existían, empero, ciertas causales de excusación, tales como el desempeño de otras tutelas, tener muchos hijos, residencia alejada, enfermedad, edad avanzada, servicio militar, cargos públicos, etcétera.

- Posteriormente, ahedor del año 31 a.C, por la *lex lidia et Titia* se extiende la potestad de nombrar tutores a los gobernadores de provincia. Luego, bajo Claudio, se alegaron los cónsules y, por último, Justiniano incluye al *praefecus urbi*.

ACTUACIÓN DEL TUTOR

Obligaciones antes de entrar en el ejercicio de la tutela. — Probablemente desde Claudio, el tutor debió (A) prestar una garantía (*cantío*), por *stipulatio*, al pupilo de no consumir o disminuir el patrimonio pupilar; (B) establecer ante escribano (*tabu Utrius*) cuál era ese patrimonio. Se dispuso que si el tutor no había inventariado los bienes, valdría en su lugar el inventario hecho por el pupilo bajo juramento.

Actuación durante la tutela. — Hay que diferenciar. (A) Caso en que tutor y pupilo

actuaban conjuntamente: el tutor interponía su *auctoritas*. Esta servía de complemento a la deficiente capacidad del pupilo, quien empero debía ser lo suficientemente evolucionado mentalmente para proferir las expresiones requeridas para el negocio jurídico —en definitiva, ser *pubertati proximus* (cercano a la pubertad)—. (B): Cuando el pupilo era un *infans* —hasta los 7 años— o *infantiae proximus* (cercano a la infancia), el tutor debía actuar por sí solo mediante la *gestio negotiorum* (la gestión de los asuntos). En estos casos el tutor actuaba a nombre propio pero por cuenta del pupilo —es un caso especial de representación indirecta—; es decir, el tutor se convertía en sujeto activo o pasivo de las obligaciones y titular de los derechos reales, pero con el cargo de posteriormente transpasar el crédito o la deuda y esos derechos reales al patrimonio del pupilo. En razón de esto, el tutor no podía llevar a cabo actos personalísimos, tales como aceptación o renuncia de herencias, nombramiento de *procurator*, *acceptiatio*, etcétera. El número de actos jurídicos que el tutor podía primitivamente realizar era muy grande, dado que actuaba como si fuera el dueño del patrimonio: "*Tutor. .. domini loco haberi debet*" ("El tutor... debe ser considerado en la condición de dueño"). Podía, por tanto, gravar los bienes del pupilo con *pignus*, enajenarlos, hacer y recibir pagos, colocar el capital en lo que le pareciera conveniente, etcétera. Estas facultades le fueron siendo restringidas.

- (A) En la época preclásica se les prohíbe hacer clonaciones importantes.
- (B) Por medio de la *oratio Severi* (195 d.C), se les impide enajenar predios rústicos y suburbanos, extendiéndose posteriormente a los fundos poseídos de buena fe y junto con la prohibición de constituir derechos reales.
- (C) Constantino les prohíbe la enajenación de todo tipo de inmuebles, de las cosas muebles de alto valor y de los esclavos.
- (D) En el derecho justiniano aparece regulada la inversión de capitales, los que se debían usar para adquirir inmuebles.

RELACIONES ENTRE TUTOR Y PUPILLO

La responsabilidad del tutor en la administración de los bienes del pupilo se fue acrecentando con el correr del tiempo.

- (A) Ya en la ley de las XII tablas encontramos dos acciones dirigidas contra los tutores que faltaban a su deber.
 - 1) La *accusatio suspecti tutoris*, que era una acción pública por medio de la cual se lograba la destitución del tutor y se designaba otro.
 - 2) La *actio de rationibus distrahendis*, acción de carácter privado penal por medio de la cual se multaba al tutor con el doble del valor de los bienes defraudados al pupilo.
- (B) A fines del período republicano surgió la *actio tute-lae*. Esta acción, con un ámbito de aplicación muy elástico, permitía obtener del tutor o de sus herederos una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por su mala gestión y la devolución de los bienes administrados. La sentencia tenía carácter infamante. Naturalmente, el tutor tenía a su vez una *actio tutelae contraria* para reclamar al pupilo los créditos que resultaren a su favor en la gestión de la tutela.
- (C) Se concedió, igualmente, al pupilo una acción subsidiaria contra el magistrado que, cuando le incumbía el deber de investigar al tutor que debía nombrar o confirmar, hubiese actuado con evidente imprudencia o negligencia: se lo responsabilizó de los daños sufridos.

TUTELA DE LAS MUJERES

Esta institución, proveniente del antiguo Derecho Romano, en el cual la mujer *sui iuris*

carecía de una plena capacidad jurídica, fue decayendo hasta desaparecer en la época de Diocleciano.

CONTENIDO DE LA TUTELA

Dado que la mujer era púber —en caso contrario estaríamos ante la *tutela impuberi*—, las funciones del tutor se limitaban a la *auctoritas*, al contar la pupila con facultades para poder llevar a cabo el acto jurídico. Era, pues, innecesaria la *negotiorum gestio*.

La *auctoritas* era requerida únicamente para negocios *iuris civilis* (del derecho civil), tales como la enajenación de *res mancipi*, la aceptación de herencias, la *acceptilatio*, la manumisión, etcétera.

La *tutela mulierum* podía ser de cualquiera de los tres tipos ya estudiados para los impúberes. Para la tutela legítima se llamaba al agnado más próximo; para la *uzor in manu*, el tutor era, en primer lugar, su propio hijo.

Cuando el magistrado designaba al tutor —tutela dativa— lo hacía guiado por las leyes *Atilia* y *Iulia et Titia*, como en el caso de los impúberes.

En el supuesto de la tutela testamentaria era común que el testador concediera a la pupila la *optio tutoris*, por medio de la cual ésta podía elegir la persona de su tutor. La *optio tutoris* fue el primer paso hacia la extinción de la *tutela mulierum*.

Luego, a fines del período preclásico, en el supuesto de que la mujer no pudiera elegir su tutor, podía substituirlo por alguien de su confianza (*fiducia*) por medio de la *eoemptio tute-lae evitandae causa* que la sujetaba a la *manus* de ese tercero fiduciario: al ser inmediatamente manumitida por él, quedaba de nuevo *sui iuris*, pero sometida a la tutela fiduciaria de aquel terceno.

- *La lex Iulia et Papia Poppaea*, con objetivos de política demográfica, liberaron de la tutela a quienes tenían el *ius liberorum* para lo que se exigía tener tres hijos a las ingenuas y cuatro a las libertas.
- La *auctontas* del *tutor* de las mujeres se reduce a una nueva formalidad en el caso de los tutores no legítimos que son constreñidos por el pretor a prestarla.

CURATELA

Esta institución aparece ya en la ley de las XII tablas a propósito del *furiosus* y del pródigo. En el primer supuesto, el poder del *eurator* ancla, u la persona y los bienes del enfermo mental, mientras que en el segundo la *cúratela* se limita al patrimonio heredado por el pródigo.

Alrededor del año 200 a.C. la *lex Plaetoria* dará posteriormente origen a la cúratela para los menores de 25 años (*cura minorum*), institución que con el tiempo se irá asimilando a la tutela del impúber.

CÚRATELA DEL FURIOSUS

No se requería intervención judicial: al producirse el desequilibrio mental surgía, *ipso iure*, la incapacidad y la consecuente necesidad de cúratela.

En este caso la *curatela* podía ser legítima o dativa, considerándose que no había una

verdadera *cúratela* testamentaria ya que una indicación del *pater* en tal sentido era considerada como una mera propuesta al magistrado. Como curadores legítimos debían figurar en primer lugar los agnados más próximos, y en su defecto, los gentiles. La actuación del curador era siempre una *gestio*.

- Las facultades de aquél sobre los bienes eran muy amplias, ya que se hallaba *domini loco* (en lugar del dueño). La jurisprudencia modificó esto al hacerse extensiva la *Oratio Severi* y al exigírselo, ya en el derecho justiniano, prestar garantía e inventariar los bienes.
- El derecho clásico consideraba suspendida la curatela durante los intervalos lúcidos del demente.
- La jurisprudencia asimiló el *mentecaptus* al *furiosus*.

CÚRATELA DE LOS PRÓDIGOS

Condición previa a esta cúratela es una **interdicción que emana del magistrado**. La ley de las XII tablas definía al pródigo como la persona con descendencia que malgastase los bienes heredados *ab intestato* de sus ascendientes agnaticios. Si milarmente a lo que acontecía con el *fuirosus*, la cúratela se acordaba a los agnados y gentiles.

I. La primitiva figura se fue ensanchando, abarcando a los que dilapidaban cualquier tipo de fortuna, tuvieran o no hijos. Se admitió írmario del curador testamentario y en su ausencia el magistrado designaba un curador dativo.

II. La incapacidad del pródigo se fue atenuando. Así, en el derecho clásico se le permitieron los actos que podían mejorar su situación patrimonial. Pudieron entonces adir una herencia —superando, así, en capacidad al impúber—, pero no testar, ni siquiera con el consentimiento del curador.

CÚRATELA DE LOS MENORES DE 25 AÑOS

Alcanzada la pubertad, el *sui iuris* era plenamente capaz para realizar cualquier tipo de negocio. Pero, a fines del siglo III a.C, en una sociedad de más frecuentes intercambios, surgió la idea de que los *sui iuris* jóvenes debían ser protegidos de quienes pudieran aprovecharse de su inexperiencia. La *lex Plaetoria* había introducido una acción pública contra los que hubieran, para beneficiarse, usado de artimañas (*circumscriptio*), sin llegar necesariamente a constituir dolo, en los tratos patrimoniales con *minores* (menores de 25 años). El pretor concedió, más tarde, al *minor* una *exceptio legis Plaetoriae* para oponerse a la acción que intentara el acreedor por incumplimiento de una obligación concertada con *circumscriptio* por parte del demandante.

Luego, el pretor comenzó a otorgar la *in integrum restitutio* a los menores que hubieran efectuado un negocio desventajoso. A consecuencia de esto, se vio afectada la actividad comercial de los menores, dado que nadie quería contratar con ellos. Se hizo necesario, entonces, proporcionarles un curador que otorgara su *consensus*, a la manera de una *auctoritas*, al negocio jurídico. El menor podía pedir un curador para cada negocio en particular, y, a partir de la época de Marco Aurelio (siglo II d.C), pudo pedir un curador con carácter permanente. Como el hecho de tener que contar constantemente con la presencia del curador era muy engorroso, ciertos *minores* llegaron a conseguir del emperador una *venia aetatis* (dispensa de la edad) que eliminaba la necesidad del *curator*. Así, como privilegio especialísimo, se volvía a la misma situación de cualquier púber antes de la sanción de la *lex Plaetoria*.

- El *consensus* para realizar un negocio no es preciso —a diferencia de la *auctoritas tutoris*— que sea simultáneo a éste y con la presencia física del curador.
- Por lo demás, el negocio es válido sin *consensus*, dada la capacidad negocial del menor; lo que acontecía en este caso era' que en caso de engaño no se tenía ningún tipo de acción porque el pretor la denegaba.
- Recién en la época posclásica fue exigido el *consensus* para la validez.

CAPITULO XIV

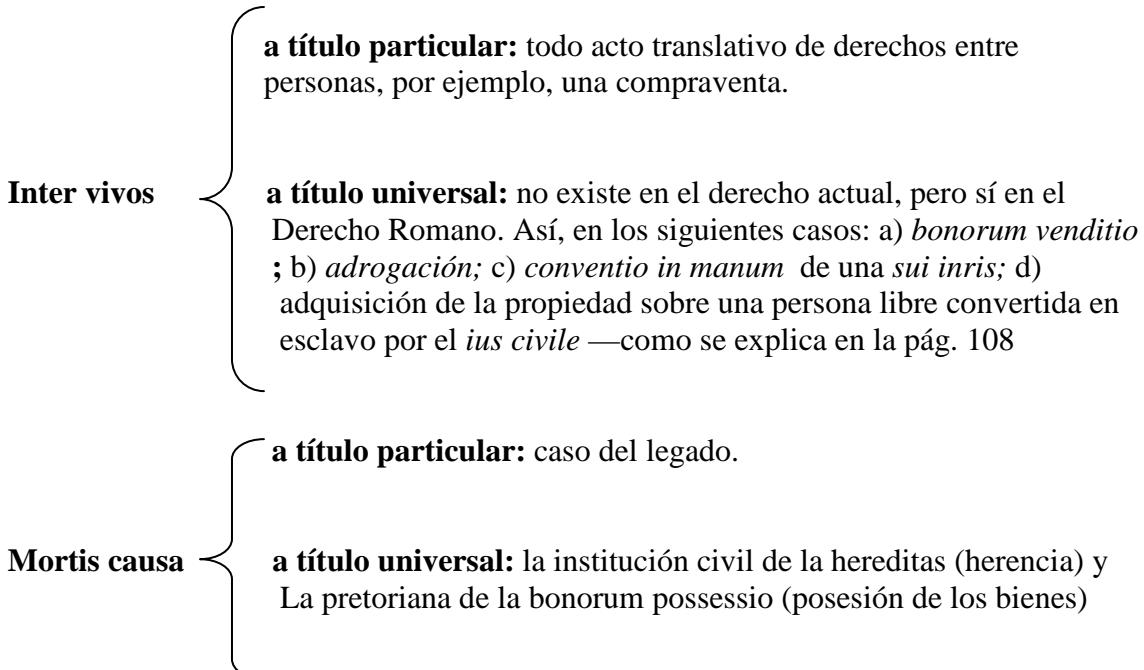
SUCESIONES

Con esta palabra se designan en el derecho clásico los casos de las adquisiciones *per universitatem*, en bloque y simultáneamente, de todos los bienes (*omnia simul bona*) de una persona.

En el derecho justiniano se extiende a los negocios jurídicos por los que se opera una transferencia de dominio de cosas singulares: *successio in singulas res*.

Así, la palabra *successio* tomó, en general, el significado de adquisición derivativa: una persona sucede a otra, es decir, va a ocupar su situación en la titularidad de un derecho o de una universalidad de derechos.

Se establecieron, así, dos clasificaciones de las sucesiones: (A) sucesiones a título particular y sucesiones a título universal; (B) sucesiones *inter vivos* y sucesiones *mortis causa* (por causa de muerte). Combinando estas dos clasificaciones, se tienen cuatro posibilidades o variantes de sucesión.



Como de las sucesiones *inter vivos* ya se ha tratado, debemos ahora hacerlo a propósito de las *mortis causa*.

SUCESSIONES MORTIS CAUSA

El problema del destino y translación de los derechos de que era titular una persona en el momento de su muerte aparece resuelto en los distintos pueblos sobre la base de dos criterios: (A) el de que el ordenamiento jurídico lo regle, atendiendo al interés social y al del grupo familiar; (B) el de facultar a las personas a que en un acto destinado a tener valor jurídico *post viortem* designen las personas que lo sucederán en forma universal —herederos— o particular —legatarios.

El primer criterio es común a todos los pueblos, incluso al romano. Pero éste ha sido absolutamente original en la concepción del segundo, con su exclusiva creación del *testamentum*, el que no sólo se usó para designar a quienes, como herederos, sucederían en la universalidad de sus derechos, sino también, a partir de cierta época, para disponer la sucesión o translación de cosas o derechos singulares a terceros, pero supeditada a la efectiva adquisición de la condición de herederos por parte de los así designados.

En el ordenamiento romano, pues, rigen los dos criterios o sistemas: el de la sucesión testamentaria y el de la intestada, que, como el nombre de esta última lo indica, sólo entra en juego cuando no hay testamento o éste resulta inválido.

En efecto, hay una absoluta incompatibilidad: si hay institución testamentaria válida de ciertas personas como herederos, sólo ellos pueden serlo, aunque las cuotas asignadas expresamente no cubran la totalidad de la herencia. Lo no cubierto no se convertirá en objeto de la sucesión intestada —como ocurre actualmente—; sino que irá a acrecer la porción de los herederos testamentarios en la proporción de las cuotas asignadas. Es decir, por ejemplo, que si en el testamento solamente se designa heredero a A en tres dozavas partes de la herencia y a B en una dozava parte, no habrá unas ocho dozavas partes de la herencia para ser asignadas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, a los parientes más cercanos del difunto, sino que no habrá otros herederos que A por las nueve dozavas y B por las tres dozavas partes de la herencia, respectivamente.

De esta virtud excluyente o exclusiva de la sucesión testamentaria resulta el fundamental principio de *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest* (nadie puede morir en parte testado, en parte intestado).

Esto ocurre, en principio, aun en el régimen de la llamada sucesión legítima o necesaria, por la cual el ordenamiento jurídico había llegado a establecer una cuota mínima —legítima— que necesariamente debía dejarse a ciertos parientes cercanos: si el testamento respetaba la legítima, corrían íntegramente sus disposiciones; si no, podía ser objeto de la *querela inofficiosi testamenti* (queja de testamento que no cumple con el deber), victoriosa la cual, quedaba nulo el testamento y entraba en juego la sucesión intestada; pero de no prosperar, regía plenamente el testamento.

HISTORIA

El cuadro de las instituciones que giran alrededor de la sucesión *mortis causa* en Roma es muy complejo y ha sufrido más cambios en el tiempo que las otras partes del ordenamiento jurídico. Resulta, pues, muy conveniente destacar previamente algunas de las principales modalidades y tendencias de la evolución de esas instituciones.

I. En los tiempos precívicos y arcaicos —hasta las XII tablas— deben de haber estado en estrechísima relación con la fuerte y política organización de la familia, en la que el *pater familiæ* es, más que un individualista titular de derechos patrimoniales, un jefe que rige como señor absoluto la vida social y económica de su grupo. La sucesión debe entonces de haber sido en su status de jefatura y no respecto de la propiedad de bienes, pues éstos estaban asignados, en el pensamiento social, al grupo familiar.

II. Desglosándose de su poder soberano sobre éste y al compás de cambios socioeconómicos ese poder gerencial del *pater* sobre el patrimonio familiar habráse convertido en propiedad privada individual, con exclusión de los demás miembros del grupo. Su capacidad de designación de heredero por testamento debe de haberse entonces "patrimonializado", es decir, adquirido un predominante carácter de libre disposición de los bienes patrimoniales, tanto en favor de herederos que adquiriesen *per universitatem* el patrimonio o partes alícuotas de él, como en favor de legatarios que sucedieran a título particular en determinadas cosas o derechos desgajados de la masa patrimonial.

III. Esa absoluta libertad de disponer, en un creciente clima de individualismo y relajación de los fuertes y austeros lazos de solidaridad grupal, llevó a la necesidad de prevenir abusos y omisiones. Así, tanto la jurisprudencia como la legislación establecieron pautas de limitación cuya expresión más trascendente habría de ser la institución de la legítima.

IV. Una paralela evolución lleva en el sistema de la sucesión intestada a ir institucionalizando en cambios jurídicos la transformación de la familia, que pasa de una estructuración de amplio grupo de apretada vida social, económica y política bajo la común dependencia de un jefe —el *pater familiæ*—, a lo que podríamos llamar familia individualista, basada en los afectos, en una íntima convivencia y en un ambiente de economía de intercambio y diversificación. En el régimen sucesorio se reconoce relevancia jurídica a la cognación, al principio en forma subsidiaria o complementaria de la agnación *, pero luego en detrimento de la predominancia de ésta.

V. Una última trascendente evolución es la que lleva a la simplificación formal de los testamentos y a la complementación de éstos por *codicilos* y *fideicomisos*, orientados a agilizar y facilitar el ejercicio de disposiciones de última voluntad.

SUCESIÓN UNIVERSAL MORTIS CAUSA

Tanto la testamentaria quanto la *intestata* fueron regladas por dos sistemas: el de la *hereditas*, del *ius civile*, y el de la *bonorum possessio*, establecido por el pretor.

HEREDITAS

Esta palabra ha sido usada en dos diferentes sentidos, referidos ambos a la sucesión de un sujeto, el heredero (*heres*), en las relaciones jurídicas titulariadas por otro sujeto en el momento de su muerte. Este último se designa con la expresión *de cuius*, proveniente de la frase "*de cuius hereditate agitur*" ("de la herencia del cual se trata").

(A) En el primer sentido, el significado *hereditas* indica un complejo unitario (*iuniversitas*) de *corpora* (cosas corporales) y *iura* (derechos), complejo considerado como un todo único destinado a ser adquirido, en un solo acto y por una sola causa, por un heredero.

(B) En el segundo sentido, *hereditas* equivale al *ius hefe-ditatis* (derecho a la herencia), es decir, la titularidad de la herencia, el derecho del *heres* a suceder al *de cuius*.

- En los primeros tiempos el título de *heres* habría correspondido l. in sólo al descendiente o *suus* (suyo) del *paterfamilias*. Así la ley de las XII tablas, cuando se trata de agnados no *sui*, no dice que serán herederos, sino que tomarán el patrimonio (*familia*).
 - Contrariamente a las sucesiones universales *inter vivos*, la *hereditas* comprendía los pasivos patrimoniales, pudiendo resultar que las deudas superasen al activo; es decir, que fueran *ultra vires hereditatii* (más allá de las fuerzas de la herencia): resultaría así una *hereditas damnosa* (herencia dañosa, perjudicial).
 - Pero no todas las relaciones jurídicas inherentes al *de cuius* se transfieren con la adquisición de la *hereditas*. Además de las que derivan de situaciones o condiciones personales —de padre, de tutor, de marido—, deben también excluirse algunas patrimoniales, como las resultantes del usufructo, uso, habitación, mandato, sociedad, locación de obra y de servicios; la *actio iniuriarum*; los privilegios como el del *benejicium competentiae*, etcétera.
 - Tampoco quedaban incluidas las responsabilidades por acciones penales, salvo en la medida de lo que se hubiera podido enriquecer el heredero por los delitos cometidos por el *de cuius*.
 - Tampoco la posesión pasa al heredero, pero éste puede, si entra él en posesión de la cosa y con *animus posadendi*, computar para sí el tiempo de posesión del *de cuius* y así completar el período necesario para una *tuucapio* iniciada por este último.
- La normativa de la *hereditas* es del *ius civile*, resultante de la ley de las XII tablas y de otras leyes, de la interpretación de los prudentes, de los senadoconsultos y, por último, de las constituciones imperiales.
- En cambio, se deberá al *imperium* y a la *iurisdictio* del pretor la formación de un sistema paralelo al de la *hereditas*, auxiliar y suplementario al principio, prevaleciente después: el de las *bonorum possessiones*.

BONORUM POSSESSIO

Otro modo —además del de la sucesión en la *hereditas* ev virtud de la condición de *keres*— de realizar una persona la adquisición del patrimonio —o cuota parte de éste— de un difunto fue la concesión de la *bonorum possessio*, otorgada por el pretor pedido de parte y previo sumario o especial —según la hipótesis estuviera o no prevista en el edicto— examen de la solicitud.

- En el primer caso se llamaba *bonorum possessio edictalis* y en el segundo *decretalis*, por ser necesario un específico *decretum*.

I. Objeto de la *bonorum possessio* —al igual que el de la *hereditas*— era la universalidad de cosas y derechos del *de cuius*, en la que unitariamente y por el sólo acto de la concesión preto-riana, sucedía el *bonorum possessor*, que de no surgir quien tuviere un mejor título de sucesión llegaría, con el transcurso del tiempo, a usucapir las cosas —*usucapió hereditatis*— y, con el ejercicio de *acciones útiles*, a realizar los derechos personales. Es decir, a conseguir una titularidad, de acuerdo al *ius civile*, de todos los derechos reales y personales que había investido el *de cuius*.

- De allí que si bien sólo el *ius civile*, y no el pretor, podía hacer *heres* a alguien, aquel a quien el pretor otorgaba la *bonorum possessio* llegaba a ser considerado *loco heredis* (en lugar del heredero).

II. La *bono non possessio* surgió dentro del derecho sucesorio como institución meramente posesoria: fue atribuida tanto

- (A) como posesión provisional de los bienes hereditarios mientras se desarrollaba un proceso de petición de herencia, como
- (B) en favor de aquellos que, justificando prima facie una pretensión a la herencia —fuese testamentaria o *ab intestato*—, solicitaban ser puestos en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad del más complicado procedimiento de una *hereditatis petitio*.

- Quien resultaba, entonces, por concesión del pretor, *bonorum possessor*, tenía a su disposición el interdicto *quorum bonorum* contra los poseedores o detentadores de bienes hereditarios.
- Estos, o cumplían con la orden del pretor y el *bonorum possessor* quedaba con la posesión de los bienes en cuestión, o no obedecían, y tenía lugar, entonces, el proceso formulario consecuente. Si el *bonorum possessor* no podía en ese proceso exhibir un título válido para la *hereditas*, el anterior poseedor quedaba con la posesión.
- Triunfante, en cambio, el *bonorum possessor*, y puesto en posesión de los bienes, esto no impedía que sucumbiera eventualmente en un posterior proceso frente a quien exhibiera un título sucesorio mejor.

La *bonorum possessio* tenía, pues, un carácter subordinado y auxiliar del sistema de la *hereditas*; resultaba entonces sin efectividad sustantiva —*sine re*—, pues quien la había obtenido estaba destinado a sucumbir frente a quien hiciera valer un mejor título de acuerdo con el *ius civile*.

III. Empezó siendo, pues, una institución confirmatoria o coadyuvatoria del *ius civile*. Pero esto evolucionará en dos sentidos: (A) se comenzará a dar la *bonorum possessio* no sólo a los que invocaban ser herederos de acuerdo con el *ius civile*, sino también a otras personas; (B) en muchos supuestos se la otorgó *cum re*, es decir, con criterio prevaleciente sobre lo dispuesto por el *ius civile*. La *bonorum possessio* resultó, entonces, ampliatoria y correctora, respectivamente, del *ius civile*.

- (A) 1) El pretor acostumbró a conceder la *bonorum possessio* a personas instituidas

como herederas por cierto acto testamentario no válido según el *ius civile* —testamento pretorio—. Se trataba de una *bonorum possessio secundum tabulas* (de acuerdo con las tablillas [en las que estaba escrito el testamento]).

2) En los casos en que el *de cuius* había muerto intestado, el pretor llegó a conceder la *bonorum possessio* a personas unidas al *de cuius* por cognación, vínculo no contemplado hasta la época por el *ius civile*. Se trataba entonces de una *bonorum possessio sine tabulis* (sin tablillas).

3) Por último se concedió la *bonorum possessio*, aun existiendo testamento, a personas no instituidas por el *de cuius*. En esos casos se hablaba de una *bonorum possessio contra tabulas* (contra las tablillas).

(B) Si tenemos en cuenta que el *bonorum possessor* se convertía en propietario *ex iure quiritium* a través de la *usucapió*, es decir, de acuerdo al *ius civile*, y que a través de las *acciones útiles* concedidas por el pretor llegaba a realizar en su favor los derechos de crédito del *de cuius*, resultaba que, sin alcanzar la categoría de *heres* —que sólo podía ser conferida por testamento o normativa del *ius civile*—, llegaba al mismo resultado práctico que el *heres*: suceder al *de cuius* en todos sus derechos reales y personales.

Resultaron, pues, dos sistemas: el del *ius civile*, que determinaba la calidad de heredero, y el pretoriano, que concedía la *bonorum possessio*. La concurrencia de estos dos sistemas llevó a la necesidad de ir articulando un orden de preferencia entre los herederos del *ius civile* y los *possessores* del derecho pretoriano.

Si el pretor concedía la *bonorum possessio* a una persona no contemplada por el *ius civile* o ubicada en éste en un segundo término, había que resolver en cada hipótesis si el heredero civil podía actuar exitosamente contra el *bonorum possessor* por medio de una *hereditatis petitio*. La doctrina hablaba de *bonorum possessio sine re* o *cum re*, según que el titular de ella debiera ceder su posesión o mantenerla ante la pretensión del heredero civil. Así, por ejemplo, un rescrito de Antonino Pío concedió al *bonorum possessor secundum tabulas* —testamento pretoriano—, el rechazar con una *exceptio dolí* la *hereditatis petitio* de los herederos civiles *ab intestato*; esa *bonorum possessio* resultaba, así, *cum re*.

El pretor, pues, según las distintas hipótesis, pudo sostener a ciertos *bonorum possessores* ante la pretensión civilmente válida de ciertos herederos, denegándoles acción a éstos o concediéndoles excepciones a aquéllos.

IV. Al confundirse en la época posclásica el *ius civile* con el *ius praetorium* u *honorarium*, al convertirse las *acciones útiles* en simplemente directas, al unificarse la propiedad bonitaria con la quiritaria, la distinción entre *bonorum possessio* y *here-ditas* perdió contenido substancial y sólo subsistió en la terminología y formalidades del procedimiento.

- Lo que sí se conservó fue la primitiva utilización de la *bonorum poi-sesio* como institución posesoria coadyuvadora de la herencia, en tanto atribuía a quien invocaba un derecho de sucesión no necesariamente óptimo una mera posesión que duraba en tanto no se presentara un titular de un mejor derecho sucesorio.

DELACIÓN DE LA HERENCIA

Para que alguien pueda ser llamado *heres* —heredero— o *bonorum possessor* —poseedor del patrimonio hereditario— es necesario que exista alguna causa de delación en virtud de la cual la misma le sea "deferida" —*deferre hereditatem*— o por la cual sea "llamado" —*vocare ad hereditatem*.

I. La delación de la herencia se puede hacer ya *ex testamento* —herencia testamentaria—, ya por la ley, —herencia *ab intestato*.

II. En primer término, ocurrida la muerte de una persona, hay que dar predominio a la herencia testamentaria. Si no llegara a haber testamento —o éste fuese inválido o ineficaz— correspondería abrir la herencia *ab intestato*.

III. Algo que ya hemos visto es que no puede ocurrir que ambas herencias puedan presentarse en forma simultánea, ya que "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" ("nadie puede morir en parte testado y en parte intestado").

- Este principio sufre algunas excepciones, tales como el caso del testamento militar y de otros supuestos —que serán estudiados más adelante— de reclamo de la herencia de los herederos *ab intestato* contra los instituidos en el testamento.

ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Los herederos pueden ser suyos y necesarios (*sui et ne-cessarii*), necesarios (*neccesarii*) y extraños o voluntarios (*extranei aut voluntarii*).

Podemos también agruparlos en *domestici heredes*, que serían los dos primeros casos, y *extranei heredes*, o sea el último, para remarcar que los primeros corresponden al ámbito familiar y los últimos están al margen de dicho ámbito.

HEREDEROS SUYOS Y NECESARIOS

Son tales los descendientes del *pater* que se encontrasen o se hubieran encontrado sometidos a su *patria potestas*.

- Son, por tanto, "herederos suyos y necesarios":
 - (A) Los hijos sometidos a la *patria potestas*, fuesen éstos legítimos, adoptivos o legitimados.
 - (B) Los nietos sometidos en forma directa a la *patria potestas*; es decir por haber desaparecido el respectivo padre, o sea el *filius* del causante.
 - (C) Los postumos que nacieran después de la muerte del causante, y que de no haber sido por este hecho hubieran estado bajo su *patria potestas*.
 - (D) La uxor *in manu*, que se encuentra en el lugar de hija (*loco jūiae*) y también la nuera *in manu*, en caso de haber muerto su mando.
- En cambio, están excluidos los hijos emancipados de la *patria potestas*.

I. Estos herederos adquieren la herencia en forma automática —*ipso iure*— con la muerte del causante.

- Significa esto que no necesitan de ningún acto de aceptación de la herencia. Según Gayo, son los llamados *sui* por ser *domestici heredes*, y estando vivo el *pater*, en cierto modo están considerados como

propietarios, y son llamados *necessarii* porque en todos los casos, ya sea por testamento, ya por ab *intestato*, se hacen herederos, lo quieran o no.

II. Sin embargo, el pretor, también por razón de equidad, les concederá el *iis abstinenti*, de tal modo que los herederos que recibieran una herencia muy cargada de deudas —y con el fin de no responder por ellas— pudieran evitarla.

Para abstenerse (*se abstinere*) bastaba con que no hubieran realizado acto alguno relativo a la herencia, o sea, no haberse inmiscuido en la misma (*se inmiscere*).

- Sin embargo, debido a que la sucesión se opera *ipso iure*, no pierden la calidad de herederos, sino que simplemente están "abstenidos" de la misma, con lo cual evitan las consecuencias infamantes de la *bonorum venditio*.
- Por ello, las manumisiones otorgadas en el testamento son válidas, ya que hay institución de heredero. El heredero puede arrepentirse de su abstención antes de que se hubieran vendido los bienes —*honorum venditio*—. En la época de Justiniano se les otorgará un plazo de tres años, siempre y cuando no hubiera ocurrido la venta en el lapso intermedio.

HEREDERO NECESARIO

Se denomina heredero necesario al esclavo del testador instituido heredero por éste en el mismo momento que le otorgaba la manumisión.

El propósito consistía en que quien tuviere dudas acerca de su solvencia, con el fin de evitar los efectos infamantes de la *bonorum venditio* que pudieran llevar contra él sus acreedores luego de su muerte, instituía heredero al esclavo que manumitía para que los efectos de la ejecución recayesen sobre éste.

- Para la existencia del *heres necessarius* eran precisos tres requisitos: a) que la *heredis inslitutio* estuviese acompañada por la manumisión expresa —aunque Justiniano la entenderá no necesaria, ya que tácitamente había existido manumisión; b) que el esclavo perteneciera al testador *ex iure Quirilium*, tanto en el momento de hacerse el testamento como en el del deceso, y e) que el esclavo fuese el único heredero.
- Sin embargo, el pretor —también por razón de equidad— le otorgará el beneficio de conservar para sí los bienes adquiridos por él después de la muerte del patrono, de tal modo que si bien tiene que responder con los bienes hereditarios, aun cuando no alcancen a cubrir las deudas, por regla general no responderá con estos suyos procedentes de adquisiciones ulteriores.
- Se trataría en este caso de una verdadera *separatio bonorum* (separación de los patrimonios), concedida para evitar la confusión total de ambos patrimonios: el constituido por la herencia del causante y el adquirido por el propio liberto con posterioridad al hecho.

HEREDEROS VOLUNTARIOS O EXTRAÑOS

Se entiende por tales aquellos otros herederos que por ser extraños a la familia del causante son instituidos por éste en el testamento, por lo que, para adquirir la herencia —dado que no están obligados a ello—, deberán expresar su aceptación en forma voluntaria.

I. En un comienzo bastaba la realización de algún acto no formal que demostrara inequívocamente la voluntad de aceptación. Esta forma se denominaba *pro herede gestio* (actuación como heredero), como en el caso de cultivar un campo perteneciente a la herencia, o arrendarlo, o venderlo.

II. Posteriormente —lo que después constituirá la forma típica de la época clásica— comenzó a usarse una forma ritual denominada *cretio* (decisión [por la herencia]), que se establecía con las palabras: "Puesto que P. Mevio me ha instituido heredero en su

testamento, yo decido aceptar la herencia".

- Mediante esta forma se pretendía que el heredero se decidiera de una manera expresa, evitando dilaciones. Generalmente iba acompañada" de un plazo, por lo común de cien días, para que el heredero pudiera reflexionar antes de tomar su decisión. Así, por ejemplo: "Que Ticio sea mi heredero. Y que hagas la *crecio* dentro de los cien días siguientes a aquel en que tengas conocimiento y puedas practicarla; si no la hicieras, sé desheredado".
- Al respecto existían dos formas de establecer esta cláusula. El ejemplo dado encierra una *crecio vulgaris*, la cual, al decir "a aquel en que tengas conocimiento", está tratando de evitar que el plazo corra inútilmente para alguien que haya ignorado el haber sido instituido heredero. Cuando faltan dichas palabras, la *crecio* es llamada de "plazo cierto" (*crecio certorum dierum*). En ésta los días se cuentan cronológicamente desde la muerte del causante, y para la *lex Papia Poppaca*, desde la apertura del testamento.
- La *crecio* puede también ser "perfecta" cuando la falta de aceptación aparece sancionada por la desheredación; o "imperfecta", cuando falta dicha cláusula. Para este último caso podría usarse la *pro herede gestio*.

III. En el derecho posclásico la *crecio* caerá en desuso y finalmente será abolida por Justiniano. La forma empleada fue la *aditio hereditatis* (aceptación de la herencia), que consistía en una declaración expresa, pero no solemne.

- Este vocablo expresa bien gráficamente el sentido del acto jurídico, puesto que *ad-ire* significa "ir hacia", con lo que se explícita que algo debe hacer el heredero para que consiga realmente la herencia. Frente a esta manera expresa, continuará manteniéndose la tácita de la *pro herede gestio*.

IV. Conforme con el *ius civile*, no hay plazo para aceptar la herencia, a menos que en una *crecio perfecta* se lo hubiere señalado. Como esto podía dar lugar a dificultades para los acreedores que no tuviesen posibilidad de demandar sus créditos, el pretor les permitirá realizar una intimación al heredero para que declare si es heredero (*interrogatio an heres sit*). El intimado podía obtener un plazo —*spatium deliberandi*— para pensar qué debía hacer.

- Si no contestaba en ese plazo —como ya dijimos de cien días—, se lo tenía por no heredero y se podía realizar la *bonorum venditio*.
- Justiniano establecerá el plazo máximo en nueve meses —si fuere concedido por el juez— o en un año —si fuere concedido por el emperador—; pero si el heredero no contestaba antes del vencimiento de) plazo, se lo tenía como heredero aceptado.

De todos modos, siempre se admitió que el heredero voluntario o extraño pudiera manifestar su voluntad, expresa o tácita de no aceptación de la herencia. Se habló, entonces, de *repudiatio*.- una vez repudiada una herencia, no cabía una aceptación posterior.

RELACIONES JURÍDICAS QUE SURGEN DE LA HERENCIA NO ADQUIRIDA

HERENCIA YACENTE

Cuando la herencia aún no ha sido aceptada por el heredero —que es el caso del heredero voluntario—, hay un lapso en el cual la herencia, por no ser del causante ni del heredero, parece no ser de nadie.

(A) En un comienzo los romanos hablaron de la misma como de una *res nullius* o *sine domino*.

- Siendo así, quien se apoderase de una cosa de tal herencia no cometía *furiūm*. Y si bien éste es el principio general, en la época clásica se dan equitativas excepciones. Así, se comete tal delito si la cosa es poseída por un heredero o por un tercero que posee a cuenta de la herencia.
- Marco Aurelio creará la figura delictiva del *crimen expilatae hereditatis* (crimen de despojo de la herencia).
- Incluso, el mismo pretor nombrará un *curator* para cuidar de los bienes en beneficio de los acreedores.

(B) Si bien en la época clásica se continuó la configuración antigua, se comenzó a hablar de la *hereditas iacens* como de un patrimonio temporariamente sin sujeto.

Para poder solucionar los inconvenientes prácticos nacidos de la continuación de los créditos y las obligaciones, se recurría ya al criterio de referir tanto los beneficios como los perjuicios a la persona del heredero, ya a la persona del causante. Tanto uno como otro serán, en el ínterin, sustituidos por la *hereditas*.

(C) Se ha llegado por ello, interpretando la expresión comúnmente usada de que "la *hereditas* cumple las veces de la persona" ("*hereditas personae vice fungitur*"), a pensar que la *hereditas yacens* era una persona jurídica. Pero tal pensamiento no aparece del todo claro ni aun en los compiladores justinianeos.

USUCAPIÓ PRO HEREDE

(A) Mientras no apareciese un heredero —y siempre que no sucediesen las hipótesis de *furtum* vistas en el caso anterior—, se permitía que cualquiera entrara en posesión de la herencia a los efectos de usucapirla.

- Esta *usucapió pro herede* va a ser calificada por Gayo de *lucrativa* y de *improba*, ya que éste la admite incluso respecto del poseedor de mala fe, exceptuando de este modo el principio de la usucapió que exige la *bona fides*.
- Los motivos que se daban eran uno de índole económica: permitir a los acreedores tener a alguien con quien pleitear para cobrar sus créditos; y otro de índole religiosa: cuando el usucapiente continuaba la memoria de la religión familiar del difunto —*acra privata*.
- El plazo de la *usucapió* era el de un año, ya que como el objeto era la *liereditas*, no entraba en la categoría de "inmuebles", sino en la *de* "las otras cosas" (*ceterarum rerum*) de las XII tablas.

(B) Si aparecía un heredero, podía reclamar la herencia siempre y cuando no hubiese transcurrido el plazo de la *usucapió*; en caso contrario, la posición del usucapiente era incombustible.

(C) Pero desde los comienzos de la época clásica se consideró que lo usucapido no debía ser la *hereditas*, sino las cosas hereditarias en forma particular.

- Un senadoconsulto de Adriano permitirá la *usucapió pro herede* sólo en el supuesto de que el usucapiente fuera de buena fe, es decir, creyera ser heredero. En electo, concedió al verdadero heredero obtener la revocación de la *usucapió* del poseedor de mala fe.

IN IURE CESSIO HEREDITATIS

I. Los llamados *ab intestato* que no sean *sui* o *necessarii* pueden ceder su lugar en la herencia que les corresponde mediante una *in ture cessio*.

Los herederos testamentarios no pueden ceder sus derechos antes de la aceptación, teniendo en cuenta la voluntad del testador que los puso en forma personal en tal lugar. Una cesión semejante es nula.

II. En cambio, luego de aceptarla, es decir, después de entrar efectivamente en posesión

de la herencia, los testamentarios y también los *sui* y *necessarii* podían ceder sus derechos por una *in iure cessio*.

- La situación en estos casos era muy particular. Se entendía que las cosas eran transmitidas al adquirente. En cambio, los créditos hereditarios se extinguían por renuncia implícita, en tanto que las deudas quedaban siempre en cabeza del heredero cedente.
- La *in iure cessio hereditatis* desaparecerá aproximadamente en el siglo III d.C, al igual que la forma genérica de la *in iure cessio*.
- Un caso distinto al que aquí tratamos es el de la "compraventa de una herencia ya adquirida". Se solía usar la *mancipnatio* rigiéndose por las reglas genéricas de la compraventa.
- En este supuesto, a los efectos de poder ejercitar las acciones en favor y en contra de la herencia, se celebraban las *emptae et venditae stipulationes*, por las cuales el adquirente podía ejercitar las acciones en pro de la herencia adquirida y se hacia cargo de los efectos de aquellas dirigidas contra ella.

EFFECTO DE LA HERENCIA

COMUNIDAD HEREDITARIA

Entre todos los herederos surge un estado de comunidad, en virtud del cual cada uno participará, en su parte alícuota, de las cosas, de los créditos y de las deudas.

- En el derecho antiguo esta comunidad —*consortium*— era una forma muy particular, denominada *erctum non citum* (heredad no dividida), en la que, más que lo patrimonial, interesaba el estado jurídico-familiar de sus componentes.
- Más adelante será un estado de hecho, que se regirá como un *quasi excontracto*, semejante a la sociedad.
- La forma de poner fin a la comunidad hereditaria es mediante el ejercicio de la *actio familiue erciscmulae*.

ACRECIIMIENTO

En el caso de existir varios herederos —ya testamentarios, ya *ab intestato*— podía suceder que alguno de ellos no quisiera o no pudiera ser heredero. En ese supuesto, de manera automática, *ipso iure*, la porción que le correspondía pasaba a acrecer (*adscrescere*) la porción del otro o de los otros herederos.

El fundamento del *ius ad crescendi* reside en la vocación que —ya fuese por la ley, ya por la voluntad del testador— los herederos tienen de la *hereditas* considerada *in solidum*, por lo que el vacío dejado por alguno debe ser llenado por otro u otros.

(A) En el caso de tratarse de herederos *ab intestato*, si uno no podía o no llegaba a ser heredero, su porción era repartida entre los demás, agregándose a las suyas propias.

- Nótese, sin embargo, el caso del hijo que concurría con los dos nietos habidos de un hermano premuerto. Si no llegaba a ser heredero uno de los dos nietos, el acrecimiento beneficiaba a su hermano, pues ambos concurrían en representación del hijo premuerto, y no al tío.

(B) En el caso de la herencia testamentaria se pueden dar varios supuestos.

- 1) Si se deja a un solo heredero no toda la herencia, sino sólo parte de ella, se entiende que éste acrece por el todo, porque de lo contrario se estaría violando el principio de que "no se puede morir en parte testado y en parte intestado".

2) Si hay varios herederos respecto del todo, la norma será el acrecimiento, de tal modo que si no se ha hecho ninguna especificación corresponde que se haga entre todos los coherederos en forma proporcional a la cuota de cada uno de ellos. Pero puede ocurrir que en la institución de herederos se hayan realizado agrupamientos (*coniunctiones*) de entre algunos de ellos, por lo cual el acrecimiento se realizará sólo entre los herederos conjuntos.

- El modelo de este procedimiento sería el siguiente: "Que, Ticio sea heredero de la mitad de la herencia; que Mevio y Seio sean herederos de la otra mitad". En este supuesto, si Seio no llega a ser heredero, el acrecentamiento se producirá para Mevio —unido por la misma *coniunctio*— y no para Ticio.

3) Hay que recordar que conforme con las leyes caducarias —*les Iulia de maritandis ordinibus* y *lex Iulia et Papia Poppaea*—, la parte que debían recibir los *caelibes* (célibes) y la mitad de la que debían recibir los *orbi* (casados sin hijos) se volvía *caduca* e iba a parar finalmente al fisco.

- En realidad, estas leyes admitían un *tus capiemH* (permisión de tomar [esa *pars caduca*]) para los herederos *liberos habentei* (que tienen hijos) y, en su ausencia, para los legatarios *liberos habentes*, que asumirían un rol de herederos, y, finalmente, al fisco.

COLACIÓN DE BIENES

La colación (*collatio [bonorum]*) es la obligación que tienen en la sucesión *ab intestato* aquellos descendientes que ya por ser emancipados y contar por esta razón con un patrimonio propio, ya por otras causas, hubieran recibido favorecimientos del causante de denunciar dichos bienes y aportarlos al patrimonio en el que suceden al *de cuius*.

- El propósito evidente de esta institución es asegurar la igualdad de todos los herederos *ab intestato*.
- El primer caso que ocurre es el de los emancipados que piden la *bonorum possessio* de la herencia de su padre, bien por el llamamiento edictal *unde liberi*, bien *contra tabulas*. Sucedia acá que mientras los *sui heredes* habían quedado sometidos a la *patria potestas* colaborando en la formación del patrimonio, el emancipado —por ser *sui iuris*— tenía oportunidad de formar su propio patrimonio, resultando injusto que lo conservase y al mismo tiempo participase del patrimonio familiar. Por ello debía "colacionar" sus bienes, incrementando el patrimonio hereditario.
- Cuando el emancipado se presenta al pretor, éste le concede la *bonorum possessio* si aporta su patrimonio, dándole o prometiéndole a cada uno de los *sui heredes* mediante una *slipulatio*, o mediante una garantía (*cautio*) de hacerlo.
- El patrimonio del emancipado es considerado en forma total, salvo en aquellos rubros —como el peculio castrense— que aun siendo *suus /teres* no hubieran engrosado el patrimonio del *pater*.
- Cada emancipado debía colacionar por su cuenta, formándose en cada caso las proporciones de cuotas entre los *sui heredes* y dicho emancipado.
- Por evidente analogía, el pretor admitirá la *collatio dotis* (colación de una dote). Acontecía que si un *pater* había constituido una dote en favor de su hija —*alieni iuris* o emancipada—, ésta estaría en situación privilegiada respecto de sus hermanos, ya que de disolverse su matrimonio por muerte o por divorcio, la dote regresaba exclusivamente a ella.
- De manera similar al caso anterior, el pretor obligará mediante una *stipulatio* a la hija que pide la *bonorum possessio* a la colación de esa dote para compartirla con sus hermanos, siempre, por supuesto, de acuerdo con las respectivas cuotas de la herencia.
- A partir de Antonino Pío, la mujer —aunque no pida la *bonorum possessio*— está obligada a colacionar la dote, siempre que sea heredera por el *ius civile*.
- El emperador Gordiano la obligará a colacionar en favor de sus hermanos *sui heredes* como también de los emancipados, con lo cual se inicia el proceso de generalización de la *collatio bonorum*.

En la última época del Derecho Romano se determinará la generalización de la obligación de colacionar para los descendientes.

Así, por una constitución del 472 d.C, los descendientes —sucesores *ab intestato* o *bonorum possesores contra tabulas* — estaban obligados a colacionar lo recibido a título de dote o donación matrimonial en favor de los otros descendientes, estuviesen éstos emancipados o no.

Justiniano extenderá la obligación de colacionar respecto de toda adquisición que pueda ser entendida como un adelanto de la herencia en favor de uno de los descendientes, especialmente en el caso de las donaciones ordinarias.

Esta *collatio descendantium* configura, en forma genérica, la idea de un igual tratamiento hereditario —sin preferencias extratestamentarias— en favor de todos los descendientes.

RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS

Una vez operada la sucesión, la regla general es que, al unirse el patrimonio hereditario con el del heredero, ambos pasan a formar uno solo, confundiéndose los créditos y las deudas hereditarias con los del heredero.

I. Los acreedores del causante se unen con los acreedores del heredero, encontrándose, en principio, en un pie de igualdad para demandar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Mientras el patrimonio del heredero fuera suficiente y no estuviera cargado de deudas, no se presentaba ningún problema. Pero los acreedores del causante corrían el riesgo de encontrarse con un heredero cargado de deudas —*heres suspectus*— y no lograr así el cobro de sus créditos.

II. Por ello, el pretor concederá a esos acreedores del causante el beneficio de la **separatio bonorum** (separación de patrimonios), de tal modo que se entiende como no reunido el patrimonio del causante con el del heredero, y, al estar separados, podrán demandar sus créditos sobre los bienes hereditarios sin intromisión de los acreedores del heredero.

- Sólo pueden pedir la *separatio bonorum* los acreedores del causante, no los del heredero.
- Sin recurrir a la *separatio bonorum*, los acreedores del causante podían exigir al *heres suspectus* la prestación de fianzas que asegurasen el pago de los créditos. A esto se lo denominó la *satisdatio suspecti heredis*. De no acceder, se podía llegar a la *bonorum vendido* del patrimonio del heredero.

III. El heredero responde de las deudas hereditarias no sólo con los bienes de la herencia, sino con los suyos propios. Se habla entonces de una responsabilidad *ultra vires hereditatis* (más allá del monto de la herencia).

Acá se presenta un caso inverso al anterior, en tanto el heredero corría el riesgo de recibir una *hereditas damnosa* (herencia perjudicial), es decir, cargada de deudas.

- El heredero *suus et necessarius* tenía el remedio del *ius abstinendi*, lo mismo que el testamentario el recurso de no aceptar la herencia. Pero muchas veces el heredero, con el fin de preservar la memoria del causante y no dejarle la marca infamante de deudas impagadas —con la consecución de la *bonorum vendtlio*—, lo mismo aceptaba la herencia.
- Cuando el contenido netamente económico signe la transmisión hereditaria, el problema variará y se adoptarán otras medidas.

IV. Justiniano, para proteger al heredero contra una *hereditas damnosa* por la cantidad de deudas del causante, le otorgará a aquél el *beneficium inventarii* (beneficio de inventario), que significaba la limitación de la responsabilidad a los bienes del activo

hereditario. Se habla entonces de una responsabilidad **intra vires hereditalis** (dentro de las posibilidades de la herencia).

- Para lener el *benefirium inventari*, el heredero, dentro de los treinta días —computados desde la apertura del testamento o desde que éste se enteró de la delación de la herencia—, debe comenzar un inventario de los bienes del causante.
- Este inventario es realizado ante un *tabularius* (escribano) con citación do los legatarios, fideicomisarios y acreedores, que de estar ausentes se los icemplazaba por tres testigos. El plazo de realización de dicho inventario era de sesenta días. El heredero lo deberá suscribir firmándolo y declarando no haber realizado ninguna ocultación dolosa.
- El heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario irá luego pagando a los arreedoies de] causante a medida que aquéllos se vayan presentando * luMa acotar loi bienes dejados en la herencia.

PROTECCIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO

HEREDITATIS PETITIO

Cuando el heredero, conforme al *ius civile*, ve desconocida su situación de tal, puede ejercer contra aquel que pretende ocupar su lugar en los bienes hereditarios una *actio in rem* denominada *liereditatis petitio*.

- Esta *actio in rem* funciona de manera muy semejante a la *reivindicado*. La diferencia esencial reside en que esta última se debe ejercer para declarar que es propietario y por ende recobrar la posesión de una *res corporalis*; en cambio, la *hereditatis petitio* es para lograr la declaración de que es heredero, y en consecuencia le sea atribuida la *hereditas* como *universitas iuris*.

(A) Esta acción puede ser ejercida por quien se considere que es un heredero civil —por lo que debe probar su vocación hereditaria— contra:

- 1) quien afirme ser heredero —*pro herede*—, planteándose en consecuencia el problema de titularidad entre ambos;
- 2) quien esté poseyendo cosas hereditarias —*pro possessore*— sin alegar título alguno y esperando producir la *usucapió pro herede*;
- 3) el que hubiere simulado que estaba poseyendo cosas de la herencia —*possessor fictus*— y que responde, en este caso, por los daños y perjuicios ocasionados;
- 4) quien hubiere cesado dolosamente en la posesión de las cosas hereditarias por haberlas vendido.

(B) Si el demandado se niega a ser parte y en consecuencia no se puede entablar la *hereditatis petitio*, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem*, por el cual el poseedor debe restituir las cosas hereditarias.

(C) Por ser una *actio arbitraria*, el juez tiene amplias facultades respecto de lo que le debe ser restituido al actor victorioso.

(D) Los efectos principales de la *hereditatis petüio* serían los siguientes:

- 1) el poseedor vencido debe reintegrar la totalidad de las cosas hereditarias, fueren del *dominum ex iure Quiritum*, fueren por haberlas tenido el causante *in bonis*, ya se tratase de un comodato, de un *pignus*, etcétera;
- 2) se debían devolver también los frutos que se hubieran percibido y se poseyeran en el

momento de la *litis contestatio*; si se trataba de un poseedor de mala fe, debía devolver incluso los que hubiera dejado de percibir por no actuar diligentemente.

- En cuanto a las mejoras necesarias y útiles hechas por el poseedor, éste las puede recobrar negándose a reintegrar las cosas mediante una *exceptio doli*.

3) Si el demandado, con anterioridad a la *litis contestatio* ha vendido una cosa hereditaria, si era poseedor de mala fe se hacía responsable del menor precio que se hubiese obtenido de la cosa, con lo que debía reponer el valor total de la venta y daños acaecidos; si era poseedor de buena fe, debía devolver el precio obtenido con la venta, o por el que se hubiera enriquecido;

4) si se trataba de créditos ya cobrados, en principio el deudor no quedaba liberado, pero el heredero victorioso podía hacerse devolver los importes obtenidos por el vencido, aprobando las prestaciones realizadas.

(E) El heredero por el *ius civile*, en lugar de ejercer la *hereditatis petatio*, podía también ejercitar separadamente las acciones particulares o singulares, como reclamar un crédito hereditario o reivindicar el dominio de una cosa.

- Para estos casos el demandado tuvo en su beneficio una *praescriptio*, que luego se transformó en una *exceptio quod prueiudicium heredituti non fiat* (que no haya prejuzgamiento para la herencia), con el fin de que no resultara prejuzgado en relación con la herencia. El juez debía juzgar el caso concreto sin entrar a considerar para nada la cuestión sucesoria. En tanto se mantuvo como *praescriptio*, fue uno de los muy raros casos de esa parte de la iurisprudencia concedida en beneficio del demandado.

INTERDICTUM QUORUM BONORUM

Este interdicto *adipiscendae possessionis* (para adquirir la posesión) era otorgado a quien le correspondía la *bonorum possessio* con el fin de entrar efectivamente en posesión de la herencia.

A su vez, tenía el *interdictum quod legatorum* para recobrar la cosa de manos de quien la retuviese pretendiéndose legatario.

- Al *bonorum possessor*, para que pudiera ejercitar las acciones en favor y en contra de la herencia le eran concedidas por el pretor *actiones ficticiae* sobre la ficción de que fuera el heredero.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La herencia testamentaria tiene precedencia respecto de la herencia *ab intestato*, lo cual significa que muerta una persona lo primero que corresponde averiguar es ver si ha dejado expresada su voluntad en un testamento. De no ser así, o de haberse dejado testamento pero ser éste nulo o no existir herederos, entonces corresponde abrir la herencia *ab intestato*.

CONCEPTO DE TESTAMENTO

El testamento es un acto solemne de última voluntad por medio del cual se instituye heredero. Puede contener otras cláusulas —manumisiones, legados, dación de tutor—, pero, en principio, la eficacia de las mismas dependerá de la existencia de la **institución de heredero** (*heredis institutio*), de la cual Gayo dice bien claramente, resaltando su importancia, que es *capul el fundatum vi testamenti* (cabeza y fundamento del testamento).

- Es por ello que las definiciones de Ulpiano— "Testamento es la declaración, de acuerdo a derecho, de nuestra intención, hecha de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte"— y de Modestino —"Testamento es la expresión, de acuerdo a derecho, de nuestra voluntad respecto de lo que se quiere que se haga después de nuestra muerte"—, no obstante ser las dos únicas que surgen de los textos, no serían del todo exactas debido a que olvidan acentuar la existencia de la institución de heredero.
- Pero el mismo Ulpiano nos señala la importancia de este requisito —que distingue al testamento romano del vigente en otros pueblos antiguos— al decir en otro párrafo que con tres palabras se puede hacer testamento: "Lucio sea heredero" ("*Lucius heres esto*").

FORMAS DE TESTAMENTO

Testamentum calatis comitiis - Testamentum in procinctu. — Las fuentes hablan del primer tipo de testamento conocido : el que se celebraba ante las curias en los comicios convocados (*calatis comitiis*) dos veces por año —24 de marzo y 24 de mayo— y presididos por el pontífice máximo. Su sucedáneo en tiempos de apremio bélico era el, llamado *in procinctu* (en disposición de batalla), celebrado ante la formación militar. En ambos casos el *paterfamilias* habría enunciado en disposición de última voluntad ante sus conciudadanos, testigos (*testes*) entonces del *testamentum*.

(A) Pero, ¿sobre qué habría versado esa declaración de última voluntad? Desde los juristas romanos hasta el presente hubo una interpretación que extendía hasta esas instituciones el carácter patrimonialista que tomaron y tienen los actos de última voluntad. Según esa interpretación, pues, en aquel *testamentum* el *pater* habría nombrado uno o varios herederos —fueran o no de su grupo familiar— que, lo sucederían en el total de sus derechos subjetivos patrimoniales, tal como puede hacerlo hoy en día cualquier persona, por lo menos en los límites de una cierta porción garantida a ciertos herederos *ab intestato* denominada legítima .

(B) En cambio, interpretaciones recientes —basadas en las modalidades de la sociedad arcaica en lo que respecta el carácter político de la organización de la familia y el familiar de la propiedad, a lo prevaleciente de las situaciones y relaciones de status y poder (*mancipium*) sobre las patrimoniales— concuerdan en el carácter político y no patrimonial de aquel *testamentum*: se trataría de la designación primitiva de un verdadero sucesor en la jefatura del grupo familiar y no en la masa patrimonial. Esto explicaría la solemnidad y el interés público de esa expresión de voluntad: la comunidad toma cuenta de la continuidad de una de sus células primordiales.

Esas interpretaciones presentan dos líneas principales:

- 1) Una de ellas considera que ese *testamentum* es propio —y necesario— del tipo de familia grande o agnática: el *pater* debe elegir de entre todos los sometidos a su patria potestad a un único varón púber para que sea *heres*, el futuro *pater*. Cuando se produzca

la transición al tipo de familia *proprio iure* —cada una encabezada por cada uno de los *filiifamüias* que con la muerte del *pater* han devenido *sui iuris*—, el *heres* designado no sería ya, como antes, un único *pater* de una única familia agnática, sino que tendría a su cargo una de las resultantes familias *proprio iure*, pero conservando una cierta ascendencia moral de liderazgo sobre los otros flamantes *patres*, junto con el derecho a eventuales tutelas y cíuratelas sobre los miembros de la primitiva familia, con la atención de los cultos familiares —*sacra*— y, tal vez, con una parte especial —núcleo— del patrimonio : el *heredium*.

2) La otra interpretación entiende que el *tesiamentum* ya se refiere al sistema de la familia *proprio iure*: cuando existen *filiifamüias* varones púberes está asegurada la continuidad familiar a través de una o más familias —según el número de aquellos que serían automáticamente, de acuerdo con los principios de la sucesión intestada, *heredes sui*—; sólo si no hay varones púberes en su familia, el *pater* debe designar, previa incorporación al grupo por adopción, a un extraño. El *testamentum* que estamos tratando sería entonces una especie de adrogación con expresa finalidad de asegurar un jefe que continúe la familia.

En ambas interpretaciones el *heres* habría tenido la absoluta disposición del patrimonio familiar como jefe o gerente del grupo y no como sucesor individual de derechos patrimoniales

Testamentum per aes et libram. — En cambio, el primer tipo de testamento de índole patrimonial habría sido la *mancipatio familiae*, con el ritual de los actos *per aes et libram* (por el cobre y la balanza).

(A) En un primer momento se permitía que quien se encontrara en peligro de muerte hiciese ante otro —generalmente un amigo de aquél— una *mancipiacion* de todo su patrimonio —*mancipatio familiae*—, de tal modo que quien la adquiriese —*familiae emptor*— por un acto de buena fe —*fiducia*— se comprometiera a distribuir los bienes conforme con las instrucciones del testador.

(B) En un segundo momento, e interpretándose ampliamente el valor asignado por la ley de las XII tablas a la declaración —*nuncupatio*— en los actos *per aes et libram*—, se construirá una forma más típica de testamento. Si bien en éste continuará figurando el *familiae \emptor* para que el acto sea válido, el aspecto central será ahora la *heredis institutio*.

- Según nos lo narra Oayo, el procedimiento se llevaba a cabo del siguiente modo, en presencia de cinco testigos y del *librtpens*, y después de haberse escrito las tablas del testamento, el testador, por mera formalidad, mancipaba a un tercero —*familiae emptor*— su patrimonio. Este decía entonces. "Yo me encargo por mandato tuyo de custodiar tu familia y tu fortuna, y a fin de que puedas en derecho hacer tu testamento de acuerdo con la ley pública, sean por mí compradas por esta moneda de cobre y por esta balanza de bronce", golpeando luego con el as la balanza y dándole al testador, como forma figurada de pago, esa única moneda (*nummo uno*) El testador, a su vez, teniendo las tablas del testamento, expresaba. "De acuerdo con lo que está escrito en estas tablas y en esta cera, yo doy, ligo y testo, y por lo tanto vosotros, Quintes, dadme testimonio de ello".

- El testamento podía también ser oral. Pero de todos modos, el más seguro era el que se realizaba por escrito, en cuyo caso las denominadas tablas de cera eran cerradas con una cinta que llevaba impresos siete sellos: los de los cinco testigos, el del *hbrepens* y el del *familitic emptor*. La ventaja de este

testamento escrito residía, además, en que no se conocían las cláusulas romperse los sellos.

Testamentum praetorium. — Más adelante, el pretor considerará que la realización de la *mancipatio* podía ser obviada. Por ello determinará en su edicto que concederá la posesión hereditaria —*bonorum possessio*— a todo aquel que le presente su nombre escrito en las tablas del testamento selladas por siete testigos sin preocuparse de la probanza de las formalidades de la *mancipatio*. Esta *bonorum possessio* será *secundum tabulas* (según las tablillas).

- De este modo, pues, durante la época clásica va a funcionar un testamento civil -con las formalidades de la *mancipatio*— que otorga la *hereditas* y un testamento pretoriano en virtud del cual se otorga la *honorum possessio*.

Testamentum per scripturam. — En la época posclásica, las dos formas de teátar se van aproximando entré sí. Por una disposición de Teodosio II y Valentiniano III (año 439 d.C.) se determinó que el testamento debía ser presentado —abierto o cerrado— ante siete testigos, cada uno de los cuales no sólo debía poner su sello —*signum*—, sino también ser nombrados como tales en eí texto —*superscriptio*— y luego firmarlo al pie —*subscriptio*—. Igualmente se habría pedido la *subscriptio* del testador, que de negarse o no poder hacerlo, debía agregarse un octavo testigo.

- Por una constitución posterior de dichos, emperadores —año 446 d. G— se determinó que si el testamento era *holographa manu* (por mano que lo ha escrito todo), es decir, escrito por el testador de su propia mano, no eran necesarios los testigos.
- Esta disposición del año 446 no fue recepcionada por Justiniano; pero, sin embargo, se la aplicó en la *lex romana Burgundionum*.
- Se admitió también un testamento oral —*nuncupativo*— que estaba reglado desde la constitución del año 439 d C. Por este testamento se debía hacer conocer la voluntad del testador a los siete testigos, quienes, una vez muerto aquél, debían a su vez dar a conocer dicha voluntad. Tal procedimiento resultaba más inseguro que el que se expresaba en las tablillas, por las dificultades propias que se engendraban al no quedar nada por escrito.

Testamentum tripartitum. — Justiniano, tomando como base la constitución del 439 d.C, establecerá las bases del *testamentum trípartitum*, llamado así porque sus reglas emanan de tres derechos distintos. Así, se ha tomado del *ius civile* la unidad de acto —propia de la *mancipatio*—; del *ius honorarium*, el número de los siete testigos y los sellos, y de las constituciones imperiales, las firmas de los testigos y del testador.

Testamentos especiales. — Hay ciertos testamentos que por razones singulares se apartan de algunas de las formalidades ya explicadas.

(A) En el testamento de los soldados (*testamentum miltum*), éstos, como decía Gayo, lo hacen "como quieran o como puedan", quedando dispensados del cumplimiento de las formalidades ya descriptas y libres, por lo demás, de ciertas normas sustantivas.

- Esta ventaja concedida a la *imperitia* y *simplicilas* de los soldados fue dada primeramente por Julio César —aunque sólo por un tiempo determinado—; luego la continuaron los emperadores Tito, Domiciano y Nerva, y, finalmente —por mandato a los gobernadores de provincias—, Trajano.
- Admitido por Justiniano, no se lo extenderá sino a las personas en servicio, no otorgándosele a quienes estuvieren de licencia en sus hogares ni tampoco a los veteranos.
- El requisito esencial era que no existiera duda alguna acerca de la institución de heredero. Pero al margen de esta circunstancia, no estaban sujetos al principio de que "nadie puede morir en parte testado y en parte intestado"; podía haber varios testamentos válidos y legar en ellos más de lo indicado por la *lex Falcidia*; no se admitía contra tal tipo de testamento la *querela inofficiosi testamenti*.

(B) En los testamentos celebrados en tiempos de epidemia —*testamentum pestis tempore*— se dispensaba el requisito de la unidad de acto, pudiéndose reunir los testigos en forma separada y en momentos distintos.

(C) En los testamentos celebrados en zonas rurales (*testamentum ruri*), por la dificultad de encontrar testigos se exigían solamente cinco. Y si uno o varios no sabían escribir, bastaba que los otros firmaran por ellos.

(D) Si el testador era ciego o no sabía escribir podía —desde la época del emperador Justino— dictar su testamento en forma oral. Más tarde pudo también testar por escrito utilizando un octavo testigo que supiera escribir o dictándoselo a un escribano (*tabularius*).

(E) Si el testamento era otorgado en favor de la Iglesia o de instituciones pías, podían obviarse algunas formalidades e, incluso, prescindir de ellas, en favor de la validez de las disposiciones testamentarias.

(F) Por una disposición de Constantino —acogida por Teodosio II y por Justiniano— se determinó que si un *pater* hacía disposiciones en favor de sus hijos y descendientes llamados a heredar *ab intestato*, aunque no fuera formalmente un testamento, podía valer como tal —*testamentum parentis inter liberos*— mientras no contuviera alguna disposición en favor de tercero.

APERTURA DEL TESTAMENTO

Está reglamentada a partir de la *lex Iulia de vicésima hereditatum* (época de Augusto), la cual estableció un impuesto del 5 por ciento sobre las herencias.

El testamento, que generalmente se confiaba a un amigo o se depositaba en un templo, era abierto ante el pretor y en presencia de los responsables del cobro del impuesto y de los testigos que lo habían sellado. A estos últimos se les inquiría sobre si reconocían como propios los sellos, luego de lo cual el testamento era abierto y leído. Los interesados podían examinarlo, dándoseles ocasión para que sacasen copias de él. Finalmente, era sellado y archivado.

CODICILLOS

Codicillus (diminutivo de *codex*) es una disposición de última voluntad, hecha de manera informal, por medio de la cual el causante ruega a otra persona —generalmente al heredero instituido— que cumpla un determinado deseo.

- En un principio, sólo tuvieron fuerza moral de cumplimiento. Pero fue Lucio Léntulo —el mismo que había introducido los fideicomisos— quien provocó una nueva situación cuando, en África, ya próximo a morir, escribió codicilos en algunos de los cuales rogaba al propio Augusto que hiciese ciertas cosas por fideicomiso. El César siguió estas recomendaciones y los demás continuaron su ejemplo. Tanto fue así, que la propia hija de Léntulo pagó legados a los cuales no estaba obligada por derecho estricto.
- Interesado en la cuestión, Augusto requirió la opinión del jurista Trebacio, quien los consideró muy útiles y necesarios para los ciudadanos que "a causa de las grandes y prolongadas peregrinaciones que hacían entonces, durante las cuales, si había imposibilidad de hacer un testamento —por ejemplo, por las formas—, al menos podrían -hacerse codicilos". Luego, habiendo hecho codicilos el mismo Labeón —

jefe de la escuela proculeyana, no afecta a la política de Octavio—, ya nadie dudó acerca de la relevancia jurídica de aquéllos.

I. Podían darse dos clases de codicilos.

(A) **Codicilos confirmados** por testamento, que eran aquellos previstos en un testamento anterior o confirmados por uno posterior. Se los consideraba como parte integrante del testamento, de cuya validez dependían

Podían contener todo tipo de disposiciones, legados, manumisiones, etcétera, salvo institución de herederos o desheredaciones. Esta —aparte de las formas exigidas— era la gran diferencia que los separaba de los testamentos.

(B) **Codicilos no confirmados** en testamento o *ab intestato*. Si bien estaban admitidos, se entendió que por medio de ellos sólo se podían hacer fideicomisos —ya universales, ya particulares— o revocaciones de los mismos.

II. En cuanto a las formas, desde un comienzo el codicilo no estuvo sujeto a ninguna exigencia. Pero desde la época de Constantino, y más tarde en la de Teodosio —coincidente con una cierta aproximación entre testamento y codicilo—, comenzó a requerirse la formalidad testamentaria de siete testigos.

Justiniano estableció —diferenciando nuevamente ambos negocios *mortis causa*— que para el codicilo era necesario solamente la presencia de cinco testigos.

Se acostumbró igualmente a establecer en el testamento la cláusula codiciliar, por la cual, si el testamento, por alguna causa, carecía de valor como tal, de todos modos pudiera seguir teniendo efectos como codicilo. Por esta razón se lo entendía como un fideicomiso —las instituciones de heredero como fideicomiso universal, los legados en fideicomisos particulares y las manumisiones directas en fideicomisarias.

Incluso, en la época justiniana se llegó a considerar que aquella cláusula quedaba sobreentendida cuando no constaba expresamente.

CAPACIDAD DE TESTAR Y CAPACIDAD DE SER INSTITUIDO POR TESTAMENTO

Los romanos empleaban la expresión *testamenti factio* para referirse a la capacidad de otorgar testamento, de intervenir como testigo, de ser heredero o legatario o de obtener cualquier favorecimiento por disposición testamentaria, como, por ejemplo, una designación como tutor.

Se suele distinguir entre *testamenti factio activa* —cuando nos referimos al testador— y *testamenti factio passiva* —cuando nos referimos a los testigos, herederos, legatarios, etcétera.

Testamenti factio activa. — La regla general es que la persona que quiera disponer por testamento debe estar en posesión de los tres *status*: ser libre, ciudadano romano y paterfamilias. Además, debe gozar de la capacidad de hecho para poder hacerlo.

- Hay, sin embargo, excepciones: el *servus publicus* (esclavo público) que puede disponer hasta la mitad de su peculio, y los *filiifamilias* que pueden disponer por testamento hasta el monto de su

peculum castrense y quasi castrense.

- Por faltarles capacidad de hecho, no pueden hacer testamento (A) los impúberes; (B) el *furiōsis* —salvo en sus intervalos lúcidos— y el *mente captiis*; (C) el pródigo; (D) en la primera época, los que padecieran de total mudez o de sordera, por no poder expresar, los primeros, las palabras solemnes correspondientes al acto, y los segundos, por estar incapacitados para escucharlas. Posteriormente, Justiniano permitirá como válidos los testamentos efectuados por ciertas personas, letrados y eruditos, aun cuando hubieran perdido el habla o la condición de oír; (E) tal cual lo dijimos antes, el ciego pudo hacerlo a partir de Justino.
- En principio, las mujeres no podían testar; pero sí podían hacerlo cuando, estando sometidas a la tutela de su sexo, lograban liberarse mediante una *coemptio fiduciaria*. A partir de un senadoconsulto de Adriano podrán hacerlo con la *auctorilas* del tutor. Cuando desaparece la *tutela mulierum*, las mujeres quedarán en libertad de testar.
- En cuanto a la facultad de manumitir por testamento, que la *lex Aelia Sentia* establecía en la edad de 20 años para producir los efectos allí señalados, Justiniano la reducirá a los 18 años cumplidos.
- Referente al requisito de ser ciudadano romano, quedarán exentos los latinos *veteres* y los *coloniarii*; no, en cambio, los *iuniani*.
- El peregrino puede hacer testamento conforme a su *itis civile*; pero tal derecho no se le reconoce, en cambio, al peregrino dediticio.

La *testamenti factio activa* se debe tener tanto en el momento de la *factio* del testamento como en el de la muerte del testador.

- Si el testador cayese prisionero del enemigo, el testamento no perdía validez si aquél volvía a Roma —ius *postliminii*—; o si moría prisionero del enemigo —*fictio legis Corneliae*.

Testamenti factio passiva. — En principio la posee el que tiene los tres *status*. Pero se pueden dar varios supuestos.

(A) Así, los *fūii* y los esclavos pueden ser instituidos herederos o legatarios, pero lo que logren pasa al patrimonio del *pater*. La aceptación tiene que ser hecha por autorización del *pater* o del *dominus*, respectivamente.

El esclavo puede adquirir del dueño por testamento, si al mismo tiempo es manumitido en el mismo testamento.

(B) En cuanto a los *latini iuniani*, si bien tendrían esta facultad, la parte que les perteneciese se volvía *caduca* e iba a parar al fisco, a menos que adquiriesen la ciudadanía en el plazo de aceptación de la herencia (*oretio*).

(C) En cuanto a las personas inciertas (*incertae personae*), es decir, aquellas no claramente instituidas, como ser las que resultasen de una situación como la siguiente: "Que sea mi heredero el primero en venir a rendirme las honras fúnebres", no podían ser herederos.

- Entraban en la categoría de *incertae personae* los hijos postumos —los que nacen después de la muerte del causante—. Pero, desde el principio se reconoció la *testamenti factio passiva* a los *postumi* del causante, quedando la inhabilitación para los *postumi alieni* —hijos postumos de terceros— que pudieron, sin embargo, adquirir la *bonorum possessio secundum tabulas*. Y más adelante, en la época de Justiniano, no se establecieron distinciones y se los admitió como herederos.

- En un principio entraron también los municipios y corporaciones, si bien luego de una lenta evolución se les admitió la capacidad de heredar. Igualmente al estado romano, a la Iglesia y a las corporaciones pías. Del mismo modo, el dejar la herencia a los dioses —en la época pagana—, a Dios o a los santos —en la época cristiana—, irá en provecho, bien del estado romano, bien de la Iglesia.

D) En cuanto a las mujeres, por la *lex Voconin* se les prohibió adquirir como herederas

por testamento de quienes estuvieran en la primera clase —los más ricos, que eran aquellos que poseían una fortuna superior a los 100.000 ases—, aunque, de todos modos, podían adquirir por legados hasta una cantidad igual a la de los herederos.

- Esta ley, atibuida al tribuno Voconio Saxa —año 169 a. C.—, pretendía evitar la existencia interesada de vínculos hereditarios, pero a comienzos del Imperio comenzó a caer en desuso.

(E) Por la *lex Julia de viaritandis ordinibus* —año 17 a.C.—, y por la *lex Papia Poppaea* —año 9 a.C.—, con el fin de fortalecer a la familia romana se dispusieron una serie de incapacidades respecto de aquellos que no se casaban; o que casados, no tenían hijos.

- Estas leyes —denominadas "caducarías" porque la parte de los sancionados se vuelve *caduca* en favor del fisco— determinaban que los *cae libes* —hombres que estuviesen entre los 23 y 60 años y mujeres de entre 20 a 50— que no se casaban perdían lo que hubieran adquirido por herencia o legado. Otro tanto ocurría con los *orhi* —hombres de la edad antedicha, casados y sin hijos y mujeres con menos de tres hijos (ingenuas), o con menos de cuatro (libertas)—, que perdían la mitad de lo que les correspondía. También el *pater solitarius* —viudo sin hijos— entró, quizás, en esta categoría.
- Igualmente el cónyuge que estuviese en similares circunstancias sólo podía, en principio, adquirir del otro una décima.

La *testamenti factio passiva* se debía tener no sólo en el momento de la *factio* del testamento, sino también en el momento de la muerte del testador. A estos dos requisitos —época clásica—, Justiniano agregaría el de ser capaz en el momento de aceptarse la herencia —doctrina de los tres momentos.

CONTENIDO DEL TESTAMENTO

Institución de heredero. — El fin esencial del testamento romano es designar uno o varios herederos a los efectos de ocupar la situación jurídica que tenía el causante. De allí la importancia que poseía la *heredis institutio* (institución de heredero), de la cual va a depender la eficacia de todas las otras cláusulas que pueda contener este negocio de última voluntad.

- Por ello es que la cláusula de la institución de heredero debía, en la época clásica, figurar al comienzo. Las otras cláusulas, tales como los legados, los fideicomisos, la dación de tutor, la manumisión de heredero, serán ineficaces si no figura aquélla; o nulas, si el heredero no acepta la herencia.
- En la época justiniana este principio se debilitará un poco. Se permitirá que la *lieredh institutio* figure en cualquier parte del testamento, y no necesariamente a la cabeza; incluso, dada la vigencia que tenía el codicilo —que no requería la institución de heredero—, la línea de separación entre éste y el testamento se irá desdibujando mucho.
- La formulación debe ser imperativa. Así, la forma corriente es: "*Titius heres esto*" ("Que Ticio sea heredero"). También se permite, en la época clásica, esta otra forma: "*Titium lieredem esse iubeo*" ("Ordeno que Ticio sea heredero").
- En cambio, una forma no tan directa como "quiero que Ticio sea heredero" no es válida en la época clásica. Esta rigidez se atenuará en la época de Constantino, quien permitirá (año 320 d.C.) un empleo más libre de las palabras e, incluso, que puedan ser formuladas en griego.

(A) La institución de heredero —como supone una sucesión universal— no podía ser hecha respecto de una cosa determinada. En efecto, el heredero lo es de toda la herencia o de una parte si concurre con otros, pero instituirlo *ex re certa* (respecto de una cosa determinada) repugnaría al derecho. Sin embargo, como aplicación de un principio de

validez del testamento —*favor testamenti*—, se lo tendrá por válido como si la cláusula "por cosa determinada" no se hubiera escrito.

- Esta interpretación arranca de Sabino. Pero en la época clásica se determinará que cuando se produzca la división de la herencia, el *arbiter* (arbitro) en la *aclio famitiae erciscundae* • tratará de adjudicar las cosas según la voluntad del testador, compensando los sobrantes en dinero y repartiendo proporcionalmente las deudas.
- Probablemente, la institución *ex re certa* haya tenido en su origen algo que ver con la adjudicación del predio, en tanto éste era un elemento fundamental para un pueblo de mentalidad agícola como el romano.
- En la época de Justiniano, a estos herederos se los llama adjudicatarios de un prelegado o que están en la situación de legatarios (*loco lega-tariorum*), de tal modo que no se les permite reclamar más que la cosa atribuida por el testador.

(B) La institución de heredero puede subordinarse a un plazo o una condición suspensivos, pero no resolutorios.

- Ello se expresa en una regla que dice "*semel heres semper heres*" ("una vez heredero, se es siempre heredero"), con la cual se destaca la no limitación temporal una vez que se ha establecido quién es el heredero; en la suspensiva, en cambio, hasta que no se cumpla la condición —o el plazo—, no llega el instituido a ser heredero, lo cual no va contra la regla mencionada.

(C) La institución puede ser respecto de un heredero o respecto de varios. En esta última circunstancia —salvo lo dicho para el caso especial de la institución *ex certa re*—, la división se hace por fracciones o cuotas numéricas.

- El sistema romano es a este respecto duodecimal, de tal modo que todo el patrimonio —*as*— se divide en doce onzas (*unciae*). Así, *uncia* = un duodécimo; *sextans* = sexta parte o dos *unciae*; *quadrans* = cuarta parte o tres *unciae*; *triens* = tercera parte o cuatro *unciae*; *quin-cux* = 5 *unciae*; *semis* = mitad o 6 *unciae*; *septunx* = 7 *unciae*; *bes* = 8 *unciae*; *dodrans* = 9 *unciae*; *dextans* = 10 *unciae*; *deunx* = 11 *unciae* y *as* = el todo o doce *unciae*.
- No es necesario que el testador haga una asignación detallada; en tal caso se distribuye en partes iguales.
- Si instituyera a un solo heredero y le dejara un número limitado de cuotas, por ejemplo 0 onzas, el resto no podría ir a los herederos *ab intestato* porque, salvo el caso del testamento militar, no se puede morir en parte testado y en parte intestado". En ese supuesto, las cuotas se aumentan hasta agotar el capital íntegro.

Substitución de herederos. — Se puede dar el supuesto de la sustitución de heredero a fin de que si el heredero instituido en primer término no puede llegar a serlo, lo sea otro u otros. Los romanos conocieron tres clases de sustitución.

(A) **Substitución vulgar** (*substitutio vulgaris*). — Ocurre cuando se instituye un heredero substituto para el caso de que el instituido en primer término haya premuerto en relación al causante o haya repudiado la herencia.

- Así, por ejemplo: "Que Ticio sea mi heredero. Si no llegara a serlo, que lo sea Mevio." El propósito evidente es asegurar el cumplimiento del testamento.

(B) **Substitución pupilar** (*substitutio pupillaris*). — Ocurre cuando el testador instituye heredero a un *filius* impúber, designando a otro como substituto para el supuesto de que aquél falleciese antes de llegar a la pubertad.

- En este caso estaríamos ante una situación de este tipo: "Que mi hijo Ticio, impúber, sea mi heredero. Pero si llegare a morir antes de ser púber, que lo sea Mevio." Este supuesto es el que se presentó en la célebre *causa Curiana*.
- Cabe advertir acá que el testador estaría haciendo no sólo su testamento, sino prehaciendo el

testamento del heredero. Por ello, durante la época clásica se lo consideró al substituto un heredero del impúber. Esta capacidad nacería para el *pater* del ejercicio de la *patria potestas*.

(C) **Substitución quasi pupilar** (*ad exemplum pupularis substitutionis*). — En la época justiniana se admite que si el *pater* instituye como heredero a un *filius* demente (*furiosus*), debido a la enfermedad que éste padece se le permite —a semejanza del caso anterior— instituirle un substituto para la eventualidad de que llegase a morir sin haber recobrado la razón.

- Si el demente tiene descendientes, el heredero substituto debe ser elegido de entre ellos; de lo contrario debe ser elegido un descendiente del *de cuius*; si no existe, cabe la libre elección.

INVALIDEZ Y REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

I. Un testamento puede resultar inválido por diversas causas. La terminología utilizada por los romanos era la siguiente.

(A) Se llama *testamentum inhtstum* o *non iure factura* (no hecho de acuerdo a derecho) aquel al que le faltan requisitos de forma, verbigracia, los testigos— o de fondo — verbigracia, la *testamenti factio* del testador o del heredero—. En estos casos el testamento es nulo desde el inicio.

(B) Un testamento válido en cuanto a sus formas y requisitos de capacidad puede ser, sin embargo, *inutile* cuando el testador ha cometido la preterición de un *heres suus*.

(C) Siendo inicialmente válido, se puede volver con posterioridad *irrituik* (anulado) en el supuesto de que el testador haya caído en una *capitis deminutio* —aunque fuere mínima— y sin perjuicio de lo establecido a propósito del *ius postlimi-nii* * y de la *fictio legis Corneliae*.

(D) También se puede volver *ruptum* (quebrado) para el supuesto de que con posterioridad naciera un *heres suus* —varón—, por cuanto quedaría preterido.

(E) También se puede volver *desertum* (abandonado) o *destitutum* (frustrado) para el supuesto de que los herederos hayan premuerto respecto del testador, o porque no se acepte la herencia, o cuando, sujeta la institución de heredero a una condición suspensiva, ésta no se cumpliera.

II. A su vez, un testamento puede ser revocado. Se entiende por revocación la invalidez de un testamento por una declaración contraria del testador.

(A) En el primitivo derecho —dada la rigidez de las formas para hacerlo—, la idea de revocación resulta extraña al Derecho Romano. Pero luego —a medida que se va aceptando sobre todo la forma del testamento pretoriano— se va a entender que todo testamento puede ser revocado por el otorgamiento de uno nuevo.

- La facción de un testamento nuevo revoca al anterior, aunque el nuevo se torne *desertum* por no aceptar los herederos en él instituidos la herencia.

(B) Si el testamento resulta destruido en su materialidad o el testador ha roto la cinta que con sus respectivos sellos lo mantenían cerrado, el testamento carece de valor. En

este supuesto el pretor denegará a los herederos designados la *bonorum possessio secundum tabulas*, otorgando, en cambio, una *bvno-rum possessio intestati* a los herederos legales *ab intestato*.

- Esta última será *cum re*, o sea, con posesión definitiva de los bienes hereditarios.

(C) Cuando llegamos al derecho posclásico, se van afirmando dos formas de revocación. La primera era de carácter formal y debía hacerse por el testador mediante una declaración jurada ante cinco testigos, con el fin de incluir herederos *ab intestato*. La segunda era informal, ya por el otorgamiento de un nuevo testamento o por la destrucción o apertura intencionada del testamento por parte del testador.

(D) En la época de Justiniano se puede revocar el testamento por la simple declaración de voluntad manifestada por el testador ante tres testigos o ante la autoridad judicial, una vez transcurridos diez años de haber sido otorgado.

SUCESION CONTRA EL TESTAMENTO

En principio el testador tiene una genérica **libertad de testar**, en virtud de la cual — como ocurrió en un comienzo— el *pater* podía desheredar a alguno o a todos sus *filiifamilias*. Esta libertad, que supone un grado marcado de individualismo, puede contrariar los intereses de aquellos familiares llamados a heredar al causante conforme con las reglas de la herencia *ab intestato*, intereses que se enmarcaban en un principio de comunidad familiar.

Este conflicto tendrá, a través del tiempo, planteos distintos. En efecto, por un lado se tratará de garantizar a los herederos legítimos contra ciertas deficiencias formales habidas en el testamento. Se trata acá de la sucesión necesaria formal. En cambio, a partir de un muy interesante desarrollo, se irá admitiendo que, no obstante no haber deficiencias formales, aquellos herederos legítimos pueden, sin embargo, reclamar contra el testamento que los excluyó. Se tiene, entonces, la sucesión necesaria material.

LA SUCESIÓN NECESARIA FORMAL

En el viejo rus civil, el testador tenía un deber respecto de los filiifamilias, puesto que, si bien era libre ya de instituirles herederos, ya de desheredarlos, lo que no podía hacer era preferirlos, es decir, silenciarlos no nombrándolos en el testamento,

- La *exheredatio* debía hacerse al comienzo del mismo testamento empleando las palabras utuales, aunque de significado contrario a las que habíamos visto en la "institución de heredero". Así, por ejemplo: "Tirios *filiis meus exheres esto*" ("Que Ticio, hijo mío, sea desheredado").
- A fines de la República se acostumbrará a que los hijos sean desheredados en forma nominativa (*nominatim*), es decir, nombrándolos por su nombre propio. En cambio, las hijas y otros descendientes podían ser desheredados en bloque —*Inter ecteros*—. Verbigracia: "Que mi hijo Ticio sea heredero y que los restantes sean desheredados".
- En virtud de la regla mencionada, si luego de hecho un testamento nacía un *filius* del testador, se volvía *nuptum*, por lo que perdía validez. Para poder prevenirse respecto de los herederos postumos —nacidos después de la muerte del testador— se admitió la *exheredatio* de éstos.

I. El efecto de la preterición de un *heres suus* era el de arrastrar la nulidad del testamento. Sin embargo, por una interpretación posterior debida al tribunal de los centüniros se admitió que este efecto sería sólo si el preterido fuera un *filius*. En cambio, si se trataba de la hija o del nieto, se interpretaba que a la persona omitida se la tuviera "como por inscripta" (*quasi scripta*), participando de una parte igual a la de los otros herederos, si éstos eran *heredes sui*; y con la mitad de la herencia, si se trataba de "herederos extraños".

II. El pretor continuará con las normas ya señaladas, poniéndolas en coordinación con la *bonorum possessio*.

(A) Todos los hijos varones debían ser instituidos o desheredados en forma nominativa. Pero con que se presentase un solo caso de preterido, el testamento se convertía en nulo, por lo que correspondía abrir la herencia *ab intestato*, concediéndoles a todos los interesados y llamados en la clase *unde liben* la *bonorum possessio*.

(B) Si se trataba de nietos —debían también ser instituidos o desheredados en forma "nominativa"— o de hijas, o de la *uxor in manu* —podían ser desheredadas en forma global—, el testamento no se volvía *inutile*, pero a los preteridos se les concedía la *bonorum possessio contra tabulas* (contra las tablillas [del testamento]).

- Esta *bonorum possessio contra tabulas* será siempre *cum re*, a la que el pretor le otorgaba mayores ventajas que a las concedidas por el *ius civile*. En efecto, si se pieteria a una hija y los heiederos eran sus hermanos, seguía teniendo aquélla una "cuota viril" —una parte igual a la de ellos—; pero si era respecto de extraños, entonces éstos quedaban excluidos por la totalidad, mientras que por el *ius civile* mantenían la mitad.
- Por un resciito de Antonino Pío se restringió nuevamente su situación y sólo pudo adquirir la mitad que le correspondía por el *ius civile*.

III. En el derecho posclásico —sobre todo a partir de la época de Constantino, quien no consideró necesario el empleo de palabras formales en los testamentos— bastaba cualquier forma para instituir o desheredar.

Pero Justiniano precisó que, tanto para un descendiente varón como para uno mujer, era necesaria la desheredación nominativa, suprimiendo en cambio la global (*ínter ceteros*).

- La consecuencia más importante de esta equiparación era que la pie-terición —se tratase ya de un hijo, un nieto o una hija— arrastraba la nulidad del testamento, abriéndose la herencia *ab intestato*.
- Dejó, sin embargo, establecida una diferencia para el hijo emancipado, cuya preterición no arrastraba la nulidad, puesto que podía pedir la *bonorum possessio contra tabulas*.

LA SUCESIÓN NECESARIA MATERIAL

Al declinar los tiempos republicanos, el auge del individualismo y hedonismo, la liberación de las costumbres y la disolución de la familia tradicional llevaron a que algunos romanos realizaran muchas veces sus testamentos de acuerdo con una muy personal afectividad, olvidando en absoluto los deberes que el estado de familia les imponía respecto de sus hijos, mujer u otros parientes. Cuando el testamento era válido y no había deficiencias formales como las ya analizadas, los antedichos se encontraban, por el capricho muchas veces fantasioso del testador, sin el goce de la herencia y sin poder reclamar nada por la vía judicial.

Es entonces que los juristas —sobre la base de que el testador no cumplía en esos casos con el deber familiar y había obrado *contra officium pietatis* (contra el deber del afecto) — comenzaron a hablar de que el testamento resultaba *inofficio-SIMI* (contrario al deber).

Querela inofficiosi testamenti.— En virtud de estas ideas es que se admitió un procedimiento especial denominado la *querela inofficiosi testamenti*. Por su intermedio, más que polemizar sobre lo estrictamente jurídico, se admitía una amplia discusión sobre si el testador había infringido o no el *officium pietatis* respecto de sus parientes próximos, por haberlos excluido del testamento o haberles dejado bienes en cantidad muy menguada.

- El procedimiento comenzó a tramitarse —por lo menos para las grandes sucesiones— ante el tribunal de los centunviros; para las más pequeñas se admitió el procedimiento formulario y más tarde el *extra ordinem*.
- La forma especial que revestía este juicio permitía amplios debates que daban lugar al lucimiento de los oradores, máxime porque debía argumentarse para cada caso en particular. Muchas veces el juicio dependía de la eficacia de los argumentos empleados, siendo interesante señalar que uno de los más empleados era suponer que el testador que había olvidado de modo tan impío a sus parientes próximos lo hacía porque habría obrado bajo los efectos de una perturbación mental (*color insaniae*).
- Luego se admitió, sin necesidad de recurrir a la ficción de la insanía —que, obviamente entrañaba la nulidad inicial del testamento— que éste era *inofficiosum* por la mera violación de la *legitima*, es decir, una determinada proporción de lo que legítimamente hubiera correspondido si la sucesión hubiera sido *ab intestato*.

I. La *querela inofficiosi testamenti* fue lentamente estructurada sobre la base de determinadas condiciones de ejercicio.

(A) Tenía la facultad de ser ejercitada por los hijos del testador que se hubieran podido presentar a la herencia *ab intestato* —tanto civil como pretoriana— y alcanzaba también a los ascendientes y a los hermanos.

- Por una constitución de Constantino se excluyó a los hermanos uterinos —es decir, los nacidos de una misma madre aunque de distintos padres—, pero admitiéndosela para los hermanos consanguíneos —del mismo padre y de distinta madre— y para los germanos —del mismo padre y de la misma madre—, pero siempre que el heredero testamentario fuese una persona indigna (*turpis persona*).

(B) Sólo podía ser intentada en el plazo de cinco años y no se transmitía a los herederos del legitimado.

- Por una constitución del año 258 d. C. se estableció que respecto de los *minores* esta prescripción de cinco años sólo comenzaba a ser computada a partir de que tuvieran 25 años.

(C) La *querela* era llevada a cabo contra el heredero, o herederos, instituidos en el testamento. De progresar su efecto, se anulaba el testamento, abriéndose la sucesión *ab intestato*.

- Sin embargo, no todo el testamento resultaba nulo. Seguían siendo válidas cláusulas como manumisiones, legados, nombramientos de tutores.
- Incluso podía suceder que ciertas instituciones de herederos continuaran teniendo valor. Casos de este tipo eran, por ejemplo, la del instituido heredero que ya anteriormente había resultado victorioso en otro proceso de *querela*; o la del heredero instituido juntamente con otro y respecto de los cuales un hermano del testador había iniciado *querela*, triunfando en uno de los casos pero siendo derrotado en el otro por no poder probar que se trataba de una *turpis persona*.
- En estos supuestos se admitía como excepcional la derogación de la regla de que nadie puede morir en

parte testado y en parte intestado.

(D) El querellante debía demostrar no sólo su eventual vocación hereditaria *ab intestato*, sino que además había sido perjudicado por su exclusión —caso éste en que el perjuicio era evidente— o por la disminución de la parte que le correspondía.

En un principio, los jueces apreciaban de manera muy libre cuándo debía progresar la *querela*, pero luego se fue admitiendo —por influencia de la *jex Falcidia*— que para poder progresar era necesario que el heredero quejoso hubiera recibido menos de un cuarto de la porción debida según el régimen legítimo *ab intesiato*.

II. Se planteaba acá una evidente inconsecuencia, ya que si el testador hubiera dejado al heredero esa cuarta parte de la herencia, éste no tendría más derecho a pedir la *quierela inofficiosa testamenti*; en cambio, si le dejaba menos de esa parte "legítima", entonces, por la *querela*, obtenía la caída del testamento y con la exclusión del heredero testamentario podía, eventualmente —de no existir otros herederos— quedarse con la totalidad de la herencia.

Para remediar esta incongruencia se fue abriendo paso en el derecho posclásico el otorgamiento de una acción —*actio ad supplendam legitimam*— por medio de la cual el heredero no instituido podía demandar que se supliese lo que le faltaba hasta cubrir la porción legítima, dejándose subsistente el resto del testamento.

- Esta acción se debió, en principio, a una constitución del año 361 d. C, ya que se había presentado el caso de un testador que había dejado ciertos bienes a sus hijos con el agregado de que si aquéllos eran inferiores a la legítima, que ella fuera completada "según el arbitrio de un honesto hombre" (*boni viri arbitratu*). Los emperadores Juliano y Constancio admitieron por dicha constitución la procedencia de esta acción supletoria.
- Esta *actio supplendam legitimam* se diferencia de la *querela* en que es *in personam* —reclama el suplemento, al heredero instituido, como un crédito— y no *in rem* —como en la *querela*, por la que se pretende obtener toda la herencia—. Además, no se le aplica la prescripción de los cinco años y pasa a los herederos. Por último, si el heredero pierde esta acción, no pierde las liberalidades ya acordadas.

III. Justiniano dará por medio de tres constituciones —una del año 528, y luego las novelas 18 y 115— formas definitivas a esta evolución de la *querela inofficiosa testamenti*, aceptando las diversas modificaciones producidas. El régimen quedaría establecido del siguiente modo. - -

(A) Aumenta la *portio legitima* de un cuarto hasta un tercio cuando los herederos intestados no pasan de cuatro, y hasta un medio cuando son más de dicho, número.

- Esto daba lugar a una incongruencia. Si había cuatro herederos, cada uno de ellos tenía como legítima una dozava parte; en cambio, si eran cinco, cada uno de ellos tenía un décimo.

(B) Si un heredero familiar próximo —descendiente, ascendiente o hermano— hubiese sido preterido o desheredado sin justa causa, se le concedía la *querela inofficiosa testamenti*, la cual, si bien conserva el antiguo nombre, ahora funciona de acuerdo con las modificaciones posclásicas.

De este modo, si fue totalmente excluido de la herencia, funciona como una *petitio hereditatis* por el monto de la *pars legitima*. Si, en cambio, lo que le ocurrió es que se le dejó una suma inferior a la *pars legitima*, entonces funciona como la *actio supplendam legitimam*.

- En ambos casos, el testamento no queda eliminado, sino que el heredero legítimo sustituye al instituido hasta el límite de la *portio legitima*.

(C) Se establecen de manera taxativa cuáles son las causas posibles de desheredación que debe invocar el testador respecto de los herederos con derecho a la *portio legitima*.

- Estas causas —capítulos III y IV de la novela 115— figuran especificadas con mucho detalle. En el capítulo III, que contiene catorce en total, se señalan las que pueden invocar los ascendientes respecto de los descendientes. Por ejemplo, el haber atentado contra la vida, o el honor o el haber puesto las manos en los ascendientes; el haber vivido como malhechor entre malhechores o haber vivido con atletas del circo o mimos del teatro a menos que los ascendientes fueran de ese oficio; el no haber prestado auxilio al ascendiente incapacitado (*furiosus*) o el no haberse dispuesto a rescatarlo de haber estado cautivo del enemigo; si fuere el ascendiente de la religión católica y los descendientes no abrazaran esa religión, etcétera.
- A su vez, en el capítulo IV se mencionan ocho situaciones como causales de desheredación de ascendientes, siendo las principales el haber atentado contra la vida o abandonado al descendiente; o haber atentado contra su honor teniendo comercio carnal con la mujer o concubina del descendiente; o haber incurrido en las mismas causales de falta de auxilio en caso de incapacidad o cautiverio, y también, siendo católico, el observar que sus ascendientes no profesan esa religión.

(D) Se mantienen en esta época las dos variantes admitidas desde el derecho posclásico, que eran la llamada *querela inofficiosae donationis* —admitida por primera vez por Alejandro Severo—, por la cual se podían anular las donaciones excesivas efectuadas por el testador *inter vivos* que perjudicaran la *pars legitima*, de tal modo que lo donado regresara a la herencia, y la *querela inofficiosa dotis* —el antecedente es del emperador Zerión—, por medio de la cual se anula la dote excesiva cuya constitución hubiese agotado el patrimonio y por ello perjudicado la *pars legitima*.

LOS LEGADOS, LOS FIDEICOMISOS Y LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

LOS LEGADOS

Se entiende por legado una disposición *mortis causa* incluida en un testamento —o en un codicilo confirmado— con cargo al heredero instituido de que realice o permita realizar una transmisión a título singular a otra persona llamada legatario.

- Se trata de una cláusula accesoria de un testamento, de tal modo que su validez dependerá de la suerte de la institución de heredero y, en general, del mismo testamento.

CLASES

I. En la época clásica se distinguen cuatro clases de legados solemnes.

(A) Legado *per vindicationem*. Es la forma más antigua de legado de propiedad, ya que por él se transmite el dominio *ex iure Quiritium* de una cosa del testador. Se establecía así: "Doy, lego mi esclavo Sticho a Ticio".

- La propiedad de las cosas legadas pasa directamente al legatario, sin intermediación del heredero. De ahí que si el heredero no cumplía el legado, el legatario podía reclamar la cosa por una reivindicación.
- Igualmente se pueden transmitir el usufructo o una servidumbre, teniendo entonces el legatario, según el caso, una *vindicatio usus frucius* o *servitutis*.

- Los sabinianos sostenían que el legatario se hacía propietario, aunque no conociera el legado, desde la muerte misma del causante.- Los proculeyanos, en cambio, decían que el legatario debía expresar previamente su asentimiento.
- Las cosas legadas debían pertenecer al *dominium ex iure Quiritium* del testador, tanto en el momento de la facción del testamento como en el de la muerte. Se excluían las cosas fungibles, las cuales sólo debían ser del testador en el momento de la muerte.

(B) Legado *per damnationem*. Se trata de una forma de legado de condena (*danuiatio*) por medio de la cual se obliga al heredero que aceptó la herencia a realizar una prestación en favor del legatario. Se la determinaba de este modo: "Que mi heredero sea constreñidos dar mi esclavo Sticho a Ticio".

- Representa el legado más amplio, ya que las cosas pueden ser del testador, del propio heredero o, incluso, de un tercero. Acá el heredero queda obligado a adquirirla del tercero; y si esto no es posible, a pagar el valor de ella.
- Pero también puede adoptar otras modalidades. Así, el *legalum no-minis*, por medio del cual se deberá permitir que el legatario ejercite las acciones para cobrar un crédito; el *legalum liberationis*, con el cual el legatario queda liberado de una obligación que debía al causante; el *legalum Jelnti*, con el que se ordena al heredero que pague al legatario una deudj del causante con alguna ventaja —por ejemplo, teniendo por cumplido un plazo—, ya que, de lo contrario, no sería legado, puesto que se reduciría indudablemente, a una obligación debida; el *legalum partitionis*, que otorga al legatario la facultad de repartirse con el heredero una cierta proporción de la herencia.
- Las cosas legadas pueden ser especificadas concretamente —*legalum speciei*— o ser genéricas —*legalum generis*—, como lo son el vino, el trigo, etcétera. Pueden igualmente consistir en cosas futuras, constitución de una doto, prestaciones periódicas, alimentos, y otros.
- El legatario no adquiere directamente las prestaciones, sino por intermedio del heredero; y si éste no cumple, lo debe demandar como deudor en virtud de la *actio ex testamento*.

(C) Legado *sinendi modo*. Se trata de una forma de legado de permisión por medio de la cual el heredero deberá permitir que el legatario se apropie de una cosa del patrimonio del testador o del suyo propio. Se realizaba así: "Que mi heredero tenga que tolerar que Ticio tome y adquiera para sí a mi esclavo Sticho".

- Como consistía en un permitir (*sinere*), se entendió en un comienzo que el legatario podía aprehender directamente la cosa y ejecutar directamente al heredero mediante la *manus injectio*. Posteriormente se aceptó, que el heredero era un deudor del legado y se le concedió al legatario la *actio incerta ex testamento*.
- Se diferencia del *per damnationem*, ya que acá sólo se pueden legar cosas del testador o del heredero.

(D) Legado *per praeceptionem*. *Praecipere* significa tomar algo con anticipación. Los sabinianos —recogiendo el pensamiento antiguo— entendían que este legado se podía dejar sólo a un heredero, quien, por medio de la *actio familiae erois-cundae*, podía, en el momento de la partición, conseguir con anticipación a los demás la cosa legada. En cambio, los proculeyanos entendían que por este legado se podía favorecer a un tercero: por ello decían que la partícula *prae* —con idea de anticipación— estaba demás y sólo debía decirse "*capito*" ("que tome"). Lo trataban, en consecuencia, como un legado *per vindicationem*.

II. En una etapa posterior —comenzada por el senado-consulto Neroniano, entre el 54 y el 68 d.C.— se va a ir debilitando la exigencia formal y la diferencia entre estas clases de legados.

En efecto, se determinó por dicho senadoconsulto que si un legado resultaba inválido de acuerdo con los requerimientos de la forma adoptada por el testador, no obstante ello no perdía su validez, entendiéndose que se lo debía considerar como hecho *per damnationem*, el más amplio de todos.

III. Más adelante, y congruentemente con la disposición de Constantino —año 320 d.C.—, que permitiría una libertad no formal en cuanto a la institución de heredero, se autorizó igualmente a "prescindir de la *solemnitas verborum* (solemnidad de las palabras) en los legados.

Finalmente, Justiniano establecerá que todos los legados debían tener una sola naturaleza (*imam naturam*), pudiéndose derivar de ellos ya una *actio in rem* —supuesto de legarse una cosa del testador o del heredero— o una *actio in personam* —supuesto de prestaciones obligacionales a cumplirse en favor del legatario—.

- No debemos olvidar, por otra parte, que la naturaleza del vínculo obligacional que tienen los legados es considerada por Justiniano como un *quasi ex contracto*.
- Además, esta lenta pérdida de la formalidad de los legados los irá acercando a los fideicomisos, con los cuales finalmente se igualarán.

RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LOS LEGADOS

Adquisición. — De acuerdo con el principio general, el legado dependerá del testamento y éste de la institución de heredero. El legatario debía esperar que el heredero aceptara la herencia si se trataba de un *extraneus*, ya que el forzoso —heredero suyo y necesario y heredero necesario— la adquiría automáticamente.

Esta solución podía traer inconvenientes si el heredero, teniendo en vista que el legatario fuese un valetudinario o un enfermo grave, retardase la aceptación de la herencia especulando con salvarse de tener que cumplir la carga del legado.

Por ello los romanos determinaron como punto crucial la determinación de lo que llamaron el (*lies cedens*, el día en que nacía el derecho al legado).

(A) Para los legados puros y simples ese momento quedaba determinado en la muerte del testador. A partir de ese momento nacía una expectativa concreta —dependiente de la aceptación del heredero, si éste era un *extraneus*—. Ese derecho de expectativa era transmisible a los eventuales herederos del legatario, quienes de este modo no se perjudicaban. Cuando luego ocurría la aceptación del heredero el legatario o sus herederos podían reclamar efectivamente el legado. Este nuevo momento es llamado *dies veniens*, el día en que efectivamente se puede materializar el legado.

- La *lex Papia Poppaea* —época de Augusto— determinó el momento del *dies cedens* en la apertura del testamento; Justiniano lo retrotrajo al momento de la muerte del testador.
- El legado concedido a un esclavo manumitido no es anticipado en el *dies cedens*, ya que de computarse en el momento de la muerte del testador, el legado iría a parar al instituido heredero por el principio de que todo lo que adquiriese el esclavo era para su dueño. En efecto, hay que tener en cuenta que el esclavo no será libre hasta la aceptación de la herencia. En consecuencia, para no perjudicarlo, se estableció que el *dies cedens* coincidiera con la *hereditatis aditio*.

(B) Si se trata de un legado a **plazo cierto**, el *dies cedens* ocurrirá igualmente el día de la muerte del testador, pero deberá de todos modos transcurrir el lapso establecido para que aconteciese el *dies veniens*.

(C) En cambio, si el legado está sujeto a un **plazo incierto** o a una condición, el *dies cedens* no ocurre sino después de que éstos se hayan cumplido.

- La asimilación de los legados a plazo cierto con los puros y simples era corríela por cuanto podía establecerse que en ambos el testador había querido otorgar en firme los legados, no ocurría lo mismo en los condicionales o. de plazo incierto.

Ineficacia y revocación de los legados. — Un legado podía ser ineficaz por invalidez del testamento donde estuviese incorporado o por causas propias del legado, como fuese por incumplimiento de las formas, falta de capacidad para transmitirlo, vicio de la voluntad o por su contenido ilícito.

Se aplicaba acá la denominada *regla Catoniana*, según la cual, si el legado era nulo en el momento de hacer testamento, no podía hacérselo valer posteriormente. Esto significa que el momento para la consideración de la nulidad es el de la celebración del testamento; y si hubiera una causa de nulidad, ésta no podría ser convalidada posteriormente.

- Un legado que en principio es válido, puede resultar inválido por un hecho posterior. Así, por ejemplo, cuando el legatario fallece antes del *dies cedens*, o la cosa legada se extingue o se vuelve *extra-commercium*.

Finalmente, un legado puede ser revocado por propia decisión del testador mediante una fórmula contraria, como en el caso: "No doy, no lego a Ticio" —legado *per vindicationem*; o: "Que no le sea dado por mi heredero a Ticio" —legado *per damnationem*.

LIMITACIONES A LA FACULTAD DE LEGAR

En el viejo derecho era lícito para el testador otorgar en forma ilimitada los legados. Así lo permitía la ley de las XII tablas, que establecía que "*Uti legassit suae rei, ita ius esto*" ("Todo aquello que dispusiera por legado de sus cosas, que eso sea derecho"). Esto comenzó a traer problemas, por cuanto la herencia, cuando era muy gravosa por la gran cantidad de legados, los herederos se absténían de la misma, por lo que al no ser aceptada caía el testamento y se tenía que abrir la herencia *ab intestato*, perdiéndose los legados.

I. Para solucionar este inconveniente se dictó la *lex Furia* (posiblemente hacia el siglo II a.C), según la cual —salvo parientes próximos, cognados hasta el sexto grado— los legatarios no podían adquirir como tales más de mil ases.

- Esta ley resultó vana, ya que bastaba que el testador repartiera su patrimonio —por ejemplo, de 5.000 ases— en cinco legados, para dilapidar la herencia y no dejar nulla al heredero.

II. Se sancionó luego la *lex Voconia* (año 169 a.C), según la cual, ya fuera por legado, ya por causa de muerte, nadie podía adquirir más de lo que adquirían los herederos.

- Pero también esta ley era fácilmente burlada, ya que el testador podía distribuir su patrimonio en muchos legados a distintas personas, iguales o inferiores a lo que le quedaba al heredero, quien dejaba de tener interés en la aceptación de la herencia.

III. Se aprobó entonces la *lex Falcicula* (año 40 a.C), por la cual le era lícito al testador legar las tres cuartas partes de la herencia siempre que reservara al heredero una cuarta parte (*quarta Faloidia*).

- El cómputo debe hacerse deduciendo del activo calculado en el momento de la muerte todas las deudas, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos; de este modo se establece el

patrimonio neto sobre el cual se debe computar el monto de los legados; si éstos son inferiores a las tres cuartas partes, no hay problemas y todos los legatarios cobran la totalidad de sus respectivos legados. Si por el contrario, son mayores en cuantía a las tres cuartas partes del patrimonio neto, entonces el heredero reserva para sí una cuarta parte, debiéndose repartir el resto —a prorrata— entre los legatarios.

- De haber varios herederos, cada uno debía computar individualmente su cuarta parte —pudiendo resultar que uno estuviera por las disposiciones del testamento más gravado de legados que otro—, pero de tal modo que cada cuota hereditaria quedara libre de legados en una cuarta parte de su cuantía.
- La *lex Falcidia* no se aplica a los títulos militares, ni a los legados piadosos; tampoco a los legados de dote —por considerarse que la mujer recibe la cosa suya— ni a los legados de manumisión de un esclavo.

LOS FIDEICOMISOS

En general, se entiende por fideicomiso (*fideicommissum*) un ruego hecho de manera informal por el causante, por medio del cual se encomienda a una persona que cumpla algo, confiando en su buena fe (*fides*).

- En todo fideicomiso tenemos tres personas: el *fideicomitente* —el que encarga el fideicomiso—, el *fiduciario* —el que se compromete a realizarlo— y el *fideicommisarius* —el finalmente beneficiado.
- Mientras que el legado es formal y debe ser hecho con palabras imperativas, el fideicomiso es informal, hecho con lenguaje oblicuo y en forma rogativa; "Te pido, te niego, quiero que, confío en tu buena fe", etcétera.

Los fideicomisos pueden ser a título universal, en cuyo caso nos encontramos frente al fideicomiso de herencia o a título particular, en cuyo caso se da el supuesto de fideicomiso singular.

- El fideicomiso universal tiende a parecerse a la herencia, mientras que el fideicomiso singular tiende a parecerse al legado.

DESARROLLO HISTÓRICO

I. Durante una primera etapa el fideicomiso sirvió para superar el formulismo exigido para los legados y también ciertos inconvenientes para hacer testamento. Así, cuando no existía la *testamenti factio passiva* o cuando por las circunstancias no había posibilidad práctica de testar de acuerdo con las formas.

Se acostumbraba, entonces, encomendar la última voluntad a otra persona en una relación basada en la *fides*; pero la obligación del cumplimiento del negocio era meramente moral.

II. Luego, "a causa de la insigne perfidia de ciertas personas", como dice Justiniano en relación con los que no cumplían lo encargado, Augusto admitió la coercibilidad de algunos fideicomisos, substanciándose las causas de los quejosos ante el cónsul —*extraordinaria cognitio*—. Luego, en la época de Claudio, se estableció un pretor especial para estos casos (*praetor fideicommisarius*).

III. La tercera etapa estuvo señalada por la reglamentación de los fideicomisos por medio de los senadoconsultos Trebelliano y Pegasiano, luego analizados.

IV. Finalmente, respecto de los fideicomisos a título singular, se los fue acercando a los

legados, a medida que éstos comenzaron a perder los requisitos de las formalidades y en tanto que fueron aumentando los recaudos y una mayor protección de los fideicomisos, de tal modo que en la época de Justiniano, a pesar de seguir conservando las denominaciones de *legatum* y *fideicomissum*, ambos institutos quedaron equiparados.

LOS FIDEICOMISOS PARTICULARES

Por medio de estos fideicomisos se rogaba al heredero —ya fuese testamentario, *ab intestato* e, inclusive, fideicomisario— o al legatario que transmitiera, a título singular, una cosa al tercero beneficiado.

- El fideicomisario favorecido podía reclamar lo que le fuera otorgado por medio de un *iudicium honae fidei*, aplicándose al respecto lo establecido en los senadoconsultos Trebelliano y Pegasiano.

LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS

Por medio del fideicomiso se podía otorgar, finalmente, la herencia a una persona distinta del heredero —en los casos en que, por ejemplo, el beneficiario carecía de capacidad (*testa" menti factio passiva*) para recibirla por testamento.

- Era necesario que el fideicomitente hiciera un testamento instituyendo un heredero —*heres fiduciarius*—, quien no recibiría la herencia, puesto que una vez percibida se le encargaba la transmitiera a otro denominado *jideicommissarius*.
- La forma que revestía este procedimiento era la siguiente: "Ticio, sé heredero"; a lo cual se agregaba: "Te ruego, Ticio, y te pido, que tan pronto como aceptes mi herencia se la devuelvas y restituyas a Gayo Seyo".
- La transmisión de la herencia por parte del heredero fiduciario al fideicomisario presentaba ciertas complicaciones. Se hacía por medio de una *mancipatio* simbólica —*nummo uno*—, por la que se transmitía el patrimonio. Pero restaba el problema de las acciones en favor —por los créditos— y en contra —por las deudas— de la herencia, para lo cual se agregaban las *slipulationes* usuales en la compraventa de una herencia.
- Por medio de ellas, el heredero fiduciario se hacía prometer que por cualquier acción que se le dirigiera por una deuda de la herencia, sería defendido y desinteresado por el fideicomisario. A su vez, éste se hacía prometer que por las acciones por créditos de la herencia, podría actuar —a título de *cognitor* o de *procurator*—, quedándose con el provecho obtenido.
- En cambio, si se trataba del fideicomiso de una parte de la herencia o de un fideicomiso particular, las *stipulationes* empleadas eran las denominadas *partis et pro parte*, ya que aquel heredero fiduciario se lo asimilaba al *legatearius partiarius* (legateario parciario).
- Las partes se daban mutuamente *cautiones* (garantías) acerca del cumplimiento de estas *stipulationes*.
- Sin embargo, esta forma de transmisión —al margen de las complicaciones que originaba— podía ser peligrosa en caso de insolvencia por parte del heredero fiduciario.

I. Se estableció entonces, por medio del senadoconsulta Trebelliano (año 56 d.C), un sistema más simple. Cuando se realizaba una herencia fideicomisaria, se entendía —sin necesidad de la *mancipatio* ni de las *stipulationes*— que el fideicomisario ocupaba directamente el lugar del heredero (*heredis loco*), de tal modo que las acciones de la herencia les eran concedidas a su persona bajo la forma de *acciones útiles*.

II. Pero sucedió acá un problema semejante al ocurrido en materia de legados. Aquellos que debían transmitir la herencia —herederos fiduciarios— abandonando el criterio tradicional de la *fides* respecto del testador, y considerando que nada recibían, rehusaban aceptar la herencia, por lo que los fideicomisos caían incumplidos.

Se estableció, en consecuencia, por medio de un senadoconsulta Pegasiano (entre el 69 y el 79 d.C), que el heredero que aceptara la herencia podía retener hasta una cuarta

parte —a semejanza de lo dispuesto por la *lex Falcidia*—, con lo que se aseguraba un margen de interés para el *heres fiduciarius*. Esta porción será denominada *quarta Pegasiana*.

- El sistema determinado por el senadoconsulto Pegasiano era un tanto complicado, por cuanto en parte parecía volver al sistema anterior del senadoconsulto Trebelliano. Brevemente, las situaciones que se presentaban eran las siguientes.

(A) Si el fideicomiso era parcial —es decir, que no llegaba a las tres cuartas partes de la herencia—, se aplicaba directamente el senadoconsulto Trebelliano.

(B) Si el fideicomiso era total o por una parte mayor a las tres cuartas partes de la herencia, se aplicaba el senadoconsulto Pegasiano. Si el heredero fiduciario se reservaba la cuarta parte, debía concertar con el otro *stipulationes* —como ocurría en la época anterior—, pero por tener el fideicomisario sólo las tres cuartas partes eran las *stipulationes* del tipo *partis et pro parte* —en la parte y por la parte— ya que era asimilado al legatario parciario (*legatarius partarius*).

Si en cambio no reclamaba la cuarta parte, entonces había que celebrar las *stipulationes* por el todo, como un sucesor universal. (C) El heredero fiduciario que se negase a aceptar la herencia —después del senadoconsulto Pegasiano— podía ser obligado por el pretor a recibirla.

III. Jusíniano simplificará todas estas formas, conservando lo esencial del senadoconsulto Pegasiano, que él interpretó era el derecho a la cuarta parte, y el constreñimiento por el pretor hacia el heredero que no quisiera aceptar la herencia. Para el resto, funcionaba directamente el senadoconsulto Tre-belliano, de tal modo que las *stipidationes* se las entendía tácitamente incorporadas; y en caso de quedar parte para el heredero y parte para el fideicomisario, las acciones eran divididas a prorrata.

LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

I. La donación *mortis causa* era realizada cuando una persona temía un mal grave, como enfermedades, guerras, saqueos. El beneficiado se comprometía, por un acto de *fiducia*, a devolver la cosa si el donante se salvaba de dichos peligros, o si el beneficiario lo sobrevivía,

II. Más tarde, a comienzos del Imperio, podía adoptar esta otra forma: el donante realizaba el acto de la donación, pero sujetándolo a la condición suspensiva de su muerte. Si ésta acontecía, entonces el donatario podía hacer efectiva la donación.

III. Estas donaciones *mortis causa*, si bien son extrañas a la herencia propiamente dicha, importan al heredero, por cuanto mermán los bienes por recibir. (Poco a poco fueron asimiladas al régimen de los legados.

- En primer término, fueron las leyes Furia y Voconia —limitativas de los legados— las que incluían en su régimen estas donaciones; lo mismo ocurrirá luego con las leyes caducadas de Augusto y la *lex Falcidia*.
- Justiniano completará la equiparación con los legados. A diferencia de otras donaciones, no le exigirá la *insinuatio* —fuese oral o escrita ante el escribano, bastando la presencia de cinco testigos, como sucedía en los codicilos.

SUCESIÓN AB INTESTATO

Tiene lugar siempre que por el *de cuius* no haya sido hecho testamento válido, o haya resultado nulo (*ruptum vel irritum*), o no haya sido aceptado por los herederos instituidos, (*destitutum, desertum*).

- Este carácter prevaleciente de la sucesión testamentaria no parece haber existido en los tiempos arcaicos. Según modernas interpretaciones que se han visto a propósito del *tatamentum calatis comitis*, éste (A) se refería a la jefatura del guipo y no a una asignación individualista del patrimonio —que seguía siendo familiar—, o (B) tenía lugar como adopción de un extraño, sólo cuando no había un *suus* varón.
- En ambas hipótesis resulta *que* los *sui* —es decir, los que estaban bajo el inmediato poder del *pater*— lo sucedían automáticamente en la patrimonialidad de la familia, fuere que permanecieran unidos bajo el poder del *heres* nombrado testamentariamente (A) de entre ellos o (B) de afuera, fuere que permanecieran —no habiendo designación testamentaria— unidos en *censorium* ° *ercto non cito*.
- De todos modos, cualquiera sea la interpretación, tradicional o moderna, es sintomático que en la ley de las XII tablas la palabra *heres* se refiere o al instituido por mi testamento, o exclusivamente a los *sui*. De los otros llamados a suceder, la ley dice "que tengan para si (*hobento*) el patrimonio". Es que en la concepción antigua romana, si bien el *pater* es el único titular de derechos, el patrimonio es familiar y, por lo tanto, los *sui* son algo así como copropietarios —no en el ejercicio actual, pero sí en expectativa y en el goce actual—, tal como queda patente a la muerte del *pater* con la constitución del *consortium*, que no sería sino la continuación de la precedente comunión doméstica. Paulo, siete u ocho siglos más tarde, todavía hace eco de aquella concepción cuando, tratando de la sucesión *ah intestato* de los *sui*, dice que pareciera no haber, en realidad, herencia ("*nulla videatur hereditas*"), toda vez que los *sui* debían ser considerados "*vivo quoque pa-rtite quodammodo domini*" ("en cierto sentido, como dueños, aun en vida del padre").

Entre todas las instituciones del Derecho Romano, la sucesión *ab intestato* es la que ha sufrido mayor transformación, pasando de un sistema arcaico con base en la agnación —de acuerdo con la concepción de grandes grupos parentales de estructura y funcionamiento político y de economía cerrada de autoabastecimiento— a otro —que ha llegado a las legislaciones modernas— con base en la cognación, es decir, en el parentesco de la sangre y de la consecuente real convivencia en grupos familiares más chicos, organizados de acuerdo con la institución matrimonial y con la igualdad del hombre y la mujer.

La evolución de la sucesión *ab intestato* será analizada en etapas: la de la ley de las XII tablas; la del *ius civile* basado en la interpretación de aquélla; la del sistema de las *bonorum possessiones*; la de los senadoconsultos; la de las constituciones imperiales y la de las novelas 118 y 127 de Justiniano.

LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN LAS XII TABLAS

Existe en ellas un texto que la alude directamente: "*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgiiatus proximus familia/m habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*".

Este texto es susceptible de traducciones distintas, que pueden, en su significado de fondo, ser referidas a dos interpretaciones : la tradicional, que es la que inspira el trabajo de los juristas romanos y el de los comentaristas medievales, y es la que conviene que el estudiante retenga fielmente; y otra reciente que debe considerarse —como se apunta a

propósito del *testa-mentum calatis comitiis*— en función del carácter político de la familia, tanto la agnaticia como la *proprio ñire*, del patrimonio familiar, y del carácter prevaleciente, en tiempos arcaicos, de los *status* y relaciones personales sobre las patrimoniales.

La traducción que corresponde a la interpretación tradicional sería más o menos la siguiente: "Si muere intestado y no hay *heredes sui*, que el patrimonio lo tenga para sí el agnado más próximo; si no hay agnado, que lo tengan los gentiles". El análisis de esta interpretación se hará inmediatamente, bajo el título de "La sucesión intestada en el *ius civile*".

• La traducción que correspondería a la interpretación reciente sería más o menos la siguiente: "Si muere intestado, es decir que paia él ningún *suis* es heredero, que el agnado más próximo tome para s! el patrimonio; si no hay agnado, que lo tomen los gentiles". Moiir intestado, en esta interpretación, es no haber designado *calatis comitiis* a uno de los *sui* como *heres*, es decir, como continuador de su jefatuiu, en la familia grande o agnaticia. En tal supuesto, el agnado o los agnados más próximos —los que estaban bajo su directo o inmediato poder: sus hermanos y sus descendientes— quedan con el patrimonio constituyendo un *consortium*. Con el tiempo, la posibilidad de separarse de éste por medio de una acción *erciscundae familiae* habría sido el modo institucional del tránsito de la familia grande o agnaticia a la *proprio ture*.

LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL IUS CIVILE

Es la que resulta de la interpretación e integración que los jurisprudentes hicieron del fragmento arriba analizado y de algunas otras soluciones legales o doctrinarias.

I. Hay tres clases de sucesores: (A) los *heredes sui*; (B) los agnados y (C) los gentiles.

(A) **Heredes sui**. — Eran quienes estaban bajo la inmediata patria potestad o *manus* del *de cuius* y que inclusive alcanzaba a los postumos que estuviesen en dicha condición: 1) sin distinción de sexo y con la condición de *iustae nuptiae*, los hijos y los nietos cuyo padre —hijo del *de cuius*— hubiera premuerto o sido emancipado; 2) los adrogados o adoptados como hijos y sus descendientes, en el caso de premuerte; 3) su mujer considerada *loco filiae* (en la condición de hija) y las nueras casadas con hijos premuertos si para una y otras había tenido lugar la *conventio in manum*.

Todos los *sui*, pues, sucedían, aun en desigual grado de parentesco, siempre que hubieran estado al momento de la muerte bajo el inmediato poder del *de cuius*. La proporción en la que sucedían los hijos era *per capita* (por cabeza); los descendientes de ellos sucedían *per stirpes* (por rama).

• Los *sui heredes* sucedían automáticamente; no necesitaban aceptar, ni podían repudiar la herencia. La ley de las XII tablas ni siquiera los llamaban a la sucesión, sino que, en la interpretación tradicional, presuponían su ausencia para llamar a la clase sucesiva, la de los agnados. Es que como ya se ha visto, que la calidad de sucesores era, en los *sui*, innata, en razón de la comunión familiar. A los otros agnados se les podía quitar toda *proprietatna* con simplemente testar, pero a los *sui* se debía expresamente desherederlos, y si eran preteridos, se invalidaba el testamento.

(B) **Agnados**. — No habiendo *heredes sui*, ni actuales ni postumo, el agnado o agnados del mismo grado más próximo suceden en proporciones *per capita* (por cabeza) y excluyen de la sucesión a los subsiguientes en grado: los hermanos, al tío y al sobrino; estos últimos, a los primos, etcétera. No hay (A) -representación ni (B) sucesión en grado ni (C) en orden: si un único hermano moría, o sufría *capitis deminutio*, o no efectuaba adición de la herencia, ésta no iba (A) ni a sus hijos, ni a los hijos de otro

hermano premuerto, (B) ni a un tío, (C) ni pasaba a los gentiles. Quedaba abierto el camino a la *in iure cessio hereditatis* o a la *usucapió pro herede*.

- La ley de las XII tablas no hacía distinción de sexos, pero los jurisprudentes, por analogía con las restricciones de la *lex Voconia*, limitaron la sucesión de las agnadas al sólo caso de las hermanas por parte paterna —germanas y consanguíneas.

(C) Gentiles. — A falta de agnados sucedían, de un modo 'Jesconocido para nosotros, los gentiles, es decir toda la *gens*. De todos modos, esa sucesión, sin duda, había desaparecido, por la completa irrelevancia de los vínculos gentilicios, en los tiempos de Gayo (siglo II d.C).

II. Este sistema de la sucesión *ab intestato*, llamado legítimo en razón de la ley de las XII tablas, era, como se ha visto, un *ius stríctum* en cuanto que reconocía únicamente la agnación —estructuradora de la gran familia patriarcal—, y excluía de la herencia a los hijos emancipados; a los agnados que hubieran experimentado una *capitis deminutio*; al marido; a la mujer, si no estaba *in manu*; a todos los parientes por vía femenina, al extremo de no haber sucesión recíproca entre madre e hijos, a no ser que por la *conventio in manum* se hubiera establecido entre ellos vínculo agnaticio. Este régimen habría de resultar *iniquitates* (cosas no equitativas) en una sociedad cada vez más distinta de aquella gentilicia sobre cuyos intereses y valoraciones dicho régimen se había estructurado. El pretor remedió esas *iniquitates* concediendo la *bonorutn possessio* a personas con vínculos cognaticios.

LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN EL SISTEMA DE LAS BONORUM POSSESSIONES

El régimen de la sucesión *intestata* pretoriana consistió en una articulación jerarquizada de hipótesis, unas donde se consagraban los vínculos agnaticios del *ius civile* y otras en que se institucionalizaba la creciente relevancia de los cognaticios. Se fue, pues, constituyendo un determinado orden preferente de parientes, agnados y cognados, a quienes se les ofrecía la *bonorum possessio*, la que, a partir de Antonino Pío (mediados del siglo II d. C), fue siempre *cum re*, es decir, protegida con denegaciones de acciones y con excepciones frente a la *petitio hereditatis* de herederos de mejor título de acuerdo con el *ius civile*.

Los llamados a solicitar la *bonorum possessio* debían hacerlo en el plazo de cien días, con excepción de los hijos, que tenían un año para reclamarla.

En la última etapa del derecho honorario, el Edicto Perpetuo, el sistema de la *bonorum possessio* presenta cuatro categorías de parientes llamados en el orden que se señala líneas abajo y con la admisión de la sucesión de órdenes (*successio ordinum*), es decir que no presentándose los de la primera categoría quedaba abierto el campo para que se presentaran los de la segunda, y así sucesivamente: (A) *liberi*; (B) *legitimi*; (C) *cognati*; (D) *vir et uxor*.

(A) **Liberi**. — (Los libres [sometidos al inmediato poder del *pater*; designados así por contraposición a los esclavos]). Eran los descendientes sobre la base de generación y matrimonio, aunque no hubieran estado sometidos al *pater* en el momento de su deceso. La categoría comprendía a los *sui* del *ius civile* —incluidos, por cierto, los adoptados y las mujeres *in manu*— y a los descendientes emancipados, que, por tanto, no tenían ya

con el *de cuius* vínculo agnaticio, pero sí, un innato y definitivo vínculo de cognación.

- El hijo adoptivo emancipado no puede reclamar la *bonorum possesio*, pues ya no es agnado y nunca fue cognado. Podía, sí, reclamar como cognado la *bonorum possessio* del patrimonio de su *pater* original, es decir, de quien lo engendró en *iustae nuptiae*.

La manera de suceder era en el orden y en la proporción similar a la de los *sui* en el *ius civile*: *per capita* para el primer grado de parentesco y *per stirpes* y con representación para los subsiguientes.

- Un ejemplo; muere el *de cuius* dejando a su mujer *in manu*, un hijo y una hija; un hijo adoptivo; dos nietos, hijos de un hijo premuerto; tres nietos, hijos de un hijo emancipado, A; otro hijo emancipado, B. La proporción en que se otorgaban las *bonorum possessiones* era la siguiente: un séptimo para cada una de estas cinco personas: la mujer, el hijo, la hija, el hijo adoptivo, el hijo emancipado B; un séptimo para los dos nietos en representación de su padre premuerto; la mitad de un séptimo para el hijo emancipado A y la otra mitad para sus tres hijos que habían quedado bajo la patria potestad de su abuelo, el *de cuius*. Esta última fue la solución propuesta por Juliano para esa curiosa hipótesis en la que, según el *ius civile*, los nietos debían suceder, por representación, en el total de la cuota, y, según el sistema pretoriano, el hijo emancipado podía reclamar la *bonorum possiissio* de toda la cuota.
- Otra situación chocante consistió en la desigualdad resultante de que, en tanto todo lo adquirido por los *sui* había ido a integrar el patrimonio del *de cuius*, en cambio, lo adquirido por el emancipado, precisamente desde la emancipación, había ido a constituir su patrimonio individual: la solución equitativa fue exigirle a este último que llevara a colación (*collatio*) en la sucesión ese patrimonio adquirido hasta la muerte del *de cuus*.

(B) **Legitimi.** — No presentándose *liben* a reclamar la *bo-norum possessio*, el pretor la concedía a los designados en segundo lugar, los *legitimi*, llamados así por recibir su título de la ley de las XII tablas. Como los *sui* de ésta ya estaban incluidos entre los *Hberi* y los *gentiles* habían dejado de suceder, sólo integraban esta categoría los agnados. Sucedían según grado de proximidad de parentesco tal como ocurría en los agnados del sistema del *ius civile*. No había, pues, sucesión en grados ni representación.

(C) **Cognati.** — Son los unidos al *de cuius* por vínculos de cognación, es decir, sobre la base de generaciones legítimas —concebidas en *iustae nuptiae*— por parte de varones o mujeres, y aun con base en generación ilegítima por parte de mujer. A la cognación se le reconocía relevancia sólo hasta un sexto grado de parentesco y hasta un séptimo si se trataba de los nacidos o nacidas de un sobrino o sobrina (*sobrino sobrinave nati et natae*). Podían, pues, entre otros, reclamar la *bonorum possessio* como cognados: el padre y los hermanos de un *de cuius* emancipado, la madre y abuelos maternos de hijos legítimos o ilegítimos, los postumos cognados, las mujeres excluidas por extensión de la *lex Voconia*, y todos los agnados —siempre hasta los grados sexto y séptimo—, aun los adoptados, pues la jurisprudencia y el pretor extendieron hasta la adopción la causal de cognación.

El llamado se hacía al cognado de grado más próximo y con exclusión de los otros, con lo en la categoría de los *legitimi*, pero con la importantísima diferencia de que el pretor admitía la sucesión en grado (*successio gradu&im*), es decir, que si no se presentaban cognados de un primer grado, la *bonorum possessio* quedaba a disposición de los del grado consecuente, y así sucesivamente. Si había varios cognados de un mismo grado, la *bonorum possessio* era otorgada *per capita*, es decir, por partes iguales.

(D) **Vir et uxor.** — Con este último llamado el pretor estableció un recíproco derecho de sucesión entre marido y mujer, sobre la base de las *iustae nuptiae*, pero

independientemente de la *convetitio in manum*.

LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN LOS SENADOCONSULTOS

Cuando se cristaliza el derecho honorario en el Edicto Perpetuo, la reforma de la sucesión *ab intestato* sigue a través de los senadoconsultos y las constituciones imperiales siempre en el sentido de hacer prevalecer los vínculos de sangre y remediar las *iniquitates* del sistema primitivo.

Los senadoconsultos consagran la sucesión recíproca entre madre e hijos e institucionalizan, así, en el plano del *ius civile*, los vínculos cognaticios, hasta ahora sólo amparados en el *ius honorarium*.

El senadoconsulta Tertuliano, de la época de Adriano, reconoció a la madre que tuviera el *ius liberorum* la sucesión de los hijos, legítimos o extramatrimoniales, que hubieran muerto intestados sin dejar *liberi*, ni padre manumisor, ni hermanos consanguíneos. Con la madre concurrían por la mitad las hermanas consanguíneas del. *de cuius*.

Por el senadoconsulta Orficiano (178 d. C.) se atribuyó a los hijos legítimos o ilegítimos (*iusti aut vulgo concepti*) la herencia civil de la madre, con preferencia a los consanguíneos y a los agnados de la *de cuius*.

En ambos senadoconsultos se le daba, pues, condición de herederos a personas que no formaban parte de la familia civil.

LA SUCESIÓN INTESTADA EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

La legislación posclásica tiende a liberar a la madre de la condición de tener el *ius Uberorum* para suceder al hijo: Constantino le reconoce un tercio a la madre sin ese *ius*; Teodosio y Valentino dos tercios; con Justiniano queda libre de aquella condición.

Otra tendencia fue el incremento de la relevancia de la cognación. Valentino y Teodosio extendieron el principio del senadoconsulta Orficiano a los otros ascendientes por línea femenina, y Anastasio dispuso que podían sucederse entre sí hermanos emancipados junto con los no emancipados, aunque por una cuota menor que la de éstos. De ese modo, la cognación entró en el *ius civile* a ser considerada en la línea colateral, en tanto hasta ese momento sólo lo era en la de los descendientes. La diferencia en la cuota fue abolida por Justiniano.

Otras numerosas medidas legislativas tendían a solucionar en forma fragmentaria casos e inconvenientes sin una labor generalizadora. El complejo y no siempre concordante sistema que resultó se halla todavía en la compilación justiniana.

Pero dos constituciones nuevas iban a establecer un sistema unitario y completo de la sucesión *ab intestato*, en el que se conjugaba el *ius civile* y el *ius honorarium*.

LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN LAS NOVELAS 118 Y 127

En este régimen se consagra definitivamente el vínculo de parentesco cognativo; la parentela adoptiva sólo se equipara a la de la sangre si está establecida en una *adoptio plena*, si no, sólo da derecho a la delación del hijo a la sucesión del padre adoptivo, y no viceversa.

La tradicional estructura de la familia romana con un único titular de derechos patrimoniales, el *pater*, sufrirá además otro golpe concluyente: quedará reconocida al *filiusfamilias* la plena capacidad de ser sucedido *ab intestato*, sin que sus bienes vayan —como había ocurrido hasta entonces— *iure peculii* (por condición jurídica de peculio) al patrimonio del *paterfamilias*.

El *filiusfamilias* quedaba equiparado en este importante capítulo a los *sui iuris*.

Quedan establecidas cuatro clases de sucesores con *successio gradum et ordinem* (sucesión de grados y clases): en cada una es llamado el pariente de grado más próximo y por su falta o renuncia se pasa al grado sucesivo; sólo ante la falta de parientes de una clase se pasa a la siguiente.

Descendientes. — Son herederos todos los descendientes, con prescindencia de que hayan estado bajo la patria potestad o de cualquier consideración de sexo y de limitación de grado. Suceden, pues, *per capita* los hijos legítimos, legitimados y adoptivos _con respecto a la madre, también los extramatrimoniales_.

Los descendientes de un hijo premuerto heredan por representación y *per stirpes*, es decir, dividiéndose la cuota que hubiera correspondido a ese hijo.

- Recuérdese que si el *de cuius* estaba bajo la patria potestad de su *pater*, a aquél le correspondía durante su vida el usufructo de la herencia, aunque la nuda propiedad se hallase distribuida entre los descendientes de aquél.

Ascendientes, hermanos o hermanas germanos y sus descendientes. — Si sólo hay ascendientes, suceden por líneas, es decir, concurren por mitades los paternos y maternos de un mismo grado, el más próximo. Si en ese grado sólo hay ascendientes de una sola línea —la paterna o la materna—, ellos heredan todo, pues, como no hay representación, quedan excluidos los ascendientes de la otra línea que pudieren existir en un grado siguiente.

Si concurren con ascendientes los germanos —hermanos o hermanas del mismo padre—, suceden todos *per capita*, es decir, por la misma cuota. Si concurren descendientes de hermanos germanos premuertos, lo hacen *per stirpes*, es decir, dividiéndose la cuota que les hubiera correspondido a aquéllos.

- Así, por ejemplo, si el *de cuius* sin descendientes deja vivos: (A) a su madre y a los dos abuelos paternos, hereda sólo la madre; (B) a un abuelo paterno y los dos maternos, aquél hereda una mitad y éstos se dividen la otra; (C) a un abuelo materno, dos hermanos germanos y tres sobrinos, hijos de un hermano germano premuerto, heredan los primeros un cuarto de la herencia cada uno, y los sobrinos se reparten el cuarto restante.

Hermanos y hermanas consanguíneos —del mismo padre— o uterinos —de la

misma madre. — Suceden *per capita*; si pre-mueren, suceden *per stirpes* sus hijos, pero no los ulteriores descendientes.

Cognados colaterales. — A falta de sucesores de las otras categorías, suceden *per capita* los del grado más próximo, con exclusión de los demás, es decir sin representación.

Las novejas no indican si la limitación al sexto y séptimo grado —que está en la compilación y que venía desde la *bonorum possesso* de los *cognati* —queda o no derogada.

- El cónyuge supérstite no fue aludido en las novelas y por lo tanto quedaba vigente la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Justiniano había, por lo demás, dispuesto que la viuda pobre tuviera derecho a una cuota igual a la de sus hijos —limitada a un cuarto y a 100 libras de oro— del patrimonio de su difunto esposo *locuples* (rico). Esa cuota era sólo de usufructo si concurría con hijos propios.
- Ante la falta de sucesores *ab intestato*, el fisco reivindica la herencia vacante: la de eclesiásticos va a la Iglesia o al convento; la de los decuriones, a la curia; la de los soldados, a la respectiva legión; la de ciertos profesionales, a la respectiva corporación, etcétera.

LA SUCESIÓN INTESTADA DEL LIBERTO

Hay un régimen distinto porque distintos son los *status* y circunstancias: el liberto sólo al alcanzar la libertad podía comenzar a tener vínculos de parentesco, no tenía *gens* ni agnados que no fueran sus descendientes *in patria potestate* —posteriores, por cierto, a su manumisión—; además, su vínculo con el patrono suponía derechos sucesorios de éste y sus parientes. La evolución de la sucesión *ab intestato* —que en el caso del ingenuo se caracterizó por la paulatina relevancia de los vínculos cognaticios y su carácter prevaleciente final—, en el caso del liberto tendió a dar preferente colocación a los parientes por sangre de éste, en correlativa contraposición con el *patrius tronus* y sus parientes agnaticios y cognaticios.

Pero, aun en la etapa final, la justinianeña, no desaparece el derecho del patrono, que prevalece todavía sobre los colaterales y el cónyuge supérstite del liberto.

I. En la ley de las XII tablas el orden sucesorio era:

- 1) Los *sui* del liberto;
- 2) el *patronus* o la *patrona*;
- 3) los *sui* del *patronus*, aunque éste los hubiera desheredado;
- 4) los agnados colaterales del *patronus* o *patrona*;
- 5) los gentiles del *patronus* o *patrona*.

II. El orden elaborado por el pretor para el otorgamiento de las *bonorum possessiones* dio, por cierto, cabida a los vínculos cognaticios del liberto.

- 1) *Liberi*: descendientes del liberto. Si sólo hay hijos adoptivos o mujer *in manu*, concurren por mitades con el *patronus* sus hijos varones.
- 2) *Legüimi*: de acuerdo con la ley de las XII tablas son —aparte de los *sui* ya figurantes en el primer llamado— el *patronus*, sus *sui*, sus agnados colaterales y sus gentiles.
- 3) *Cognati*: parientes por sangre del *de cuius*.
- 4) *Familia patroni*: los miembros de la familia civil del patrono y éste, cuando por una

capitis deminutio mínima no hubieran entrado en la categoría de los *legüimi*.

- 5) *Patronus* y *patraña* del *patronus* o *patrono*, —si éstos eran, a su vez, libertos—, y sus *liberi* y ascendientes.
- 6) *Vir et uxor*: el cónyuge del liberto o liberta *de cuius*.
- 7) *Cognati manumissoris*: los parientes cognados del *patronus* o *patrona*.

III. En el derecho justiniano se destaca el reconocimiento —debido al cristianismo— de la *servilis cognatio* (parentesco de la sangre sucedido durante la esclavitud).

- 1) Descendientes del liberto.
- 2) El *patronus*, sus hijos y colaterales hasta el quinto grado; a éstos son preferidos los padres y hermanos del liberto si, a su muerte, han dejado ya de ser esclavos.
- 3) Colaterales del liberto hasta el quinto grado.
- 4) Cónyuge supérstite.

ÍNDICE ANALÍTICO

(El número en negrita indica la página donde se encuentra la referencia más específica.)

- abandono, 196, 208
- abrogatio, 35, 38
- acceptilatio, 329, 384, 388
- accesión, 147, 199 209-210 acción, 117, 165, 166, 182, 186, 328
- accusatio suspecti tutoris, 389
- acrecimiento, 408-409
- actio, acciones: ver acción y formulae actio ad exhibendum, 209, 210
- actio ad supplendam legitimara, 434
- actio aquae pluviae arcendae, 223-224
- actio arbitaria, 185, 413 actio auctoritatis, 293 actio bonae fidei, 184, 258, 284, 298, 300, 340, 384
- actio certae creditae pecuniae, 244
- actio communi dividundo, 184, 206, 239, 261, 300
- actio conducti, 298
- actio confessoria, 240
- actio de arboribus succisis, 269
- actio de eo quod certo loco, 333
- actio de pastu pecoris, 269
- actio de peculio, 365, 367
- actio de ratónibus distrahendis, 389
- actio doli mali, 162-163, 259
- actio empti, 292
- actio exercitoria, 367
- actio ex stipulatu, 285, 382
- actio familiae erciscundae, 184, 239, 261, 346, 353, 426, 449
- actio finium regendorum, 184, 223 actio furti, 185, 266-268
- actio iniuriarum, 134, 270-271, 397
- actio in rem verso, 367
- actio institoria, 367
- actio iudicati, 176-178, 324
- actio locati, 298
- actio mandati contraria, 301-302, 331, 337
- actio negatoria, 219, 222-223
- actio Pauliana, 323-324
- actio per condictionem, 172
- actio per iudicis arbitriva postulationem, 171-172
- actio praescriptis verbis, 307
- actio pro socio, 300
- actio Publiciana, 218, 221-222, 225
- actio quod iussu, 367
- actio quod mstus causa, 163
- actio rei uxoriae, 382
- actio sacramento, 171
- actio Serviana, 248, 326-327
- actio stricti iuris, 184
- actio tributaria, 367
- actio venditi, 293
- actio vi bonorum raptorum, 268
- acciones adiectiae qualitatis, 154, 257, 366-367

actiones (legis), 75, 168, 324
acto, 140-143
acueducto, 238
addicti, 115
addictio (in diem), -147, 148, 295
adir: ver aditio aditio (hereditatis), 405, 440
adiudicatio, 180, 184, 205, 218
adopción, 115, 216, 354, 359-361
adrogación, 36, 130, 257, 358-359, 393, 417
adstipulator, 286, 331
adulterium, 374, 375, 460, 461
aequitas, 10, 11, 83, 145, 154, 182, 259
aequum et bonum, 10
aerarium, 124
aestimatum, 308
afinidad, 372, 373, 377
ager decumanus, 45-46
ager publicus, 34, 35, 45, 45-46, 202, 203, 229, 230, 231
ager stipendiarius, 45-46
ager tributarius, 45-46
ager vectigalis, 45-46, 245
ager viritanus, 45-46
agnación, 347, 396, 447
alieni iuris, 120, 358, 359
aluvio, 209
alveus derelictus, 209
anexión, 42-44
animus, 230, 231
antichresis, 250
anulabilidad, 159-164
apelación, 191
apud iudicem, 168-170
arras, 290, 377
auctoratu-s, 115
auctoritas, 32, 33, 42, 49, 51, 84, 85, 159, 191, 212-213, 216, 231, 257, 331, 371, 387, 389, 390, 392
augures, 24
avulsio, 209
bárbaros 52, 54, 55, 57, 94-95
beneficium cedendarum actionum, 277
beneficium competentiae, 324, 325, 327, 328, 332, 373, 383, 397
beneficium divisionis, 276
beneficium excursionis, 276
beneficium inventarii, 412 bona, 114
bonorum cessio, 325, 328, 332
bonorum distractio, 327
bonorum emptor, 326-327, 340
bonorum possessio, 83, 155, 222, 398-401, 431, 451-453
bonorum posseores sane, secundum, contra tabulas, 400, 410
bonorum sectio, 327 bonorum separatio, 404, 411
bonorum venditio, 131, 178, 181, 192, 322, 325-327, 333, 340, 403, 405
burocracia, 16, 59
capacidad, 103-105, 385-392
capitis deminutio, 107, 118, 257, 339, 359, 361, 364, 428
caso fortuito, 262, 293, 316-317, 320

causa (iusta), 217, 285, 290, 300, 313
cautio, 285, 387
cautio damni infecti, 186, 223
censor, 38
cessio (in iure), 135, 202, 216-217, 240, 407
chirographa, 289
ciudad estado, 7, 27, 33 ciudad quiritaria, 17
cives óptimo iure, 31, 45, 117-118
civitas, 17, 22, 24-25, 29, 33, 67, 69, 125, 353
clientes, 22
codex: ver código Codex Theodosianus, 88-89
codicilo, 421-422 código, 82, 89, 90, -91, 121
código civil argentino, 100
Código de justiniano, 90
coemptio, 361, 363, 390
cognación, 347, 396, 447, 454
cognati, 452
cognitio extraordinem, 83, 168, 188-192, 302, 341, 443
cognitor, 176, 278, 444
colegialidad, 36, 206
colonato, 59, 115
collatio, 409-411
collegia, 125-126
comicio centuriado, 28
comitiis calatis, 352, 416
commercium, 132, 441
commissoria (lex), 295
commixtio, 207, 211
Common Law, 98
comodato, 303-304
compensación, 340-341, 384
compilación justiniane, 7, 89-92
compraventa, 215, 290-296
compromiso, 312
concilio, 29, 43
concubinato, 374-376
condemnatio 176, 177, 183, 206, 279, 319, 367
condición, 147-151
conductio causa data causa non secuta, 274
conductio certae xei, 244
conductio de eo quod certo loco, 333
conductio ex lege, 274
conductio furtiva, 268, 274
conductio generalis, 274
conductio indebiti, 258, 273, 274
condictiones, 183, 274, 306
conductio ob iniustam causam, 274
conductio ob turpem causam, 274
conductio sine causa, 274
condominio, 199, 205-207, 273
confarreatio, 26, 361, 363, 368
confusión, 211, 240, 246, 339
connubium, 29, 70, 72, 368, 369, 370-371, 373, 374, 375
consensus, 142, 283, 371 consignar, 321, 334
consortium, 205-206, 273, 299, 353, 408, 447

constitución, 31
constituciones imperiales, 86-87, 91, 93, 398
ccnstitutum 155, 218
cónsul, 21, 30, 40
contio, 41
contracto (quasi ex), 272-274, 408
contrato, 281-283
contratos litteris, 83, 287-289
contubernium, 109
convención, 281-283
coposesión, 234
Corpus, 230, 231
Corpus iuris, 9, 91-94, 99
costumbre, 62, 88
cretio, 404
crimina, 255, 265
cuestor, 4u
culpa, 318-320
culpa lata, 304, 318
cúratela, 22, 390-392
curator, 154, 390-392
Curiana (causa), 156-157, 428
cunas, 23, 24, 41, 416
cursus honorum, 29, 33, 39, 74.
custodia, 317
damnum iniuria datum, 265, 268-269
daré, 255, 263
decemviri, 30
decreto, 87, 38
decreto repentinum, 81, 182
decuriones, 45, 358
dediticios (libertos), 52, 112, 113
dediticios (peregrinos) 52, 119
deditio noxae, 265, 363
delegatio, -336-337
delicta, 255, 265, 365
delicto (quasi ex), 271-272, 311, 334
demostratio, 179
denegatio (actionis), 175, 177
depósito, 304-305
derecho objetivo, 10, 81, 82
derecho quiritorio, 18, 68
derecho subjetivo, 10, 81, 82
derelictae (res) 196, 213
desheredación, 432
detestatio sacrorum, 359
diarquía, 51 dictador, 30
dictio (dotis), 286-287, 312, 334, 381
diffarreatio, 363, 378 Digesto, 91-93, 98, 101
divortium, 377-379
doctrina, t>2
dolo, 162-163, 317
Dominado, 17, 54-55
dominio bonitario: ver propiedad bonitaria dominium, 46-48, 199-200, 202, 229, 349
dominus, 56, 57, 78, 108, 109, 110, 111, 112, 200, 222

donación, 152, 158, 286, 308, 312-314 332, 384, 385 dote, 137, 286, 332, 381-384
ductus, 238
duoviri perduellionis, 25 462
edicto, 80-81, 87, 178, 187-188
Edicto de Caracalla, 49, 52, 87, 119
Edicto del Máximo, 59
Edicto de Milán, 58
Edicto de Tolerancia, 58
Edicto Perpetuo, 87, 451
edicto translaticio, 37, 187
ediles, 29, 40 ejecución, 170, 178, 192
emancipación, *li*, 115, 215, 354, 363-364
emptio spei, rei speratae, 291
empor (familiae), 346, 418
enfiteusis, 227, 230, 231, 245-246
erctum non citum, 205-206, 299, 353
error, 160-162, 273
esclavitud, 107-114
especificación, 207, 211
estipulación: ver stipulatio estipulaciones pretorianas, 186, 223, 285
etruscos, 20, 21, 23
evicción, 146, 293, 332
exceptio, 7fi. 112, 175, 179-180, 328
exceptio doli mali, 162-163, 332, 341
exceptio legis Cinciae, 313
exceptio legis Plaetoria, 392
exceptio non numeratae pecuniae, 289
exceptio pacti conventi, 309, 342
exceptio quod metus causa, 163
extraneus (rieres) 402, 404-405, 439
extra ordinem: ver cognitio extraprocesales, 80 186-187
faceré, 255
familia, 345-347
familia agnática, 201, 202, 203, 349-353
familia communi iure: ver familia agnática familiae empor: ver empor fas, 12
feciales, 210
ferruminatio, 210
fianza, 275-277
ficiicias (acciones o fórmulas).171, 181, 424
fictio legis Corneliae,
fideicomiso, 111, 152, 442-446
fideiussio, 276
fidepromissio, 261, 375
fides, 80, 146, 174, 259
fides (bona), «0, 156, 174, 175
fiducia, 152, 154, 184, 248, 390, 418
filiación, 357
filius familias, 120, 231. 257, 265,
335, 347, 353, 357, 3^c9 363, 365, 366, 386, 430, 431. 455
fiscus, 124 flámines, 26
foenus nauticum,
formalismo, 66, 146
fórmula, 174, 178-180, 218
formulae conceptae in ius, in factum, 175, 180-182, 210, 271
formulario (procedimifno, 167, 169, 173-178

formula Rutiliana, 32
fragmento de Gayo, 03-65, 73, 81
fraude, 322
frutos, 138, 212, 225
fuerza mayor, 316-317
fundaciones, 126 fundos itálicos, 46, 52
furiosus, 123, 169, 317, 390, 391, 436
furtum, 209, 213, 266-268
genérica (cosa), 136, 316
gens, 21-22, 201, 346, 348, 351
gentiles, 22, 450
gestio, 154, 184, 272-273, 300, 331, 388, 389
Glossa Magna, 98
Guerra Social, 16, 35
habitación, 197, 235, 244
Haftung, 254, 329
hecho, 140
herede (usufructo pro): ver usufructo hereditatis heredero, 152, 397, 402-405, 427
hereditas, 214, 397-398
heredium, 201 hipoteca, 247-251, 275, 327
honor, 38, 50, 52, 78, 122-123, 183, 386
impedimentos 371-373
impensas, 210, 220-221
imperfecta (lex), 76, 313
imperium, 21, 24, 25, 30, 37, 39, 40, 44, 45, 49, 82, 186
impúberes, 121
inaedificatio, 209
infamia, 41, 122-123, 327
infans, 169, 317, 388
ingenuidad, 112 inieccio (manus), 115, 170, 172-173, 256, 324
iniuria, 265, 270-271
innominados (contratos) 306-308, 342
Instituciones de Justiniano, 93
intentio, 179, 180, 182, 183
intercessio, 27, 38
interdictio aqua et ignis, 118
interdictos, *Val*, 187, 232-234, 296
interdictum quod vi aut clam, 224
interdictum quorum bonorum, 415
interpolaciones, 91
interrex, 42
intuitu personae, 161
iter, 238
iudicium, 166, 187
iura, 14, 88, 89, 90, 93, 235
iura in re aliena, 149, 196-197, 235
iure (in), 168-169, 173
iurisdictio, 11, 29, 37, 40, 44, 67, 72, 73, 8a, 88, 166, 174, 175, 189
iurisprudentia, 13, 60, 62, 67
ius.10-11, 68, 215
ius abstinendi, 403
ius actionis, 117
ius agendi cum populo,³¹
ius agendi cum senatu, 37, 41
ius civile, ll, 12, 72, 74, 75, 80, 88, 96, 174, 181, 239, 258, 281, 290, 399, 401, 455

ius commercii, 111, 132, 207, 441
ius connubii, 111
ius distrahendi, 250
ius exponendi, 356, 357, 364, 463
ius gentium, ll, 12, 18, 46, 73 82, 87, 88 119, 174. 207. 290
ius honorarium, 14, 74, 75, 78, 80, 87, 401, 455
ius honorum, 111
ius inferendi, 133
ius legitimum, 11
ius liberorum, 390, |4 54
ius naturale, ll.|12, 207
ius novum, 83, 88
ius noxae dandi, 365
ius Papirianum, 69
ius praetorum: ver ius honorarium ius privatum, 12
ius prohibendi, 206, 223
ius provocationis, 117
ius publice respondendi, 84-85
ius publicum, 11, 112
ius sepulcri, 133
ius suffragii, 112
ius tollendi, 210
ius variandi, 263
ius vendendi, 356
ius vitae ac necis, 356
iustitia, 13
latina (condición), 35, 52, 118-119
latini coloniarii, 119, 424 latinos, 118, 424
latinos junianos, 52, 112-113, 119, 424
laudemio, 246 legado, 110, 274, 436-439
legatum per damnationem, 260, 329, 437-438
legatum per vindicationem, 437
leges, 88, 89, 93
leges regiae, 69
legítima, 416, 432-436
legitimación, 358, 375
legitimi, 452 ley, 62, 7S-76
Ley de Citas, 89->u leyes caducarías, 425
leyes romano-bárbaras, 81 96-97
lex Aebutia, 168, 174
lex AeJia Sentia, 112, 117, 465
lex Apuleia, 275
lex Aquilia, 76, 185, 268-269, 286
lex Atilia, 387, 390
lex Calpurnia, 172
lex Cannuleia, 29, 69 70. 76
lex Cicereia, 276
lex Cornelia de iniuriis, 270
lex curiata de imperio, 24
lex XII Tabularum, 69-73
lex Falcidia, 420, 434, 442, 445, 446
lex Fufia Caninia, 112
lex Furia testamentaria, 441, 446
lex Hortensia, 32, 77
lex lulia de adulteriis, 373, 374, 382

lex lulia de fundo dotali, 381 lex lulia de maritandis ordinibus, 425
lex lulia et Titia, 387, 390
lex lulia iudiciorum privatorum, 168, 175
lex lulia municipalis, 45
lex Minicia, 116
lex Ovinia, 41
lex Papia Poppaea, 404, 425, 440
lex Plaetoria, 121, 390, 392
lex Poetilia Papiria, 69, 2.56
lex Rhodia de iactu, 80,298
lex Romana Burgundionum, 97, 419
lex Scribonia, 228, 239
lex Valeria Horatia, 29
lex Voconia 425, 442, 446
liberi (unde), 431, 451-452
libertatis (status) 107, 116, 169
libertos, 52, 112-113, 457, 458
libertos dediticios, 52, 113
libram (per aes et), 215-216, 255, 256, 418
libripens, 215 limes, 59
limitati (fundi) 208, 209
litis aestimatio, 185, 218
litis contestatio, 177, 190, 191, 257, 278, 318, 387, 414
litis crescentia, 324
litis denuntiatio, 190
locación, 296-298
locatio-conductio reí, operarum, operis, 296-298
magister bonorum, 326
magister populi, 30,
maleficia, 265
mancipatio, 72, 109, 114, 135, 181, 206, 215-216, 240, 293, 361, 363
mancipi (in causa), 114-115, 120, 265, 355, 356, 360, 363
mancipium, 73,135, 196, 200, 201, 202, 216, 228, 229, 354-355
mandato 154, 300-302, 331
manum (conventio in manum) 338, 347, 361-363, 373, 393
manumisión, 110-111, 146, 424
manus, 130, 228, 361-362, 379, 402, 431
matrimonio, 367-370
mentecaptus, 123, 391
minores, 121-122, 186, 250, 392, 433
missiones in possessionem, 186, 250, 325
modus, 126, 152
mora, 314, 320-322
mores maiorum, 67, 72, 73, 77, 228
Muciana cautio, 150
Muciana praesumptio, 313, 373, 380
muerte, 106
muñera, 59, 117, 358
municipium, 44,125
mutuo, 138, 302-303
nacimiento, 105
natalium restitutio, 112 naturales (elementos), 146, 293
naturales (obligaciones), 109, 257-258
naturalis, 207, 226, 257
necesarias (mejoras), 220-221, 383

nefas, 12 negocio, 139
negocio abstracto, 145, 285
negocios (interpretación de los), 155-157, 282
nexum, 115, 254, 856, 281, 329
nomen, 2*2, 118
nomina transcripticia, 287-289
novación, 277, 279, 288, 334-338
novatio: ver novación Novelas, 91, 93, 455, 456, 457
noxal (abandono), 109, 356-357, 363
nulidad, 159
nuncupatio, 216, 418
nuptiae (iustae), 107, 116, 117, 347, 357, 373, 375
obligatio, 254-256
obsequium, 114
ocupación, 207, 208, 209
oneris ferendi, 237, 239, 262
operae, 114
operae servorum, 197, 235, 245
operis novi nuntiatio, 223
pacto, 308-314
pacto legítimo, 312-314, 381
pactum displicentiae, 148, 295
pago, 330-334
Pandectística, 7,101, 139, 155
Paráfrasis de Teófilo, 95
parapherna, 380
parentesco, 348
paterfamilias, 24, 64, 69, 76,346, 364
patres: plural de paterfamilias patricios, 16, 28-29
patrimonio, 130-131, 193 patronato, 112, 114
patronus, 22 peculio, 137, 181, 257, 354, 359, 365-366, 410
peculio adventicio, 243, 366
peculio castrense, 365
pecunia, 131, 303
perceptio, 138, 212
peregrinos, 45, 118, 119
peregrinos dediticios, 52, 119
permutatio, 138, 212
persona, 104
personalidad de las leyes, 65, 96,
370 personas jurídicas, 123-127
petendo (pactum de non), 147, 309, 330
petitio (hereditatis), 413-414
pictura, 210
pignoris capio, 167, 172, 324
pignoris conventio, 249
pignoris datio, 249
pignus, 226, 230, 248-251, 266, 275, 305
plantatio, 209
plebeyos, 27 28-29
plebiscito, 29, *Ó*
plumbatura, 210
polis, 27, 33, 56, 70
pontífices, 26, 65
populus, 27,30, 31, 33, 3 5,51,124

posesión, 46, 135, 214, 224-234
possessio ad interdicta, 220, 226
possessio ad usucaptionem, 228, 248
possessio (bonorum): ver bonorum possession possessio iuris, 235
possessio (quasi), 234, 240
possessio status, 235
postliminium, 108, 226, 368, 378, 424, 429
postumos, 402, 424
potestad (patria), 355
praescriptio, 179, 185, 307, 342, 343, 414
praescriptio longissimi temporis, 215
praescriptio longi temporis, 155, 185, 214-215, 240, 241
praestare, 255
praetor, 29, 30, 40, 63, 78-82, 121, 122, 131, 143, 145, 159, 173, 221, 222, 223, 245, 247, 248, 256, 258, 268, 269, 270, 271, 274, 281, 282, 284, 285, 295, 303, 309, 310, 313, 322, 325, 326, 327, 328, 333, 336, 340, 342, 365, 367, 387, 392, 418, 421, 443, 446, 450, 452, 453
precario, 227, 230, 308
prenda: ver pignus
prescripción liberatoria, 342-343
preterición, 428, 430-431
pretor: ver praetor Princeps, 17, 41, 49, 78, 466
Principado, 17, 37, 48-51
procesales (recursos), 80, 175
Proculeyanos, 83, 121, 211
procurator, 155, 176, 278, 279, 331, 444
pródigo, 166, 391
promagistratura, 34, 36, 38, 45, 50
promissio iurata liberti, 114, 287
promissio dotis, 287, 312, 381 propiedad, 198-205, 230
propiedad bonitaria, 113, 181, 203, 221, 222, 225
propiedad peregrina, 202
propiedad ürovincial, 133, 202, 246
provincia, 45
provocatio, 37, 117
proximus iníantiae, 121, 317, 388
proximus pubertati, 121, 388 púberes, 121 putativo (título), 214, 227
quaestores parricidii, 25
querela inofficiosae donationis, 436
querela inofficiosi dotis, 436
querela inofficiosi testamenti, 395, 420, 432-436 quirites, 16, 68
rapiña 265, 268 re (cum), 399, 431, 451
recepta, 310-311
redemptus ab hostibus, 116
regla Catoniana, 441
reivindicación, 111, 219-221, 225
religiosus, 109, 133, 204
remancipatio, 363, 378
remisión, 324, 341-342
renacimiento (del Derecho Romano), 97-98
representación, 153-155, 176
res, 129-130, 213, 302
rescriptum, 86, 359
reserva mental, 158
res nullius, 208, 406
res publica, 31-32

restituciones, 220
restitutio (in integrum), 121, 159, 186, 322, 359, 380, 392
retentiones, 383-384
rex, 15
rogatio, 43, 358
romanitas, 116
Roma Quadrata, 20
Sabimanos, 85, 12i, 211
sabinos, 20
sacer, 29, 167
sacra, 22
Schuld, 254, 329
scriptura, 210
seminatio, 209
Senado, 24, 41-42
senadoconsulto Macedoniano, 257,
303 senadoconsulto Neroniano, 83, 438-439
senadoconsulto Orficiano, 454 senadoconsulto Pegasiano, 445-446
senadoconsulto Tertuliano, 454 senadoconsulto Trebelliano, 445-446
senatusconsultum, 31, 42, 398
sententia, 170, 178, 191-192
separatio, 138, 212
Septimontium, 20
servidumbre, 197
sociedad, 298 300, 339
socii, 35, 45, 4ti, 298
solutio per aes et libram, 329
sponsalia, 376-377
sponsio, 172, 256, 275, 281, 284-286, 330, 334
sponsor, 261
spurii, 357
status, 106-120
stipulatio, 109, 256, 260, 277, 281, 284-285, 289, 293, 312, 330, 336, 337, 410, 445, 446
stipulatio Aquiliana 330, 338, 342
stipulatio poenae, 147
stuprum, 374
substitución, 427-428
substitución pupilar, 157, 428
sucesión, 131, 326, 393-394
suffragium, 24, 30
sui iuris, ll, 120, 202, 346, 353, 363,
364 sujetos (transposición de), 175,
182, 326 superficies, 197, 227, 230, 231, 234, 247
suus (heres), 397, 402-403, 428, 449
syngraphae, 289
tempus, 214
tenencia, 224, 296
tesoro, 208
testamenti factio activa, 108, 117, 423-424
testamenti factio passiva, 117, 424-425
testamento pretorio, 83, 399, 418
testamentum calatis comitiis, 349, 352, 416-417, 448
testamentum in procintu, 352, 416-417
Tetrarquía, 55
timocrático, 21, 24, 27, 31-3?

tinctura, 210 tipicidad, 14, 67
 titulus, 213 tradición, 130, 208, 217-218, 231, 290, 381
 traditio: ver tradición transactio, 308, 342
 transcripticia (nomina), 287-289, 334
 tria nomina, 117-118
 tribuni consulari potestate, 28
 tribunos de la plebe, 27, 38
 tribus, 23
 trinoctium, 73, 229, 354, 362
 tutela, 22, 122, 273, 347, 385-390
 tutor, 154, 385-390
 uso, 197, 235, 244
 usucapió: ver usucapión usucapió hereditatis, 214, 229, 406-407, 413
 usucapión, 130, 135, 139, 181, 186, 212-215, 228, 326, 362, 406
 usufructo, 197, 235, 241-244
 usufructum (quasi), 243-244
 usus, 212, 228-229, 241, 362
 usus (furtum), 250, 266, 304
 útiles (mejoras) 383
 utilitas publica, 50, ai, 83
 uti possidetis, 233
 utrubi, 233
 uxor, 379, 380, 453
 vadimonium, 176
 venta "ad gustum", 148, 149, 295
 vía, 238
 vicios redhibitorios, 146, 294
 vindex, 169
 vindicatio, 196, 240
 violencia, 1G3-164
 vir, 453
 vocatio in ius, 169, 176
 voluntad, 143-144, 155-158
 voluntad (vicios de la) 160-164, 282
 voluptarias (mejoras), 221, 383
 vulgo concepti, 357

NOCIONES PRELIMINARES

Concepto de Derecho Romano.....	7
Nociones fundamentales	10
Ius.....	10
Ius publicum-Ius privatum.....	11
Ius publicum	11
Ius privatum	11
Fas.....	12
Iustitia	13
Iurisprudentia	13
Aequitas.....	13
Caracteres del Derecho Romano	13
Períodos históricos.....	
Propuesta para una división de la historia romana.....	17
Distintas propuestas de periodización del Derecho Romano	

CAPITULO II
HISTORIA Y ESTRUCTURA DE LAS INSTITUCIONES
POLÍTICO-SOCIALES ROMANAS

La ciudad quiritaria	19
Los orígenes y los reges.....	19
La gens	21
Las tribus	23
Las curias y el comicio curiado	23
El senado	24
El rex	25
Colegios sacerdotales	26
La civitas patricia y la transición a la res publica.....	26
Civitas.....	26
Procesos que llevan a la estructuración de la res publica	27
Conflicto e integración patricio-plebeya	28
La formación del populus	30
Los herederos del jimpurium	30
Res publica	31
Caracteres del régimen constitucional de la res publica.....	31
Períodos de la res publica	32
Perfeccionamiento de la integración patricio-plebeya	32
Equilibrio funcional de la civitas	33
Preponderancia de la política imperialista	33
Crisis de la res pública	34
Guerras civiles	36
Órganos de la res publica.....	37
La magistratura.....	37
Distintas magistratura	39
El Senado.....	41
Los comicios.....	
Estructuración del ámbito hegemónico romano durante la res publica.....	44
Hegemonía en Italia	44
Hegemonía fuera de Italia.....	45
La condición del suelo	46
Principado	48
El sistema político del Principado.....	49
Los poderes del príncipe.....	49
Los órganos tradicionales	50
Naturaleza política del Principado	51
Evolución estructural del Imperio.....	51
Los grandes momentos históricos del Principado.....	52
El siglo de Augusto	52
Pax Romana	53
La crisis del siglo	53
El Dominado	54
Reorganización del Imperio	55
Fisonomía y organización del poder.....	56
Estructura del Imperio	57

El cristianismo y el Imperio	57
Concepción totalitaria del estado	58
Los bárbaros y el ejército	59
División del Imperio.....	60
 CAPITULO III	
FUENTES DEL DERECHO ROMANO	
Concepto de fuentes del derecho.....	61
La costumbre.....	62
Doctrina	62
Jurisprudencia.....	62
Ley	62
Derecho arcaico.....	64
Caracteres del derecho arcaico	64
(A) Conservatismo.....	64
(B) Preponderancia de los conceptos de poder y de status personal	64
(C) Sentido exclusivista del ordenamiento jurídico.....	65
(D) Originalidad.....	65
(E) Dinamismo	65
(F) Temprano deslinde entre lo jurídico y lo mágico religioso	65
(G) Formalismo.....	66
(H) Tendencia a la generalización y sistematización.....	66
Las mores maiorum y la disciplina pontifical	67
Legislación	67
Ley de las XII tablas	69
Derecho preclásico.....	73
Los sistemas estratificados del derecho preclásico.....	73
La labor doctrinaria de los jurisprudentes.....	74
Períodos de la jurisprudencia preclásica	75
 Legislación	75
Lex.....	75
Plebiscito.....	77
Senadoconsulto.....	77
 La labor jurisdiccional	77
El pretor peregrino y el ius gentium	79
La fórmula y el edicto, pilares del ius honorarium	80
El Derecho Romano como un sistema de acciones	81
Derecho clásico	82
 Caracteres	82
Universalismo	82
Decreciente formalismo	82
Decreciente rigidez	83
Paulatina abstracción	83
Creciente uso del documento escrito.....	83
 La labor de los juristas clásicos.....	83
La producción escrita	84
Ius publice respondendi	84
Sabinianos y proculeyanos	85
Períodos de la jurisprudencia clásica	85
 La legislación	86

Leges publicae.....	86
Scnadoconsultos	86
Constituciones imperiales	86

La labor jurisdiccional	87
El Edictum Pcpetuum	87

Derecho posclásico	87
Caracteres	87
La costumbre	88
La jurisprudencia.....	89
Ley de citas	89
La legislación	90
El Código Teodosiano	90
Corpus iuris civilis	91
Interpretación del Corpus.....	93
Modo de citar los pasajes del Corpus iuris	94

CAPITULO IV VIGENCIA ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano en Oriente.....	95
La producción posjustinianea	95
La paráfrasis de Teófilo.....	95
Compilaciones bizantinas	95

El Derecho Romano en Occidente	96
El sistema de la personalidad de las leyes.....	96
El renacimiento del Derecho Romano.....	97
Glosadores.....	98
Comentaristas	99
Humanistas.....	99
La recepción del Derecho Romano	100
La tendencia codificadora y la escuela histórica	101
El Derecho Romano en la Argentina	102

CAPITULO V LAS PERSONAS

Comienzo y fin de la existencia.....	105
Nacimiento.....	105
Muerte.....	106
El "status"	106
Status libertatis	107
Los esclavos	107
Los libres.....	112
Situaciones afines a la esclavitud	114
Status civitatis	116
(A) Los ciudadanos romanos	116
(B) Los latinos.....	118
(C) Los peregrinos	119
Status familiae.....	120
(A) Sui inris	120
(1!) Alieni iuris	120
Causas modificativas del "status".....	120
(A) La edad"	120
(B) El sexo.....	122

(C) El honor civil. La infamia.....	122
(D) Enfermedad mental	123
Personas jurídicas.....	123
El estado romano	124
El fisco.....	124
Municipios	125
Asociaciones.....	125
Requisitos y funcionamiento	125
Fundaciones.....	126

CAPITULO VI LAS COSAS

Concepto de Cosa.....	129
Patrimonio.....	130
División de las cosas.....	131
División de las cosas según su condición jurídica fundamental.....	132
Res in coinmercio - Res extra commercium.....	132
Res in patrimonio - Res extra patrimonium	132
Res divini iuris - Res humani iuris.....	132

División de las cosas patrimoniales según concepciones

o estructuras de la primitiva sociedad romana.....	135
Res mancipi - Res nec mancipi	135
Cusas muebles - Cosas inmuebles	135

División de las cosas según determinadas características

o particularidades.....	136
Cosas consumibles - Cosas no consumibles	136
Cosas fungibles - Cosas no fungibles.....	136
Cosas divisibles - Cosas indivisibles	136
Cosas simples - Cosas compuestas - Universalidades do cosas.....	137
Partes de cosas - Cosas accesorias.....	137
Frutos.....	138

CAPITULO VII EL NEGOCIO JURÍDICO

Hechos y actos jurídicos.....	140
Actos y negocios jurídicos	141
Clasificaciones.....	142
Elementos del negocio jurídico	143
(A) Esenciales	143
(B) Naturales.....	146
(C) Accidentales	147
1) Condición	147
2) Plazo o término	151
3) Modo o cargo	152
Representación en los negocios jurídicos.....	153
Interpretación de los negocios jurídicos	155
Divergencia entre voluntad y declaración.....	158
Ineficacia del negocio jurídico.....	158
Vicios de la voluntad.....	160
(A) El error.....	160
1) Error in negotio	160
2) Error in persona	161

3) Error in corpore	161
4) Enor in substantia.....	161
5) Error in quantitate	162
(B) El dolo	162
(G) La violencia	163
CAPITULO VIII	
DEFENSA PROCESAL DE LOS DERECHOS	
El sistema de las legis actiones.....	168
Procedimiento	169
Las parles	169
In ius vocalio	169
Etapa in iure	169
La etapa apud iudicem	170
La sentencia.....	170
Ejecución	170
Legis actio sacramento	171
Legis actio _s per iudicis arbitrive postulationem.....	171
Legis actió per condicionem	172
Pignoris capio	172
Manus iniectio.....	172
El procedimiento formulario.....	173
Historia	173
Desarrollo del proceso.....	176
Citación	176
Las partes.....	176
Etapa in iure.....	176
Etapa apud iudicem	177
La ejecución.....	178
La fórmula.....	178
Clases de fórmulas.....	180
Clasificación de las acciones	182
Actiones civiles - Actiones honorariae	183
Actiones in rem - Actiones in personam - Mixtae	183
Actiones stricti iuris - Acliones bonae fidei - Actiones in bonum ct aequum conceptae	184
Actiones reipersecutoriae - Actiones poenales - Actiones mixtae.....	184
Actiones arbítrame.....	185
Actiones perpetuae - Actiones temporales	185
Medios extraprocesales	186
(A) Stipulaliones praetorianae	186
(B) In inU'grum restitutio	186
(C) Missiones in possessionem	186
(D) Interdicta	187
El edicto.....	187
El sistema extra ordinem.....	188
Historia.....	189
Desarrollo del proceso.....	190
Citación	190
Actuación judicial	190
Apelación	191

Sentencia	191
Ejecución	191

CAPITULO IX

DERECHOS REALES

Concepto de derechos reales.....	193
Derechos reales - Derechos personales.....	194
Génesis de los derechos reales.....	196
La propiedad	198
Caracteres	198
Absoluta.....	198
Perpetua.....	199
Exclusiva	199
Denominación	199
Historia del derecho de propiedad	200
Contenido	203
Limitaciones de derecho público	204
Limitaciones de deieclio privado.....	205
Condominio	205
Modos de adquisición de la propiedad	207
Modos de adquisición	207
Modos originarios	208
Modos derivativos.....	215
Defensa procesal de la propiedad	218
Reivindicación	219
Procedimiento	219
Restituciones	220
Impensjs	220
Acción Publiciana.....	221
(A) El propietario bonitario	221
(B) El poseedor de buena fe a non domino	222
(C) El propietario quiritorio	222
Acción negatoria.....	222
Actio finium regundorum	223
Operis novi nuntiatio.....	223
Cautio damni infecti	223
Actio aquae pluviae arcendae	223
Interdictum quod vi aut clam	224
La posesión	224
Terminología	226
Possessio naturalis	226
Possessio.....	226
Possessio civilis.....	228
Historia	228
Fundamento de la protección posesoria	229
Requisitos para la tutela posesoria.....	230
Adquisición de la posesión	231
Conservación de la posesión.....	231
Pérdida de la posesión.....	232
Defensa de la posesión	232
Interdictos para retener la posesión	233
Interdictos para lecupciar la posesión	233
Coposesión	234
Quasi possessio.....	234

Las servidumbres.....	235
Concepto de servidumbre	235
Servidumbres prediales.....	237
Clasificación de las servidumbres prediales	238
Tipos de servidumbres	238
Constitución de las servidumbres	239
Defensa de las servidumbres	240
Extinción de las servidumbres	240
Servidumbres personales	241
Usufructo	241
Uso.....	244
Habitatio	244
Operae servorum	245
Derechos reales pretorianos.....	245
Enfiteusis.....	245
Superficies	247
Prenda e hipoteca.....	247
Constitución de la prenda y de la hipoteca.....	249
Derechos del acreedor pignoraticio e hipotecario	250
Extinción de la prenda y de la hipoteca	251

CAPITULO X

OBLIGACIONES EN GENERAL

Concepto de obligación	254
Evolución de la obligación romana.....	255
Clasificación de las obligaciones	257
Por el vínculo.....	257
Obligaciones civiles y naturales.....	257
Obligaciones civiles y honorarias.....	258
Obligaciones de derecho estricto y de buena fe.....	258
Por los sujetos	259
Obligaciones parciarias	259
Obligaciones cumulativas	259
Obligaciones solidarias	260
Obligaciones ambulatorias.....	261
Por el objeto.....	262
Obligaciones genéricas y específicas	262
Obligaciones divisibles e indivisibles	262
Obligaciones alternativas y facultativas	263
Fuentes de las obligaciones	264
Clasificaciones.....	264
Obligaciones nacidas de delitos.....	265
El furtum	266
La rapiña.....	268
El damnum iniuria Batum.	268
La iniuria	270
Obligaciones nacidas quasi ex delicto.....	271
El supuesto del juez que hace suya la causa	271
El caso del effusum ct deiectum	271
El caso del positum et suspensum	272
El supuesto del dueño de un navío, posada o caballeriza	272

Obligaciones nacidas quasi ex contractu.....	272
La gestión de negocios	272
La tutela	273
El condominio y la indivisión hereditaria	273
El pago por error	273
Los legados.....	274
Enriquecimiento sin causa	274
Garantía de las obligaciones	275
Fianza	275
Sponsio.....	275
Fidepromissio	275
Fideiussio.....	276
Caracteres comunes	276
Transmisión de créditos y deudas.....	277
Cesión de créditos	277
Cesión de deudas	279
CAPITULO XI	
CONTRATOS	
Clasificación.....	283
Contratos verbales	284
Slipulatio	284
Dotis dictio	286
Promissio iurata liberti.....	287
Contratos literales	287
Nomina trascrypticia.....	287
Chirographa y syngraphae.....	289
Contratos consensuales.....	289
Compraventa	290
Locación	296
Sociedad.....	298
Mandato	300
Contratos reales.....	302
Mutuo	302
Comodato	303
Depósito	304
Prenda.....	305
Contratos innominados.....	306
Permutatio.....	307
Aestimatum.	308
Precarium	308
La donación con cargo.....	308
Transacción	308
Pactos.....	308
Pactos con protección pretoriana	310
Constitutum.....	310
Recepta	310

Los pactos legítimos	312
El compromiso	312
La institución de dote.....	312
La donación.....	312

CAPITULO XII EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Efectos de las obligaciones.....	315
El incumplimiento de la obligación.....	316
Caso fortuito o fuerza mayor.....	316
El dolo	317
La culpa	318
Responsabilidad por el incumplimiento culpable	318
El retardo en el cumplimiento.....	320
Fraude del deudor en perjuicio de los acreedores.....	322
Acción Pauliana.....	323
Ejecución de las obligaciones incumplidas	324
Bonorum venditio	325
Distractio bonorum	327
Bunorum sectio.....	327
Bonorum cessio.....	328
Extinción de las obligaciones	328
Modos primitivos de extinción	328
Solutio per aes et libram	329
Acceptilatio	329
Modos de extinción "ipso iure"	330
Pago	330
Novación	334
Mutuo disenso.....	338
Concurso de dos causas lucrativas...	338
Confusión.....	339
Muerte y capitis deminutio.....	339
Modos de extinción ope exceptionis.....	340
Compensación	340
Remisión tie Uí deuda	341
Transacción.....	342
Prescripción liberatoria.....	342

CAPITULO XIII FAMILIA

Concepto de familia.....	345
Agnación y cognación	347
Parentesco.....	348
Panorama histórico del régimen familiar.....	348
Los poderes del paterfamilias	354
Patria potestad.....	356

Modos de entrar en la familia	357
Filiación	357
Adrogación y adopción	358
Conventio in manum.....	359
Modos de egresar de la familia	362
Emancipación	363
Capacidad patrimonial de los filiifamilias	364
Peculum profecticum.....	365
Peculum castrense	365
Peculum quasi castrense.....	366
Peculum adventicium o bona adventicia	366
Actiones adiectiae qualitatis	366
El matrimonio	367
Requisitos.....	370
Idoneidad física	370
Conubium	370
Consentimiento	371
Impedimentos	371
Efectos	373
Matrimonio peregrino	374
Concubinato	374
Sponsalia	376
Disolución del matrimonio.....	377
El divorcio en el derecho posclásico	378
Régimen matrimonial de bienes	379
Régimen de bienes estando la uxor in manu.....	379
Régimen de bienes sin estar la uxor in manu.....	380
Régimen de los bienes dótale.....	381
Donaciones matrimoniales	383
Tutela y círatela	385
Tutela de los impúberes	385
Tipos de tutela	386
Actuación del tutor	387
Relaciones entre, tutor y pupilo	388
Tutela de las mujeres	389
Contenido de la tutela	389
Delación de la tutele.....	390
Círatela	390
Círatela del furiosus	391
Círatela de los pródigos	391
Círatela de los menores de 25 años.....	391
CAPITULO XIV	
SUCESIONES	
Sucesiones mortis causa	
Historia.....	395
Sucesión universal mortis causa	397

Hereditas	397
Bonorum possessio.....	398
Delación de la herencia.....	401
Adquisición de la herencia.....	402
Herederos suyos y necesarios.....	402
Heredero necesario.....	403
Herederos voluntarios o extraños	404
 Relaciones jurídicas que surgen de la herencia no adquirida	 405
Herencia yacente	405
Usucapió pro herede	406
In iure cessio hereditaria	407
 Efectos de la herencia	 408
Comunidad hereditaria	408
Acrecimiento	408
Colación de bienes	409
Responsabilidad por las deudas	411
 Protección del derecho hereditario	 413
Hereditatis petitio	413
Interdictum quorum bonorum	415
 Sucesión testamentaria.....	 415
Concepto de testamento.....	415
Formas de testamento	416
Apertura del testamento	421
Codicilos.....	421
Capacidad de testar y capacidad de ser instituido por testamento	423
Contenido del testamento	426
Invalidez y revocación de los testamentos	428
Sucesión contra el testamento.....	430
La sucesión necesaria formal	430
La sucesión necesaria material	432
 Los legados, los fideicomisos y las donaciones por causa de muerte.....	 436
 Los legados	 436
Clases	437
Régimen de aplicación de los legados	439
Limitaciones a la facultad de legar...	441
 Los fideicomisos	 442
Desarrollo histórico	443
Los fideicomisos particulares	444
Las herencias fideicomisarias	444
Las donaciones por causa de muerte.....	446
 Sucesión ab intesatio.....	 447
La sucesión ab intestato en las XII tablas	448
La sucesión intestada en el ius civile.....	449
La sucesión ab intestato en el sistema de las bonorum posesiones.....	451
La sucesión ab intestato de los senadoconsultos.....	453

La sucesión intestada en las constituciones imperiales.....	454
La sucesión ab intestato en las novelas 118 y 127.....	455
La sucesión intestada del liberto	457