

Estas *Lecciones de derecho romano* son la expresión de tres generaciones de juristas que han enseñado el significado de la justicia y el derecho. Fueron pensadas en su origen como apuntes de clase que con el transcurrir del tiempo se cultivaron y florecieron con el aporte de todos los estudiantes, que han encontrado en ellas la esencia más pura de la ciencia jurídica. Hoy se convierten en herramienta obligada de estudiantes, abogados y jueces que necesitan entender el origen y la razón de ser de las instituciones jurídicas que rigen nuestros tiempos. El derecho romano no es una curiosidad histórica, sino el lenguaje común y el método científico que une al mundo jurídico en tiempos de integración y globalización.

La tradición jurídica colombiana y latinoamericana tiene en el derecho romano la fuente universal de sus principios y categorías. Este libro es ejemplo de ello.

Lecciones de derecho romano

Carlos Medellín

340.54
M488
2013
Ej.1

LEGIS

Decimoséptima edición

Lecciones de derecho romano

Carlos Medellín

LEGIS

Bogotá • México D.F. • Buenos Aires • Caracas • Lima • Santiago



LEGIS
INFORMACIÓN & SOLUCIONES

340.54
M488
2013
C.1
B.C.

LECCIONES DE DERECHO ROMANO

Decimoséptima edición
Revisada y ampliada

CARLOS MEDELLÍN



BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO

*A todos los estudiantes de derecho
con quienes renovamos siempre
nuestra devoción por la ley,
la justicia y el derecho*

Docendo dicimus

Primera reimpresión 2014

DECIMOSÉPTIMA EDICIÓN 2013

Decimosexta edición, 2012
Decimoquinta edición, 2009

© Carlos Medellín
© Legis Editores S.A., 2013

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro,
por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme,
offset o mimeógrafo, sin previa autorización del editor.

LEGIS

Presidente (E): *Diego Barrero Castañeda*
Directora Editorial: *Martha Penen Lastra*
Diseño de Carátula: *Juan Felipe Ulloa*
Diagramación: *Prepresa Editorial*
Impresión: LEGIS S.A.

ISBN: 978-958-767-087-5

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PRELIMINARES	xxi
PRESENTACIÓN.....	xxiii
INTRODUCCIÓN.....	xxv

PARTE PRIMERA

NOTICIA HISTÓRICA DE ROMA Y DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO I

Roma y su organización a través de la historia

1. Familia, "gens", "civitas"	1
2. Órganos políticos primitivos	2
3. Instituciones políticas de la república	3
4. El principado y sus instituciones	8
5. El dominado	10

CAPÍTULO II

Proceso histórico del derecho romano

1. Épocas.....	13
2. El derecho romano después de Roma	15

CAPÍTULO III

Fuentes

1. Principales fuentes.....	23
2. Codificaciones.....	37

3. Compilaciones de justiniano.....	39
4. Cómo se cita el “corpus iuris”	41

**PARTE SEGUNDA
PROCEDIMIENTO**

**CAPÍTULO I
Introducción**

1. Organización judicial.....	44
2. Los magistrados.....	44
3. Los jueces	45

**CAPÍTULO II
Los tres sistemas de procedimiento**

Los tres sistemas de procedimiento.....	47
---	----

**PARTE TERCERA
DEL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS**

INTRODUCCIÓN	53
--------------------	----

**CAPÍTULO I
Estado de libertad**

1. Definición	55
2. La esclavitud	55
3. Manumisión.....	57

**CAPÍTULO II
Estado de ciudadanía**

1. Los ciudadanos.....	59
2. Los no ciudadanos	59

**CAPÍTULO III
Estado de familia**

1. Personas “ <i>sui iuris</i> ” y “ <i>alieni iuris</i> ”	61
2. Patria potestad.....	62
3. Atributos de la patria potestad	64
4. Fuentes de la patria potestad	66
5. El matrimonio.....	66
6. Requisitos esenciales para contraer “ <i>iustae nuptiae</i> ”	68
7. Efectos del matrimonio	72
8. Disolución del matrimonio	74
9. El matrimonio de los no ciudadanos, el concubinato y el contubernio ...	75
10. La adopción.....	77
11. La legitimación.....	80
12. Extinción de la patria potestad	81
13. De la emancipación.....	82
14. Otras potestades del derecho romano	83
15. De las personas “ <i>sui iuris</i> ”. Protección jurídica de los incapaces	84

**CAPÍTULO IV
De la tutela**

1. Definición	85
2. Tutela del impúber. Designación del tutor.....	86
3. Tutela testamentaria:.....	86
4. Tutela legítima	87
5. Tutela dativa.....	87
6. Quiénes podían ser tutores del impúber. Incapacidades y excusas.....	87
7. Formalidades previas para entrar a ejercer la tutela.....	88
8. De la “ <i>gestio</i> ” y de la “ <i>auctoritas</i> ”	89
9. Límites de las funciones del tutor.....	90
10. Fin de la tutela.....	91

11. Obligaciones del tutor al finalizar el cargo	91
12. Garantías a favor del pupilo para hacer las obligaciones del tutor.....	92
13. Tutela perpetua de la mujer por razón del sexo	93

CAPÍTULO V**De la curatela**

1. Su esfera de aplicación	95
2. Curatela de los “furiosi”, “mente capti”, etc.	96
3. Curaduría del pródigo o disipador	97
4. Curatela de los menores de veinticinco años	98
5. “ <i>Venia aetatis</i> ”.....	98

CAPÍTULO VI**La “*capitis diminutio*”**

1. Definición	101
2. Diversas clases	101

**CAPÍTULO VII
De las personas jurídicas**

1. Su esencia jurídica	103
2. Su reconocimiento	104

**PARTE CUARTA
RÉGIMEN DE LAS COSAS****CAPÍTULO I****Clasificación de las cosas**

1. “ <i>Res in patrimonium</i> ” y “ <i>res extra patrimonium</i> ”.....	105
2. “ <i>Res divini juris</i> ”.....	105

3. “ <i>Res humani iuris</i> ”	106
4. Clasificación de las “ <i>res privatae</i> ”	107
5. Cosas incorporales	108
6. Individualidad de las cosas.....	109

CAPÍTULO II**La propiedad o dominio. Nociones generales**

1. Definición y atributos	111
2. Caracteres especiales y clases de la propiedad romana	113

**CAPÍTULO III
La posesión**

1. Elementos.....	115
2. Distintas clases de posesión	117
3. “ <i>Possessio</i> ” justa e injusta	117
4. “ <i>Possessio bonae fidei</i> ” y “ <i>malae fidei</i> ”.....	118
5. Protección posesoria	118

**CAPÍTULO IV
Medios de adquirir el dominio**

1. Generalidades	121
2. Medios adquisitivos según el derecho civil	122
3. Medios de adquirir el dominio según el “ <i>ius gentium</i> ”	126
4. Protección del derecho de propiedad	131

**CAPÍTULO V
Servidumbres**

1. Definición y clasificación	133
2. Servidumbres prediales (“ <i>servitutes praediorum</i> ”)	134
3. Servidumbres personales.....	136

CAPÍTULO VI	
Derechos reales pretorianos	
1. Superficie.....	139
2. "Ius in agro vectigalis"	139
3. La enfiteusis.....	139
4. La hipoteca.....	140

PARTE QUINTA
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I	
De las obligaciones en general	
1. Nociones generales	143
2. Fuentes de las obligaciones.....	148

CAPÍTULO II
De las distintas clases de obligaciones

1. Obligaciones naturales	151
2. Obligaciones divisibles e indivisibles	153
3. Obligaciones acumulativas, alternativas y facultativas	155
4. Obligaciones correales	157
5. Obligaciones solidarias	158

CAPÍTULO III
Obligaciones accesorias

1. Definición	161
2. Acreencias accesorias	161
3. Caracteres esenciales de la "adstipulatio".....	161
4. Deudas accesorias de la "intercessio" en general	164
5. Reglas comunes a la "sponsio" accesoria y a la "fidepromissio"	165

6. De la "fideiussio" en el derecho romano	167
7. Caracteres esenciales de la "fideiussio"	167
8. Relaciones jurídicas entre el acreedor y el fiador	169
9. Beneficio de orden o excusión. Su origen y desarrollo	169
10. Beneficio de división	171
11. Relaciones entre el fiador y el deudor principal	171
12. Relaciones del fiador que paga, con los demás fiadores.....	173
13. Extinción de la fianza	174
14. Otras formas de deuda accesoria.....	175
15. "Mandatum pecuniae credendae"	175
16. Personas que no podían ser deudores accesorios	176

CAPÍTULO IV
Modalidades a que podían estar sujetas las obligaciones

1. Término y condición.....	177
2. De la obligación pura y simple	177
3. Del término	178
4. Del término suspensivo	178
5. Efectos del término suspensivo. "Dies a quo"	179
6. Término extintivo	180
7. De la condición	180
8. Efectos de la condición suspensiva	181
9. Condición resolutoria.....	185
10. Otras clases de condiciones	186

CAPÍTULO V
De la sucesión en las obligaciones

1. Su transmisibilidad	191
2. Novación por cambio de acreedor.....	192
3. "Procuratio in rem suam"	193

CAPÍTULO VI**Del efecto de las obligaciones**

1. Inejecución de las obligaciones	195
2. Del caso fortuito y de la fuerza mayor.....	195
3. El dolo	196
4. De la culpa	198
5. Distintos grados de culpa	198
6. Consecuencias de la culpa del deudor en los contratos de buena fe....	199
7. De las dos clases de culpa leve.....	200
8. Responsabilidad del deudor por culpa en los contratos del derecho estricto	200
9. Consecuencias de la culpa en las obligaciones de género	201
10. Diferencias entre el sistema del derecho romano y el del derecho civil colombiano en materia de culpa.....	201

CAPÍTULO VII**Del retardo en el cumplimiento de las obligaciones**

1. De la mora en general	203
2. “ <i>Mora debitoris</i> ”	203
3. Consecuencias de la “ <i>mora debitoris</i> ”	207
4. Consecuencias de la “ <i>mora debitoris</i> ” en caso de pluralidad de deudores	208
5. Purgación de la “ <i>mora debitoris</i> ”	209
6. “ <i>Mora creditoris</i> ” (<i>mora “in accipiendo”</i>)	210
7. Efectos de la “ <i>mora creditoris</i> ”	210
8. Purgación de la “ <i>mora creditoris</i> ”	211

CAPÍTULO VIII**De los daños y perjuicios**

1. Su indemnización	213
2. Daño emergente y lucro cesante	214

CAPÍTULO IX**Extinción de las obligaciones**

1. Nociones generales	219
2. Diversos medios de extinción de las obligaciones	220
3. Del pago.....	221
4. De la novación.....	228
5. De la “ <i>acceptatio</i> ”	232
6. De la confusión.....	233
7. Del mutuo dissentimiento	234
8. De la pérdida de la cosa debida	234
9. De la “ <i>capitis deminutio</i> ”	235
10. De la compensación	236
11. “ <i>Pactum de non petendo</i> ”	239
12. Del juramento	240
13. De la “ <i>litis contestatio</i> ”	240
14. Prescripción.....	241

CAPÍTULO X**Obligaciones nacidas de los contratos**

1. Noción general de la obligación y del contrato	243
2. Elementos esenciales del contrato	245

CAPÍTULO XI**El consentimiento**

1. Definición y requisitos.....	247
2. El error.....	248
3. Dolo y violencia	250
4. Diferencia jurídica entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado.....	253

CAPÍTULO XII	
Capacidad de los contratantes	
1. Concepto general.....	255
2. Incapacidad proveniente de la edad	255
3. Incapacidad proveniente de anomalías mentales	260
4. Incapacidad del prodigo	261
5. Incapacidad proveniente del sexo	262
6. Incapacidad del esclavo	262
CAPÍTULO XIII	
El objeto del contrato	
1. ¿Qué es el objeto del contrato?.....	265
2. Sus requisitos	265
3. De la causa como elemento jurídico del contrato y de la obligación....	269
CAPÍTULO XIV	
Desarrollo histórico y clasificación de los contratos	
1. El "nexum"	273
2. La "sponsio" y la "stipulatio"	274
3. El contrato "litteris" y el "mutuum"	275
4. El contrato de compraventa.....	276
5. Diversas clasificaciones de los contratos	277
CAPÍTULO XV	
Estudio especial de los distintos contratos	
1. "Contratos verbis".....	281
2. "Contrato litteris"	284

CAPÍTULO XVI	
De los contratos formados "RE"	
1. Su esencia	287
2. Del mutuo	287
3. Del comodato	291
4. Del depósito	294
5. De la prenda	296
CAPÍTULO XVII	
Contratos simplemente consensuales	
1. De la compraventa	299
2. Del arrendamiento	311
3. De la sociedad	315
4. Del mandato	321
PARTE SEXTA	
DE LA SUCESIÓN	
CAPÍTULO I	
Sucesión por causa de muerte	
1. Su definición y sus clases	325
2. De la herencia.....	325
3. Delación de la herencia	326
4. Herencia testamentaria y herencia legítima o "ab intestato"	327
CAPÍTULO II	
Sucesión testamentaria	
1. Requisitos	329
2. Capacidad de testar.....	330

3. Forma de los testamentos	331
4. Formas del testamento en el derecho justiniano	331
5. Testamentos extraordinarios.....	332
6. De la institución de heredero.....	333
7. Herederos sustitutos.....	334
8. Invalidación de los testamentos.....	334

CAPÍTULO III Adquisición de la herencia

1. Diversas clases de herederos	337
2. Efectos de la adquisición de la herencia respecto de terceros.....	338
3. Beneficios	338
4. Efectos de la adquisición de la herencia entre coherederos.....	339
5. Acciones a favor del heredero adquirente	340
6. Acrecimiento entre coherederos	341
7. El desheredamiento.....	341

CAPÍTULO IV Legados

1. Definición	343
2. Adquisición de los legados.....	344
3. Limitación de los legados. Ley falcidía	345
4. Acrecimiento entre colegatarios	346
5. Fideicomisos singulares	346
6. Fideicomisos universales o de herencia	347
7. Derechos y obligaciones del fiduciario	348
8. Derechos del fideicomisario.....	348
9. Limitación del fideicomiso en beneficio del fiduciario.....	348
10. Otras limitaciones a la libertad de testar. Cuarta legitimaria. Querella "inofficiosi testamenti"	349

CAPÍTULO V

Sucesión "ab intestato" o legítima

1. Su evolución.....	351
2. Sistema de la ley decenvirial.....	352
3. Sistema pretoriano	352
4. Senadoconsulto orficiano	354
5. Senadoconsulto tertuliano	355
6. Constituciones imperiales	355
7. Sistema de las novelas 118 y 127 de justiniano	355

ANEXO

TEXTOS Y VOCES DEL DERECHO ROMANO.....	357
VOCES	359
TEXTOS	417
BIBLIOGRAFÍA	437

PALABRAS PRELIMINARES

DE LA PRIMERA EDICIÓN

Este libro contiene solamente el texto de las lecciones de derecho romano dictadas por el autor en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, y en otras universidades de Bogotá, a lo largo de treinta años continuos de cátedra. Así se explica y así se justifica. Una antigua y profunda admiración hacia los monumentos jurídicos de Roma, cuya temporalidad corre pareja con las más grandes conquistas de la cultura occidental, explica la devoción con que han sido elaborados estos apuntes. Y el sincero convencimiento sobre la necesidad de que los estudiantes de jurisprudencia se acerquen directamente a las fuentes del derecho civil en sus primeras manifestaciones justifica de sobra la presente publicación.

No obstante lo que algunos profesores y tratadistas pretenden contra el estudio del derecho romano, lo cierto es que sería imposible una verdadera formación jurídica ajena al conocimiento de estas instituciones, cuya estructura general —conjunción armoniosa de arte y ciencia— representa uno de los más valiosos patrimonios intelectuales de la humanidad. Roma es al derecho lo que Grecia a la filosofía y al arte: inspiración y origen, fundamento y destino. Y si el concepto de lo clásico se une en su esencia a la idea de lo permanente, ya se ve cómo el derecho romano mantiene la misma vigencia de los demás valores clásicos, aumentada por la especial circunstancia de seguirse conservando en su vigor original muchos de los materiales y elementos que integran sustantivas instituciones civiles de nuestro tiempo.

A pesar de que la materia de este libro corresponde a dos cursos organizados separadamente, hemos querido presentarla reunida en un solo

volumen, en gracia de su conveniente unidad y para beneficio de la continuidad de su estudio. Desde luego, son muchos los aspectos del derecho romano que se dejan de tratar, especialmente en lo relativo al régimen procedimental, cuya evolución en su época no deja de ser igualmente sorprendente. Pero —ya está dicho— nuestra intención se ha limitado a la parte más representativa, y ella misma aparece desarrollada en un esfuerzo de concreción y síntesis que permite al estudiante fijar su atención únicamente sobre lo que consideramos los elementos esenciales de cada institución jurídica. Omitimos, igualmente, lo relativo a la historia legal y jurisprudencial, porque, a pesar de su indiscutible importancia causal, su proyección en el tiempo resulta tan extensa que se hace más propia del tratado que de la simple lección divulgadora.

Dedicamos especialmente estas *Lecciones elementales de derecho romano* a todos los estudiantes que, en una u otra forma, hayan tenido o tengan que ver con ellas en ejercicio de su noble vocación. A ellos se deben y para ellos han sido escritas. Más que otra cosa, estas páginas quieren ser un testimonio de admiración hacia la juventud estudiosa de Colombia, y de esperanza en la realización de sus destinos.

Carlos J. Medellín Aldana

Bogotá, octubre de 1961

PRESENTACIÓN

En 1961 la Universidad del Rosario publicó la 1^a edición de este libro con el título: "Lecciones elementales de derecho romano". Fue el reconocimiento a toda una vida dedicada al estudio del derecho y en especial a la enseñanza del derecho romano, siempre en la búsqueda de la esencia del saber jurídico transmitido por él en términos claros, concretos y sencillos. Sus alumnos recuerdan que para ese entonces las "Conferencias de romano" pasaban de curso en curso, de mano en mano, pues gozaron siempre del privilegio de la concreción, de la lección corta y elemental que invitaba a la curiosidad y al afecto por el tema, generalmente en los alumnos de primer o segundo año. El Rosario en realidad publicó las conferencias que todos tenían. El doctor Medellín sólo puso una condición: deberían llamarse "elementales".

Más adelante la Editorial Temis publicó varias ediciones de las "Lecciones" hasta que en 1980 la Universidad Externado de Colombia editó una nueva versión de la obra del profesor Medellín en la que se incluyeron nuevos capítulos, revisada y ampliada con la devoción y el afecto de su hijo Carlos Medellín Forero, para entonces decano de estudios de la Universidad, profesor titular de derecho romano y magistrado de la Corte Suprema de Justicia. En los años noventa tuve entonces la inmensa fortuna de poder transmitir a los estudiantes de derecho de la Universidad del Rosario las lecciones de derecho romano aprendidas y vividas durante más de sesenta años por mi abuelo y mi padre, ausentes ya para siempre pero presentes de alma en las aulas con sus alumnos y en sus "Lecciones".

Desde hace ya casi diez años, la obra cambió de nuevo para hacerse más profunda en algunos aspectos, sin perder su rasgo característico: la sencillez. Desde 1999 vienen apareciendo, otra vez bajo el sello "Temis", con los nombres de los tres Carlos Medellín, abuelo, hijo y nieto, que sim-

bolizan tres generaciones de devoción por el derecho romano. Esta última edición (la decimoséptima) publicada por Editorial Legis, trae las concordancias con el Código Civil, nuevas voces latinas, nuevos textos (*regulae juris*) y nuevos capítulos relacionados con los principios generales, las fuentes del derecho romano, un nuevo capítulo más desarrollado sobre el procedimiento, así como algunos ajustes en el capítulo de las obligaciones, fruto del diálogo y la devoción de mis alumnos de esta cátedra en los últimos 25 años, y de la mirada crítica y especializada de los profesores de derecho romano de la Universidad del Rosario, Giacomo Savatoni y Juan Enrique Medina Pabón. Así mismo reconocer el trabajo diligente de revisión del texto final, realizado por la estudiante Adriana Medellín Cano.

Quisiera eso sí insistir: estas “*Lecciones de derecho romano*”, no son un tratado. Son un manual elemental de estudio. Su sencillez y diafanidad, son responsabilidad de Carlos J. Medellín, el maestro de maestros, y de Carlos Medellín Forero, el magistrado y el poeta. Las debilidades y vacíos de las últimas ediciones (cuya base sigue siendo la obra original) son, por supuesto, de mi absoluta responsabilidad.

Carlos Eduardo Medellín Becerra

INTRODUCCIÓN Nociones generales

1. DEFINICIÓN Y CONCEPTOS

El derecho⁽¹⁾ romano es el conjunto de preceptos, teorías y principios jurídicos que rigieron a la antigua sociedad romana a través de las distintas épocas de su existencia. Abarca entonces un largo período de tiempo, desde los orígenes de la *civitas* (ciudad-Estado) hasta más allá de la disgregación de la parte occidental del Imperio Romano. Dice el profesor Lapieza: “Para mayor exactitud, hay consenso unánime en alargar esta existencia hasta la muerte de Justiniano (565), cuya compilación de la doctrina y la normativa jurídica romana, corona el proceso y constituye el más trascendente aporte concreto de la antigüedad a la formación de nuestra cultura contemporánea⁽²⁾.

El derecho romano debe ser estudiado en los tiempos modernos por dos razones principales, a saber:

1. Porque en él se encuentra el origen de la mayor parte de las instituciones del derecho civil moderno, muy señaladamente en los pueblos de origen y tradición latina.

(1) En su acepción objetiva, la palabra “derecho” se traduce por “ordenamiento jurídico” y se define como el conjunto de normas que regulan la convivencia social. En sentido subjetivo, la palabra “derecho” significa “facultad”, “poder” o “autorización” reconocida a los particulares miembros de la comunidad por el ordenamiento jurídico –*facultas agendi*– Cfr. (Iglesias Juán, *Derecho romano*, 11a ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 4).

(2) Lapieza Elli Ángel E., *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1981, p. 9.

2. Porque el proceso evolutivo de formación de las instituciones jurídicas romanas señala el comienzo de la ciencia jurídica, la adaptación del derecho a las necesidades sociales de cada época, y la prevalencia de la interpretación jurídica sobre las viejas fórmulas y los textos rígidos de la ley escrita. Muy especialmente en la rama del derecho que se conoce con el nombre de *ius honorarium* o derecho honorario o pretoriano, puede observarse nítidamente aquel admirable sentido de evolución, interpretación y adaptación que lo caracterizó.

Para lograr esa adaptación del derecho a una realidad social y económica cambiante, los juristas romanos crearon herramientas que hicieran posible la efectividad de los derechos, y quizás sin proponérselo, desarrollaron conceptos y principios que han perdurado a través de los siglos. Veamos algunos ejemplos de esto:

a) *Ius*. Aunque la etimología es insegura, *ius* (*ioves*) puede tener su origen remoto en el védico *jós* que lleva implícita la idea de bendición o salvación. Se dice también que proviene de la raíz sánscrita *ju* que significa obligación, del sánscrito *yoh* que significa "algo sagrado", del verbo griego *zéugnynumi* que significa ligar, e incluso se afirma también que proviene de la raíz indoiranía *yaus* que se refiere a una condición de pureza.

De estas raíces se desprende la palabra *Iupiter* cuyo nominativo arcaico es *Iovis* (*Iou-pater*) quien para los antiguos sería el padre o generador del *ius*, lo que lo hacía muy cercano al *fas*⁽³⁾. Era lo lícito con arreglo a un criterio mágico-religioso. Sólo con el tiempo, y con la paulatina laicización del derecho, el vocablo *ius* se utilizó para significar el raciocinio jurídico hecho por el hombre.

La palabra *ius* fue utilizada por los romanos para significar el derecho en sentido objetivo (con mayúscula), entendido como el ordenamiento jurídico: *ius civile*, *ius naturale*, *ius publicum*, *ius privatum*, *ius commune*, *ius singulare*, *ius scriptum*, *ius non scriptum*; y el derecho en sentido subjetivo (con minúscula) entendido como poder, facultad, autorización o prerrogativa.

(3) *Fas* se relaciona con lo que los dioses disponen.

En cambio la palabra *directum*, de donde se desprenden las palabras *diritto* (italiano), *droit* (francés), *direito* (portugués), *dereito* (rumano), *de-rept* (catalán), *Recht* (alemán) o *right* en inglés, aunque es un vocablo latino, significa "derecho" sólo desde el siglo IV d.C., bajo una clara influencia judeo-cristiana según la cual la conducta justa es aquella que sigue el camino recto⁽⁴⁾. A partir del siglo VI d.C. el término *directum* domina al *ius* y pasa a desplazarlo por completo desde el siglo IX⁽⁵⁾.

Incluso fueron los mismos romanos los que desarrollaron el concepto a partir de la noción de justicia. Es así como en el Digesto aparece la popular definición del jurisconsulto Juvenio Celso:

"Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primariamente de dónde deriva el término *ius*. Es llamado así por derivar de justicia, pues, como elegantemente lo define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo".

"*Juri operam daturum prius nosse oportet unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*" (Ulpiano, Dig. 1.1).

Se pone aquí en evidencia que el derecho y el jurista deben tener como propósito encontrar en cada momento histórico la solución de sus controversias creando así el sentido de lo justo. Es una manera de ver al derecho como una ciencia viva y cambiante que debe acomodarse, sin ataduras ni prejuicios, al equilibrio que demandan las relaciones entre las personas. El derecho es, según esta definición, el imperio de la razón, del bien y de la equidad. Dice a este respecto el profesor Ortolán:

"Indudablemente no se encuentra en esta definición una noción suficiente de la distinción entre la ciencia, conocimiento de las verdades primeras, y el arte, colección de preceptos sacados de la ciencia o de

(4) D'ors, *Derecho privado romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, p. 43.

(5) Paricio Javier, *Historia y fuentes del derecho romano*, Madrid, Centro de Estudios "Ramón Areces", 1988, p. 2.

la práctica. Mas no por eso deja de haber una revolución en la manera de entender el derecho los jurisconsultos romanos; al principio de autoridad sustituyeron el de la razón; y Cicerón indicaba ya su verdadero origen cuando decía que para explicar la naturaleza del derecho era necesario ir a buscarla en la naturaleza misma del hombre”⁽⁶⁾.

Como consecuencia de este principal concepto, en el Digesto se recogió también la ruta que permite distinguir el obrar justo y bueno de los hombres. Es un presupuesto moral que permanece oculto detrás del ordenamiento jurídico, y que sirvió de reflexión para el desarrollo del derecho natural, que reclama hoy su distinguida posición como fundamento filosófico de lo jurídico. Estos preceptos jurídicos viajaron a través del tiempo iluminando la certera senda de convivencia que el derecho romano señaló a los pueblos de Europa y América. Hoy en día son piedra angular de la reflexión jurídica y faro permanente de sensatez y de sentido común. Son en realidad las indicaciones de nuestros antepasados para lograr la paz individual y social, razón de ser primordial del derecho y la justicia:

“Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo”.

“*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (Ulpiano, Dig., 1, 1. 10. 1; Inst., 1.1.3.).

Igualmente aparecen en las Siete Partidas de don Alfonso X el Sabio, compilación de leyes españolas “de principal aplicación durante la Colonia y después de ella”⁽⁷⁾:

“Según departieron los Sabios antiguos, Justicia tanto quiere decir, como cosa en que se encierra todos los derechos, de qual natura quier que sean. E los mandamientos de la Justicia, e del derecho son tres. El primero es que ome biva honestamente, quanto en si. El segundo,

(6) M. Ortolán, *Compendio de derecho romano*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 15.

(7) Champeau Edmond y Uribe Antonio José, *Tratado de derecho civil colombiano*, París, 1899, p. 1.

que non faga mal nin daño a otro. El tercero, que de su derecho a cada uno. E aquel que cumple estos mandamientos, faze lo que deve a Dios, e a si mismo, e a los omes con quien bive, e cumple, e mantiene la justicia”⁽⁸⁾ (Tercera Partida, ley III).

Con razón se dice que las construcciones del derecho romano fueron hechas con un sentido histórico y universal.

“Si hubieran sido simple producto del medio, es decir, si sus arquitectos hubieran obrado en función exclusiva de éste, allá habrían quedado ellos con su obra, sepultados entre las ruinas de sus grandes ciudades, entre las ruinas de su medio. Pero su más alto y noble valor radica en ese anticiparse al tiempo, en la superación del medio, en la concepción estética de su obra para hacerla definitiva. Tal vez ni los mismos romanos se dieron cuenta de qué estaban haciendo un derecho intemporal para el mundo. Ellos formularon una multitud de resoluciones de valor absoluto, y en esto reside la esencia vital de su sistema”⁽⁹⁾.

b) *Iustitia*. Justicia es el fin último del derecho (*finis universi iuris est iustitia*). Es un término relacionado directamente con el *ius*, al igual que *iudex* (juez), *iudicare* (juzgar), *iudicium* (juicio), *res iudicata* (cosa juzgada), *iustum* (justo)⁽¹⁰⁾. También se refiere a los términos *iure* (con derecho), *iuro* (jurar), *iurisurandum* (juramento), *iustitium* (interrupción de los juicios). Esta concepción filosófica de raíces estoicas se tradujo en diversas expresiones que quedaron plasmadas en el *Corpus Iuris Civilis*. Así la encontramos en las Instituciones de Justiniano y en el Digesto:

“La Justicia es la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo que es suyo”.

“*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*” (Inst., 1. 1. 1; Dig., 11, 10).

(8) Tercera Partida, Madrid, MDCX, p. 3.

(9) Medellín Carlos, *Introducción a la estética del derecho*, Ediciones Universidad Central, Bogotá, 2011, p. 25.

(10) Betancourt Fernando, *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, p. 39.

Sobre ella dijo Cicerón:

“La justicia es señora y reina de todas las virtudes” “*Iustitia omnium est domina et regina virtutum*” (Cicerón, Off., 3, 6, 28).

La palabra “justicia” ha sido utilizada en dos acepciones: se usa para designar el criterio ideal del derecho (derecho natural, derecho racional, derecho valioso). Es la idea básica sobre la cual debe inspirarse el derecho. Y se utiliza también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. Para Platón, la justicia constituye el principio que determina el campo de acción de cada una de las demás virtudes: de la prudencia o sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad, y de la templanza para los apetitos y tendencias. Para Aristóteles la justicia es pauta para el derecho y expresión de la virtud total o perfecta, la cual consiste en una medida equidistante entre el exceso y el defecto⁽¹¹⁾.

Estas reflexiones filosóficas tuvieron un fuerte anclaje a través del concepto “*humanitas*” que desarrollaron los estoicos creadores de esta escuela filosófica, cuyo origen se remonta al siglo III a.C. La Estoa griega tuvo vigencia durante cinco siglos e irradió sus luces sobre el Imperio Romano. Séneca, Epicteto, Cicerón y el emperador-filósofo Marco Aurelio son importantes exponentes de esta escuela, que busca la salvación y la felicidad en el interior del hombre. De ahí que se diga que la ética predominó en este período de la historia romana⁽¹²⁾.

Por eso en la ética estoica podemos encontrar buena parte del trasfondo filosófico del derecho romano. En ella está la reflexión sobre los afectos (nobles y malos) y los instintos del hombre actuando junto al cuerpo, a la sensibilidad y a la razón. La moral que se desprende de ella sirvió como límite conceptual para una de las creaciones más importantes de la Estoa: la idea del derecho natural, consecuente desarrollo del ideal de humanidad o *humanitas*. De acuerdo con este concepto:

“El derecho positivo, el creado por los Estados y gobiernos no es el único ni el omnipotente. Descansa más bien su validez en un derecho, en una ley no escrita, que es eterna y que sirve al mismo tiempo de medida y pauta para todos los derechos positivos; es el derecho natural, que no es otra cosa que la ley cósmica universal identificada con la razón del mundo”⁽¹³⁾.

Esta doctrina de los derechos naturales “ejerció cierta influencia benéfica sobre la legislación romana, mitigando la suerte de quienes estaban privados de una plena posición social”⁽¹⁴⁾.

La noción romana de justicia bebió en la Estoa griega para abrir el camino de los principios jurídicos que se utilizaron en la creación misma del derecho. Los juristas Ulpiano, Gayo o Celso fueron sin duda verdaderos filósofos de la ética y la moral estoica. Recibieron la influencia de múltiples concepciones estoicas como la de Zenón de Citio, fundador de la escuela, quien sentenciara: “*La ley natural es una ley divina y posee como tal, la fuerza de regular y medir lo que es justo y lo que es injusto*”. De ahí que en los tres preceptos del derecho enunciados en el Digesto estén contenidas estas reflexiones de ética estoica: la noción de Justicia Universal: “vivir honestamente” (*honeste vivere*); de Justicia Distributiva: “no dañar a otro” (*alierum non laedere*) y de Justicia Comutativa: “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*), este último concepto desarrollado igualmente en Platón y Aristóteles.

2. DIVISIÓN DEL DERECHO ROMANO

El derecho romano se divide en dos grandes ramas: el *ius publicum* y el *ius privatum*. El primero se refiere a la organización del Estado romano y a sus relaciones con los particulares. El segundo rige las relaciones privadas de los particulares entre sí. Esta división aparece así en el Digesto:

“Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es derecho público el que respecta al estado de la república, privado el que

(11) Recasens Siches, *Encyclopedia Jurídica Omega*, t. XVII, Driskill, 1978, Buenos Aires, p. 652.

(12) Hirschberger Johannes, *Historia de la filosofía*, t. I, Editorial Herder, 1954, Barcelona, p. 167.

(13) Hirschberger, op. cit., p. 180.

(14) Russell Bertrand, *La sabiduría de Occidente*, Edit. Aguilar, Madrid, p. 113.

respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada”.

“Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum” (Ulpiano, Dig., 1, 1, 1, 2).

Y también en las Instituciones:

“Se llama derecho público el que trata del gobierno de los romanos y privado el que se refiere a la utilidad de los particulares”.

“Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem” (Inst., 1, 1, 4).

Y aunque esta división de origen jurisprudencial también es objeto de discusión, la tomamos, como dice Valencia, por razones pedagógicas, didácticas, epistemológicas y sistemáticas⁽¹⁵⁾.

A su vez el *ius privatum* aparece dividido así: *ius civile*, *ius gentium* y *ius honorarium*. El *ius civile*, llamado derecho quiritorio, se refería exclusivamente a los ciudadanos romanos y regía las relaciones jurídicas de quienes tuvieran esa calidad legal. El *ius gentium* era de un radio de extensión más amplio y regía las relaciones jurídicas de toda persona sujeta a las instituciones de Roma, aun cuando no tuviera la calidad legal de ciudadano romano. El *ius honorarium* o *ius praetorium* está constituido por el conjunto de normas jurídicas que sobre varias materias fueron implantadas por el funcionario o magistrado investido de jurisdicción civil llamado *praetor*. Este derecho significó una muy importante forma de adaptar el derecho civil a las exigencias sociales y económicas.

Dicen las Instituciones de Justiniano:

(15) Valencia Restrepo Hernán, *Derecho privado romano*, Edit. Temis, Bogotá, 1992, p. 24.

“El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente es propio de los individuos de la ciudad y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones”.

“Ius autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus regentur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populas ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est civitatis; vocaturque ius civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis, ratio inter omnes nomines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur” (Inst., 1, 2, 1).

Y aparece en el Digesto:

“Es derecho pretorio el que introdujeron los pretores para confirmar, suplir o corregir el derecho civil de acuerdo con la utilidad pública. Se llama también honorario, habiéndose llamado así por el honor dado a los pretores” (Papiniano).

“Pues el mismo derecho honorario es la viva voz del derecho civil” (Marciano).

“Ius paretorium est, quod praetors introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrighendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum”.

“Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis” (Dig. 1, 1, 7-8).

Adelante volveremos sobre esta rama del derecho al hablar de las fuentes. Corresponde agregar ahora que algunos autores dividen también el derecho romano en derecho escrito o no escrito, según que tenga por base una norma escrita o solo la costumbre.

Desarrollaremos en este libro las instituciones de derecho privado, sin olvidar la obligada referencia a las instituciones políticas romanas, contenidas en la Parte Primera (“*Noticia histórica de Roma y del derecho romano*”).

3. MATERIAS QUE COMPRENDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO ROMANO

De manera general el estudio del derecho romano comprende:

1. El régimen de las personas o estatuto personal.
2. El régimen de los bienes o estatuto real.
3. El régimen de las obligaciones
4. El régimen de los contratos
5. El régimen de las sucesiones
6. El régimen de las acciones o estatuto procesal.

Esta clasificación se remonta a la establecida en las Instituciones de Gayo, recogida también en las Instituciones de Justiniano:

“Por lo demás todo el derecho que usamos trata de las personas, o bien de las cosas, o bien de las acciones”.

“*Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*” (Gayo, 1, 8; Inst., I, 2, 12).

Como lo afirma Nicholas: “Toda regla de derecho tiene tres aspectos: las personas afectadas, la cuestión tratada y los recursos”⁽¹⁶⁾.

(16) Barry Nicholas, *Introducción al derecho romano*, Madrid, Edit. Civitas, 1987, p. 91.

PÁRTES PRIMERA

NOTICIA HISTÓRICA DE ROMA Y DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO I

Roma y su organización a través de la historia⁽¹⁾

1. FAMILIA, “GENS”, “CIVITAS”

El 21 de abril del año 753 a.C. es señalado por la tradición y la leyenda, como la fecha de la fundación de Roma. Aunque esta fecha es discutida por muchos, lo cierto es que los orígenes se remontan y se desvanece en un pasado muy remoto, en donde las invasiones y los asentamientos humanos primitivos provienen de diversos pueblos entre los que se destacan los yapigas, latinos, umbríos y etruscos. Sin embargo la llamada *civitas quiritaria* es el resultado posterior de un extenso proceso político. *Quirites* se llamaban los ciudadanos romanos de la antigüedad que pertenecían a las *gentes patriciae*, o simplemente los patricios (*patricii*).

(1) La historia de Roma y de sus instituciones políticas es necesaria para la ubicación espacio-temporal de cada una de las instituciones de derecho privado. Recomendamos muy especialmente la *Histoire du déclin et de la chute de l'Empire Romain* de Gibbon, la *Histoire Romaine* de Mommsen, la *Vida de los Doce Césares* de Suetonio, la *Historia de Roma* de V. Diakov, la *Historia económica de la Roma antigua* de Francesco de Martino, la *Historia de Roma* de Indro Montanelli, y el *Manual de derecho público romano* de Alberto Burdese, así como la obra *Modelo romano y constitucionalismos modernos* de Giovanni Lobrano, y el *Derecho público romano* de Mommsen.

Antes de llegar a la institución política de la *civitas*, existe la célula de la familia, con carácter también político, con su jefe, el *paterfamilias*, y su composición de personas y cosas, no vinculadas aquellas por nexos de sangre sino por su sujeción a una autoridad común. La agrupación más o menos grande de varias familias conforma la *gens*, cuyos miembros se hallan unidos bajo la autoridad del *pater gentilis*. La *civitas* (ciudad-Estado de Roma) es el producto de la integración política de varias *gens*. En la época de la República la *gens* pierde tanta importancia, la que prácticamente llega a desaparecer; sin embargo la familia continúa representando la institución radical, con su importancia constante en el derecho. En cuanto a las *gentes* plebeyas, solo tiempos después, hacia mediados del siglo IV a.C., adquieran significado político dentro de la *civitas* e importancia en el orden del derecho privado.

2. ÓRGANOS POLÍTICOS PRIMITIVOS

El *rex*, rey, sacerdote supremo, máximo juez, jefe del ejército, cabeza de la dirección (de *regere*, regir) de la *civitas*, es vitalicio.

El *senatus*, senado (de *senes*, anciano), aparece como cuerpo asesor del *rex*, e inicialmente lo conforman los *patres* de las *gentes* que fundaron la *Civitas*, en número de cien. Posteriormente es el rey quien los designa. La *auctoritas patrum*, autoridad de los padres, le confiere así mismo al senado la facultad de decidir acerca de la validez de los acuerdos de los *comitia*, o asambleas populares llamadas inicialmente *comitia curiata*. En el *interregnium*, es decir, en la vacancia de la magistratura máxima del *rex*, el *Senatus* asumía el poder de éste, que ejerce uno de los *patres* durante cinco días hasta cuando se produzca la *lex curiata de imperio*, aclamación y voto de obediencia al sucesor real designado por el antecesor o por el *interrex*, si no hubo tal designación.

La tradición señala a tres tribus primitivas, la de los *Ramnes*, la de los *Tícios* y la de los *Lúceres*, como las componentes del antiguo *populus romanus*⁽²⁾. Cada una de tales tribus contiene diez *curias*, y las treinta *curias*

a su vez estaban compuestas por 10 *gentes*, para un total de 300. Estas *curias* integran la asamblea de los patricios, y aunque poco se sabe de ellas se conoce que participaban en la *lex curiata de imperio* y en la *lex de bello indicendo*, para declarar la guerra, y también en asuntos religiosos o relaciones con la vida familiar o gentilicia, tales como los propios de los testamentos, la admisión de nuevas gentes, y en otros de similar naturaleza. Las *curias* deben, además, suministrar tropas a la *legio*, leva, para defender la *civitas*⁽³⁾.

Los comicios se reformarían más adelante con la participación de los plebeyos. Estos comicios llamados ahora *comitia centuriata*, fueron el fruto de la llamada reforma serviana atribuida a Servio Tullio.

La economía en esta época estaba basada en la ganadería y el pastoreo. La agricultura fue progresando poco a poco en la medida en que el proceso de urbanización se fue consolidando. La propiedad al parecer era colectiva y por lo tanto pertenecía a todo el grupo. En cada *gens* la *clientela* proporcionaba su fuerza de trabajo⁽⁴⁾.

Los reyes de esta época fueron Rómulo, Numa Pompilio y Tullio Hostilio (latinos), Anco Marcio (sabino) y Lucio Tarquino Prisco, Servio Tullio y Tarquino el Soberbio (etruscos).

3. INSTITUCIONES POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA

También la tradición enseña que en el año 510 a.C. se produce una revolución que pone término al despotismo del último Tarquino. Algunos

(Cont. nota 2)

la de los Tícios y la de los Lúceres. Pídense en vano a estos nombres luz alguna sobre la composición étnica de sus tribus. Los nombres propios que sobrevinieron a la extinción de los idiomas primitivos han quedado como énigmas históricos y filiológicos. La filología, la historia y la lingüística se auxilian en vano para disipar sus tinieblas. La interpretación moderna los conceptúa como adjetivos sustantivos, más bien que como nombres propios, puesto que traduce Ramnes por rápidos o violentos, Tícios por nobles y Lúceres por ilustres".

(3) Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, 11 ed., Madrid, Ariel, 1994, p. 15.

(4) Roldán Hervas José Manuel, *Historia de Roma*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995, p. 58.

(2) Bertolini, Francisco, *Historia de Roma*, Edimat Libros S.A, 1999, p. 31: "Componían este pueblo las tribus latina, sabina y etrusca, es decir, las de los Ramnes,

historiadores suponen que a ese acontecimiento contribuyeron de un lado los *patres*, pertenecientes a la aristocracia patricia, y de otro el *exercitus centuriatus* patrício-plebeyo creado por Servio Tilio, quien propiciara, además, la reorganización de la *civitas*. El territorio adquiere una nueva división en tribus o regiones, a manera de distritos político-administrativos, así como la población se divide también en clases y estas a su vez en centurias, formadas por quienes deben prestar servicio militar, en número de 193. Esta organización da lugar a la consolidación de una nueva asamblea: los *comitia centuriata*, que se reúne en el campo de Marte, fuera de la ciudad, mediante convocatoria de un magistrado con *imperium*, sobre cuyas propuestas se pronuncia para aceptarlas o no. Cada centuria tiene un voto, y la votación debe comenzar por las 18 centurias de los caballeros, *equites*, y las 80 de primera clase. Las dos unidades constituyen la mayoría de los votantes, de modo que las restantes, a las que pertenían los de menos importancia económica, en un momento dado ya no tenían necesidad de votar.

El nuevo orden político de carácter republicano no sustituye repentinamente la antigua institución regia. Solo mucho tiempo después llegará el día en que el rey quede solamente en condición de *rex sacrorum o sacrificulus*, jefe de lo religioso, hasta cuando lo sustituya el *pontifex maximus*. Hacia el siglo IV a.C. las instituciones republicanas comienzan a perfilarse con claridad. Para llegar a una conjunción armónica de las clases patricia y plebeya se requiere un largo y difícil proceso. Los derechos de los plebeyos, obtenidos con mucha dificultad, por lo general son nominales. Las clases privilegiadas y las centurias que conforman conservan su indudable predominio político. Esta situación contrasta ostensiblemente con las victorias bélicas en las cuales los plebeyos siempre representaron el factor definitivo. Continuos rechazos a sus reiteradas peticiones relacionadas con sus derechos económicos, políticos y sociales llevan a la plebe a marginarse de la vida comunitaria. Se producen movimientos de secesión, retiro a los montes Sacro y Aventino, huelgas militares, desacato de los soldados a las órdenes de los jefes del ejército. Pero tales actitudes no tienen propósitos de disolución de un orden, sino, al contrario, de una mejor y más justa integración del mismo, mediante la efectiva participación de sus protagonistas, los plebeyos, en la vida política de Roma. La fuerza de los hechos y las necesidades de toda índole causadas por semejantes circunstancias, producen la realización de un pacto, y de él se desprende la creación del

tribunado de la plebe en el año 494. Su objetivo es la defensa de los intereses de su clase por medio de la *intercessio*, como realización del derecho de *intercedere*, que podía detener cualquiera decisión de los magistrados. Al tribuno de la plebe se le considera *sacer*, sagrado, y quien atentara contra él podía ser muerto por cualquier ciudadano.

La clase plebeya, con sus *concilia plebis* y sus tribunos institucionales, se encuentra bien dotada para seguir insistiendo en sus conquistas políticas. Una de ellas es la legitimidad absoluta de los *plebiscita*; otra, la posibilidad de arribar al senado, a las magistraturas y principalmente al consulado. Lo primero se obtiene con la *Lex Valeria Horatia* del 449 a.C.; lo segundo, con el tribunado militar investido de poder consular, en el 443 a.C., con la cuestura en el 421 a.C., con el consulado en 367 a.C. (*Leges Liciniae*), con la *edilal curul* en el 336 a.C., con la censura en el 356 a.C., con la dictadura en el 351 a.C., con la pretura en el 337 a.C. La *Lex Genucia* del 342 a.C. determina que uno de los cónsules debe ser plebeyo; para la censura se ordena lo mismo en la *Lex Publilia* del 339 a.C. Por último, los plebeyos obtienen acceso al Senado en el año 312 a.C., mediante la *Lex Ovinia*.

En el ámbito jurídico las conquistas plebeyas siguen similar proceso. Sus objetivos principales son: la expedición de un código común a las dos clases político-sociales, lo cual, en efecto, ocurre con la *Lex XII Tabularum*, Ley de las Doce Tablas o Ley Decenviral, expedida entre el 451 y el 450; y la abolición de la prohibición para celebrar matrimonios mixtos, lo cual acaece efectivamente en el 445. A lo anterior se agrega la posibilidad para los plebeyos de llegar al sacerdocio, dispuesta por la *Lex Ogulnia* en el año 300; la erradicación de los intereses usurarios por la *Lex Genucia* en el 342; la condonación y moratoria de deudas y la participación en las divisiones del *ager publicus*, por las *Leges Liciniae* del 367; la eliminación de la *manus in iunctio* por deudas, mediante la *Lex Poetelia Papiria*, en el 326.

Todo lo anterior conduce a un ambiente de entendimiento entre la magistratura, el senado y los comicios, como máximos organismos políticos. La magistratura se ejerce con sentido práctico en concordancia con la realidad social de Roma. Es propio del magistrado el poder conocido como *potestas*, jerarquía de gobierno. La suprema *potestas* es el *imperium* sobre todos los ciudadanos.

El *imperium* comprende: la máxima dirección gubernamental del Estado; la jefatura militar; el *ius edicendi*, derecho de proferir ordenanzas; la *iurisdictio*, atribución de administrar justicia; el *ius agendi cum patribus*, derecho de convocar el senado y presidirlo, y el *ius agendi cum populo*, igual derecho en cuanto a los comicios; la *coercitio*, poder disciplinario; el *ius auspiciorum*, derecho de consultar a los dioses. Los magistrados son temporales, colegiados, sus actos están limitados por la *intercessio* de los tribunos de la plebe, y son popularmente responsables; ejercen sus funciones *ad honorem*, es decir, sin sueldo, y el *cursus honorum* es la "carrera política honoraria"; su período es de un año, excepto para el dictador, que es de seis meses, y de dieciocho para el censor. A pesar de la colegialidad cada magistrado tiene poder completo pero limitado por la *intercessio* o veto de cualquiera de ellos. Para evitar colisiones los magistrados hacen previos acuerdos, turnos y sorteos. Sus decisiones sobre castigos o penas son apelables por los ciudadanos ante los comicios: *provocatio ad populum*. Hay magistrados mayores que eligen los comicios centuriados y magistrados menores designados por los *comitia tributa*.

Unos y otros han de responder por sus actuaciones en el ejercicio de la magistratura. Son los principales magistrados: los dos cónsules, que tienen el *imperium domi militaeque*, poder supremo del Estado y del ejército; el *praetor urbanus* y el *praetor peregrinus*, administradores de justicia; los dos censores, que administran el *ager publicus*, el censo de los ciudadanos con fines electorales, el recaudo de los impuestos y el servicio militar, además de cuidar las buenas costumbres: *cura morum*; los dos *aediles curules*, que tienen las funciones policivas; los *quaestores*, auxiliares de los cónsules y de los censores para la administración de la justicia criminal, el recibo de multas y confiscaciones y el manejo del *aerarium*, el tesoro público; y el *dictator*, dictador, magistrado extraordinario, supremo y único, instituido como reemplazo de los cónsules en circunstancias de mucho peligro para la República, por causas internas o externas. El *proconsul* y el *proprietor* son magistrados a quienes los comicios han prorrogado sus períodos por un año, —*prorrogatio imperii*—, por razón de empresas guerreras o de gobierno de provincias.

Los *comitia curiata*, los *comitia centuriata*, los *comitia tributa* y los *concilium plebis* son las asambleas populares. Durante la República los primeros pierden importancia. A los *comitia centuriata* corresponde

convocar a los representantes del ejército, designar los cónsules, pretores, magistrados con *imperium*, y los censores, así como intervenir en la votación de las leyes que pueden proponer aquéllos. Los *comitia tributa* eligen magistrados de menor rango, y se asimilan a los *concilium plebis* cuando los magistrados *cum imperio* los convocan para votar *leges tributa*. Tienen funciones legislativas. Finalmente se deben mencionar los *concilium plebis* o asamblea de plebeyos, los cuales ejercen funciones legislativas.

Los ciudadanos más prominentes por razón de autoridad y riqueza formaron el senado, cuya mayor responsabilidad consistía en la defensa de las tradiciones. La vida política de Roma giró durante siglos alrededor del senado, al cual inicialmente solo llegaban los patricios (*patres*), y luego los plebeyos, que solo más tarde pudieron llamarse senadores. Su número fue variable. Los senadores son ex magistrados designados por los cónsules hasta la *Lex Ovinia* del 312 a.C., la cual traslada esa facultad a los censores. La guerra, el culto, la hacienda, las relaciones internacionales, la dirección del ejército, la elección de los gobernadores de las provincias, la distribución de las funciones de los magistrados, son asuntos propios de la intervención del senado. Al ocurrir grave peligro, es potestativo de éste investir de poder supremo y único a los cónsules y expedir el *senatus consultus ultimum* para suspender las garantías constitucionales. Las deliberaciones de los comicios son decididas por el senado, el cual les presta la *auctoritas patrum*, que más tarde desapareció para las deliberaciones legislativas, en el 339 a.C., y electorales, entre el 299 y 290 a.C. Un magistrado *cum imperio* puede convocar al Senado, el cual debe reunirse en cierto lugar y en forma determinada. Quien lo convoca lo preside y le presenta la *relatio* materia de su reunión. Comenzando por los más autorizados y prestigiosos, los senadores son interrogados, hecho que se denomina *rogare sententias*, por el patrício más antiguo, en primer lugar, *princeps senatus*. Dos grupos de senadores, el que está en favor de la propuesta y el que está contra ella, se separan. La resolución definitiva se hace *per discessionem*, por mayoría de votos, y recibe el nombre de *senatus consultum*.

Roma durante este período sufrió grandes cambios. Se presentaron crisis en lo económico, lo social y lo político, así como grandes éxitos en cuanto a su política exterior. Dejó de ser la ciudad-Estado para apoderarse del Mediterráneo y convertirse en el aparato militar más grande hasta entonces visto. Luego de la invasión de la ciudad por los Galos en el 390 a.C.,

Roma construyó murallas, reorganizó el ejército, se enfrentó a los samnitas por el control de la península, avanzó sobre la ciudad de Cartago en las muy conocidas Guerras Púnicas, cayó sobre Grecia con las llamadas Guerras Macedonia, creó las provincias de *Hispania Citerior* e *Hispania Ulterior*, invadió las Galias, llegó a Britannia. Se sentaron de esta manera las bases de lo que más adelante sería el gran Imperio Romano.

Según Nespral⁽⁵⁾:

"Esta nueva forma de gobierno –que abarcó cinco siglos– no tuvo siempre iguales características: primero fue aristocrática (porque la influencia decisiva en los comicios estaba reservada a la clase adinerada), luego fue democrática (ya que la plebe, a fuerza de largas luchas con el patriciado, logró importantes conquistas sociales), y por último se producirá la decadencia de la República (a raíz de las guerras civiles que desembocaron en su caída)".

Es en este tiempo en el que aparece en todos los monumentos romanos la sigla SPQR: *Senatus Populusque Romanus*: el senado y el pueblo de Roma.

4. EL PRINCIPADO Y SUS INSTITUCIONES

En el último siglo de la República culmina la empresa romana de extender la latinidad desde España hasta el Asia Menor. Con ello el territorio se ensancha en grandes proporciones y el sistema político empieza a ser insuficiente. Los nuevos hechos económicos que la expansión conlleva en muchos sentidos, dan lugar a la formación de los *equites* como integrantes de una clase capitalista que debilita la antigua preponderancia de las aristocracia y reduce al máximo a la clase media que tanto había significado políticamente. Grecia y Oriente, con sus culturas filosóficas y políticas, contribuyen a acentuar esta situación. Nuevas fuerzas económicas

y sociales empiezan a polarizarse y a formar alianzas con base en intereses políticos comunes. Industriales, banqueros, navieros vienen a constituir algo así como una "nueva nobleza", que naturalmente no esquiva enfrentamientos con la nobleza tradicional. A ello se agrega la permanente inquietud de las clases proletarias y la presión constante de los itálicos para conquistar la ciudadanía romana.

Los siglos II y I a.C. se caracterizan por un permanente estado de agitación que produce graves consecuencias en la vida política, social y económica de Roma. Los golpes de Estado se suceden unos a otros. Apoyados en programas que incluyen la reforma agraria y la ciudadanía para los itálicos, los Gracos intentan una dictadura no institucional, para lo cual obtienen apoyo popular y de los *equites*, hecho que acentúa las diferencias políticas. La dictadura de Sila tampoco tiene porvenir, ni Pompeyo con sus pretensiones similares.

El conflicto entre los tres cónsules Pompeyo, Craso y Julio César se inclinó a favor de este último quien consolidó el poder de Roma alrededor de su prestigio y su riqueza. Su asesinato en el senado simboliza la muerte misma de la República y la construcción de un modelo de concentración absoluta del poder. Octavio, sobrino de Julio César, se convertiría entonces en el primer emperador de Roma bajo el título de "Augusto".

El triunfo de Augusto sobre Marco Antonio (militar y político aliado de Julio César) lo llena de popularidad y le gana la adhesión irrestricta del pueblo. Entiende el triunfador que su compromiso con Roma va mucho más allá y se concentra en satisfacer la necesidad de resolver la ya larga y cada vez más grave crisis. Para los romanos Octavio es el *princeps civitatis*, llamado a restaurar los antiguos valores morales, políticos, religiosos y sociales casi desaparecidos. Así se inicia el Principado con Augusto en el año 27 a.C. A pesar de las muchas interpretaciones que del Principado se han hecho, lo cierto es que este tiene un acentuado carácter monárquico. A Augusto se le asigna multitud de poderes y títulos. Deja de ser cónsul para recibir la *tribunicia potestas* vitalicia. *Imperator*, *pater patriae*, *Augustus*, su *potestas cum imperio* es superior a todo otro poder. Es, además, permanente en el tiempo y única. Frente a él y a su pleno ejercicio, las instituciones republicanas se le sujetan y pierden trascendencia política. Otro tanto ocurre con las magistraturas y con el senado, cuyo poder

(5) Nespral Bernardo, *El derecho romano en el siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2002, p. 95.

electoral se mengua ante la autoridad del *princeps*. Este asume la función de nombrar senadores, aun sin las calidades antes requeridas.

Hecho importante en el Principado es el fortalecimiento del régimen municipal, que hace desaparecer las diferencias entre las *coloniae* y los *municipia*. Los habitantes de éstos son *cives romani*, ciudadanos romanos.

Inicialmente los municipios participan de la organización política de la Roma republicana. En lo jurisdiccional, el *praefectus urbi* es competente para decidir los asuntos criminales en Roma y hasta cien millas de ella, y el *praefectus praetorio* para el resto de Italia. El *praetor urbanus* tiene la jurisdicción civil. De otra parte las provincias se aumentan notablemente: de quince que eran en la República llegan a cuarenta y cinco en el año 117 d.C. Sus gobernadores, *praesides provinciarum*, son designados por el príncipe.

Esta primera parte del imperio conocida también como “alto imperio” o “imperio republicano” sentará las bases de una organización social política y militar sin precedentes. Alrededor de Roma girará el mundo. Todos los caminos conducirán a ella.

5. EL DOMINADO

Alejandro Severo muere en el 235 d.C. y se produce aguda crisis durante cincuenta años, hasta el 284 d.C. en que adviene Diocleciano. El exagerado aumento territorial, la presencia del cristianismo, las incursiones cada vez más frecuentes de los bárbaros, el problema económico muy generalizado, las luchas personalistas por el poder, son sus principales factores. Diocleciano es emperador por aclamación militar y con él se entroniza el más crudo absolutismo. Reformas tributarias del ejército, de la burocracia para hacerla más fuerte y numerosa, hasta el punto de sustituir a las magistraturas, son lo más característico de este momento. El *imperator* confía el gobierno a dos emperadores, asistidos por dos *caesares* que también son los encargados de sucederlos. Con Constantino se reagrupa el Imperio, luego se divide, después se unifica, en sucesivos movimientos. Roma se convierte al cristianismo. Con Teodosio ocurre la última división.

El carácter del emperador es divino: *dominus et deus*, señor y dios. Por eso esta época se conoce también como el Dominado. El senado es un sencillo organismo municipal. El antiguo poder de las magistraturas llega casi a desaparecer bajo la fuerza de la burocracia. El Estado se confunde con la persona del monarca. Sus secretarios o ministros son los más altos signatarios palatinos: forman el *consistorium principis* que sucede al *consilium principis* donde se preparan las leyes y se tratan las cosas del gobierno.

Las prefecturas de Oriente, Iliria, Italia y Galias forman el Imperio, y se hallan divididas en diócesis y provincias. Son gobernantes respectivamente los prefectos, los *vicarii* y los gobernadores, procónsules, etc., que son a la vez administradores de justicia. Las ciudades conservan el antiguo régimen municipal.

Constantinopla se sujeta a un régimen similar al de Roma. También ella tiene su *praefectus urbi*.

La caída del Imperio se sucede en el año 476, si bien subsiste el llamado Imperio Romano de Oriente con capital en Constantinopla. Los territorios del Asia Menor quedan entonces bajo el dominio del Islam.

Los emperadores romanos fueron los siguientes:

Dinastía Julia-Claudia:

Augusto, Tiberio, Calígula, Claudio y Nerón.

Inter-Reino:

Galba, Otón y Vitelio.

Dinastía de los Flavios:

Vespasiano, Tito y Domiciano.

Los españoles:

Nerva, Trajano y Adriano.

Dinastía de los Antoninos:

Antonino Pío, Lucio Vero, Marco Aurelio y Cómodo.

Fase de transición y anarquía:

Pertinax, Didio Juliano, Pescennio Nigro, Clodio Albino.

Dinastía de los Severos:

Septimio Severo, Caracalla, Geta, Macrino, Heliogábal, Alejandro Severo.

Los emperadores de la crisis del siglo III:

Maximino, Máximo, Balbino, Gordiano, Felipe Árabe, Decio, Galo, Velusiano, Emiliano, Valeriano, Galieno, la anarquía de los 30 tiranos, Claudio, Quintilio, Aureliano, Tácito, Floriano, Probo, Caro, Carino, Numeriano.

Los del Bajo Imperio:

Diocleciano, Maximino Hércules, Constancio, Galerio, Majencio, Maximiliano, Severo, Maximino Daia, Licino, Constantino, Constantino II, Constante, Constancio, Juliano, Joviano. En Occidente: Valentíniano, Graciano, Máximo. En Oriente: Valente, Teodosio. En Galia: Eugenio Retórico y en Oriente-Occidente: Teodosio.

Los del Imperio de Occidente:

Honorio, Juan, Valentíniano, Petronio Máximo, Avito, Mayoriano, Lívio, Severo, Antemio, Olibrio, Glicerio, Julio Nepote y Rómulo Augusto.

Los del Imperio de Oriente:

Arcadio, Teodosio, Marciano, León, Zenón, Anastasio, Justino y Justiniano (en Oriente y Occidente).

A partir de Justiniano fueron más de 40 los emperadores de oriente hasta el año 1204.

CAPÍTULO II

Proceso histórico del derecho romano

1. ÉPOCAS

Dentro de un amplio esquema de evolución de las instituciones jurídicas romanas, los historiadores distinguen tres grandes épocas: la del *ius civile*, la del *ius gentium* y la del derecho *bizantino, romeo o heleno-romano*.

La época del *ius civile* o *ius quiritium* arranca del año 753 a.C. y llega hasta el 201 a.C., año de la finalización de la segunda guerra púnica. El *ius civile* se integra con reglas formalistas, elementales, de gran rigidez y de carácter consuetudinario. La Ley de las XII Tablas es un estatuto en verdad excepcional, pues la actividad del derecho es esencialmente jurisprudencial, basada primero en la interpretación de los pontífices y luego en la de los jurisconsultos:

"ius civile (...) in sola prudentium interpretatione consistit".

"El derecho civil consiste en la sola interpretación de los prudentes" (Dig., 1, 2, 2, 12).

Ahora bien, dado el marcado carácter institucional de la familia, su derecho es orientado por derechos de contenido político, de ahí el inmenso poder del *pater familias* sobre los bienes y las personas; la gran mayoría de los actos del comercio jurídico se realiza mediante las formas de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, y las obligaciones posibles provienen de los modos primitivos de contratar: la *mancipatio*, el *nexus*, la *fideiucia* y la *sponsio*.

La época del *ius gentium* está comprendida entre el 201 a.C., y el 235 d.C. cuando muere Alejandro Severo. El *ius gentium* es tan universal como el Imperio. El antiguo formalismo cede en favor de la amplitud, las instituciones jurídicas son más no solo para romanos sino que comprenden también a los extranjeros. La actividad jurídica del pretor se constituye en su gran dinámica creadora e impulsadora, y da forma y vida al llamado *ius honorarium*, dando complemento al *ius civile* tradicional. La jurisprudencia es su fuente fundamental. De esta manera, las antiguas instituciones jurídicas se renuevan y revitalizan. El carácter de la familia se modifica, entre otras cosas porque el parentesco es de cognación (por lazos de sangre), más que de agnación (por lazos civiles); se mantiene la *mancipatio* como negocio jurídico para las *res mancipi*; surge la *traditio* para los demás bienes y aparecen los contratos *bonae fidei* (de buena fe), en los que se atiende más a la equidad que a las formas externas y solemnes: ellos son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

El año 235 a.C. es el indicado para señalar el comienzo de la época del derecho *bizantino, romeo, o heleno-romano*, que va hasta Justiniano (siglo VI d.C.). La muerte de Alejandro Severo da lugar a la profunda crisis que sobreviene a la desaparición del viejo mundo romano. Las invasiones bárbaras son determinantes en esta nueva situación histórica, no obstante la restauración del Imperio, tiempos después, con Claudio II, Diocleciano y Constantino. Sin embargo, el centro no será ya Roma sino Constantinopla. A pesar de ello, la caída política de Roma no trajo consigo la muerte de sus instituciones jurídicas. Al contrario, éstas, extendidas por todos los pueblos del Imperio por la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., se reafirman a sí mismas mediante el aporte de distintos derechos consuetudinarios como los de Oriente, y además la cultura helénica imprime nuevos impulsos a su desarrollo. La institución familiar experimenta cambios importantes bajo el signo cristiano; el sistema sucesoral se despoja de sus antiguos requisitos formales inherentes al *testamentum*, para dar paso a la sucesión *ab intestato* que se apoya en la *cognatio* o parentesco de sangre. Desaparece la tradicional distinción entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*; el dominio se transfiere básicamente por medio de la *traditio*, y los contratos escritos son la principal fuente de obligaciones civiles.

En lo que se refiere estrictamente a las instituciones del derecho privado, los historiadores les señalan un proceso de evolución propio, en tér-

minos de períodos o épocas, así: época arcáica o derecho antiguo, desde la fundación de Roma hasta el siglo I a.C.; época clásica o derecho clásico, desde el 130 a.C. hasta el 230 d.C.; época postclásica o derecho postclásico, desde el 230 d.C. hasta Justiniano; y derecho justiniano.

El profesor Fabio Espitia⁽⁶⁾ incluso identifica siete grandes períodos de evolución del derecho romano así:

I. Derecho romano arcaico (entre la fundación de Roma y la mitad del siglo III a.C.).

II. Derecho romano del poderío universal o del derecho romano clásico (entre la segunda mitad del siglo III a.C. y la primera mitad del siglo III d.C.).

III. Derecho romano tardío o posclásico (entre mediados del siglo III y mediados del siglo VI).

IV. Derecho romano bajo el dominio bárbaro y árabe de occidente (entre los siglos V y XI y VII y XV, respectivamente).

V. Derecho romano bizantino (entre el siglo VI y XX).

VI. Adopción del derecho romano justiniano en occidente (siglo XI y XIX).

VII. Derecho romano codificado (entre el siglo XIX y XXI).

2. EL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE ROMA

Es muy importante conocer qué sucedió con el derecho romano después de Justiniano, pues a partir de esta comprensión se explica y se jus-

(6) Espitia, Fabio, *Historia del derecho romano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 44.

tifica su permanencia y trascendencia hasta nuestros días. Al decir de Valencia, “En Justiniano convergen el fin y la síntesis de la evolución casi catorce veces centenaria del derecho romano. Termina su vivencia y comienza su supervivencia”⁽⁷⁾. En esta evolución se pueden distinguir varias épocas y escuelas que se formaron alrededor suyo.

En un primer instante (siglo VI), aparecieron las legislaciones romano-bárbaras –como el *Edictum Theodorici*, la *Lex Romana Burgundionum* y la *Lex Romana Visigothorum*– las cuales se mencionarán más adelante. En el mundo bizantino se hicieron compilaciones y codificaciones sobre la obra de Justiniano, como la *Paráfrasis de Teófilo*; las codificaciones en griego: *Ecloga*, *Procheiros Nomos* y *Epanagogé* y los *Basílicos*, entre los siglos VIII y X. Hacia finales del Imperio Romano de Oriente, aparece un *Manuale legum* en seis libros denominado *Hexabiblos*.

En Europa la recepción del derecho romano se basó más en la aplicación del *Corpus Iuris Civilis*. En el año 1090, un profesor de gramática de la Universidad de Bolonia descubrió en una biblioteca de Pisa un manuscrito del *Digesto* sobre el cual realizó un estudio filológico intercalando en el texto original sus propios comentarios en forma de glosas marginales (al margen) o interlineales (intercaladas en el texto). Irnerio y sus discípulos Búlgaro, Martino Gossia, Jacobo y Hugo formaron entonces la llamada “Escuela de los Glosadores”. En el año de 1250, Acurcio reunió esta obra en la llamada Gran Glosa o Glosa Acuriana. Los principales aportes de esta Escuela, según Jaramillo⁽⁸⁾, son: haber redescubierto el infinito valor de la jurisprudencia romana clásica; haber rescatado el *Digesto* de Justiniano; haber articulado al igual que redefinido la compilación justinianea; haber erradicado el empleo de epítomes, extractos y otros escritos cuestionados; haberle impreso al derecho de la época, disperso y desmembrado un carácter más unitario; haberle conferido al derecho romano sustantividad y autonomía académicas; haber eliminado así fuera en forma fragmentaria y parcial algunas contradicciones manifiestas existentes; y haber establecido los pilares de la ciencia jurídica moderna en Occidente.

(7) Valencia, op. cit., p. 119.

(8) Jaramillo Carlos Ignacio. *Escuelas de los glosadores, canonistas y posglosadores*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1996, p. 143.

Este renacimiento académico produjo poco a poco un remezón intelectual en los tribunales que aplicaban para entonces un derecho diferente. Ese acercamiento con la realidad trajo consigo la necesidad de hacer no solo glosas sino comentarios extensos y sistemáticos aplicando el derecho romano a casos prácticos. Abusando del método escolástico a través de divisiones, subdivisiones, distinciones, clasificaciones y subclasificaciones, los juristas Cino De Pistoia (1270-1335), Bartolo De Sassoferatto (1313-1357) y Baldo De Ubaldi (1327-1400) crearon la llamada “Escuela de los Comentariistas, Conciliadores o Posglosadores”, llamada también *mos italicus* (costumbre, estilo o sistema italiano). Criticada por muchos, en la medida en que era un derecho romano de “tercera mano”, esta escuela es “la fundadora de la ciencia jurídica moderna”⁽⁹⁾, pues al fin y al cabo su método es el que seguimos utilizando. Para Betancourt, “esta escuela tiene una nueva orientación metodológica más libre de interpretación y argumentación”⁽¹⁰⁾.

De esta manera se inició la llamada “Recepción del derecho romano” en la Europa medieval, es decir, el modo como lenta e imperceptiblemente fue convirtiéndose en el derecho de todos. Pero esta “recepción” tuvo sus propios matices según el lugar. En Alemania, por ejemplo, en 1495 se reconoció el *Corpus Iuris Civilis* como ordenamiento vigente, mientras no estuviera en contra de una disposición particular. En Francia se aplicaba el derecho germánico en el norte (*Pays de coutumes*), y en el sur, gracias al *Breviario de Alarico*, el derecho romano (*Pays de droit écrit*). En Inglaterra la “recepción” no tuvo lugar. “A pesar de conocer por mucho tiempo el derecho romano, nunca se practicó en los tribunales. El poder del rey sustituyó las leyes consuetudinarias locales por los tribunales reales”⁽¹¹⁾. Se desarrolló así el *common law*, origen del derecho anglosajón, cercano al derecho romano en su manera particular de creador del derecho para casos concretos. España, desde la caída del Imperio y la invasión de los Visigodos, siguió alimentándose de derecho romano a través de la

(9) Arguello Rodolfo, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 122.

(10) Betancourt Fernando, *derecho romano clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995, p. 118.

(11) Barry Nicholas, *Introducción al derecho romano*, Civitas, Madrid, 1987, p. 79.

Lex Romana Visigothorum. Esta ley rigió hasta la expedición de la *Liber lúdiciarum* en el 654, inspirado en el derecho germánico y en el derecho romano, revisado y llamado *Forum lúdicium* por el Concilio Toledano del año 693 y traducido al castellano por Fernando III el Santo a finales del siglo XII, con el nombre de *Libro de Jueces* o *Fuero Juzgo*. Después de la expulsión de los árabes de España, período durante el cual perdió vigencia el *Fuero Juzgo*, éste volvió a regir y se convirtió en fuente para la creación, en el año de 1256, de las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, recepción plena del derecho romano, ésta con múltiples elementos de derecho canónico.

Con la Edad Moderna, se desarrollaron nuevas escuelas que estudiaron el derecho romano como derecho común, gracias a la llamada “recepción”. Estas escuelas son llamadas las “*Escuelas modernas del derecho romano*”. En primer lugar hay que mencionar la escuela “Humanista” de los siglos XV y XVI. Este movimiento se nutrió de una perspectiva mucho más amplia que se resistía a una recepción dogmática del derecho romano. El *Corpus Iuris Civilis* y las demás fuentes romanas debían estudiarse dentro de su contexto histórico. El derecho romano fue entonces objeto de curiosidad científica por los miembros de esta escuela, llamada, también *mos gallicus* por haber tenido su epicentro en Francia. Entre los más destacados exponentes (cuyos nombres según la costumbre eran latinizados) se encuentran: Alciatus (Alciato), Zasius (Zasy), Donellus (Donneau), Cuiacius (Cujas), Faber (Favre), Gothofredus (Godefroy) y Agustinus (Agustín).

En los siglos XVII y XVIII, con el desarrollo de la filosofía racionalista se creó un movimiento que buscó reelaborar la idea del derecho natural rescatando el concepto original esbozado en el derecho romano (p. ej. Gayo, 1,1). Colocando al derecho natural por encima del derecho positivo, esta escuela, llamada “Escuela del derecho natural” o “*iustusnaturalista*” o “Escuela Racionalista” cuenta entre sus adeptos a Grocio, Tomasio, Leibniz, Puffendorf, Thibaut, Domat, Cocceji, y Heineccius entre otros.

“El derecho de gentes primario es aquel que la razón natural (no la naturaleza común, sino aquella que le es propia al género humano) ha establecido entre todos los hombres, y que es uniformemente observado por todos. El derecho de gentes secundario es aquel que es introducido

por el uso y por las necesidades de los hombres, o como dijo Modestino, aquel que la necesidad ha establecido. Así el derecho primario es absoluto, el secundario depende de las circunstancias”⁽¹²⁾.

Pero esta concepción racionalista generó pronto una reacción en aquellos que pusieron en duda la validez de unos principios universales. Se reivindicó un estudio de carácter histórico sin abstracciones como la del derecho natural. Este movimiento se ha denominado “Escuela Histórica”, fundada por el alemán Federico Carlos De Savigny quien afirmó:

“Pretender, como se ha hecho a menudo, que la ciencia mirada bajo el punto de vista histórico, establece la forma antigua del derecho como tipo absoluto e inmutable para el presente y para el porvenir, es desfigurar completamente este punto de vista, cuyo verdadero sentido nos enseña, por el contrario, a reconocer el mérito y la independencia de cada siglo y tratar, sobre todo, de aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, bajo el concepto de que, si esta relación se nos oculta, podríamos ver las manifestaciones exteriores del derecho, pero no penetrar su espíritu. Esta doctrina, en su aplicación particular al derecho romano, no le reconoce, como a menudo se piensa, una autoridad sin límites, sino estudia el conjunto del derecho moderno, a fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un origen romano cierto para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; después descomponer el elemento romano, y si alguna de sus partes, muertas en realidad, no conserva más que la apariencia de la vida, la elimina, abriendo así un campo más libre al desarrollo y a la acción saludable del elemento existente”⁽¹³⁾.

Descendiente de la escuela histórica aparece la llamada “Escuela de Pandectas” o “Escuela de los Pandectistas” que consideraba al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano como un ordenamiento vigente que debía estudiarse con el lente racional del hombre moderno. Se desarrolló tomando como estudio las Pandectas con el fin de que sus principios se tuvie-

(12) Heineccius, *Éléments du Droit Civil Romain*, París, 1812, p. 41.

(13) De Savigny F. C., *Derecho romano actual*, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 4.

ran como derecho vigente. Windscheid, Dernburg, Brinz y Vangerow son las figuras de este movimiento. “También en lo que concierne al contenido, mi esfuerzo primordial ha sido el de presentar los principios jurídicos, tales como los entiendo, despojados de la forma romana específica bajo la cual aparecieron, mostrando su entraña en lo que conserva valor para nosotros”⁽¹⁴⁾.

Estas escuelas llamadas “modernas” dieron impulso a un movimiento codificador que trajo consigo la elaboración de dos cuerpos normativos de especial valor que puso punto final al derecho romano como derecho vigente: el Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón), que recogió la doctrina de Domat, Pothier, Merlin y Toullier, y el Código Civil alemán de 1900. De esta manera el artículo 7º de la ley que promulgó el Código Civil francés dice:

“A compter du jour où ces lois son exécutoires, les lois roïnains, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les status, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code”.

Se dijo entonces que con la expedición de estos códigos se había iniciado un período de crisis del derecho romano.

Sin embargo la realidad demostró todo lo contrario. La internacionalización de la economía, los procesos de integración y la necesidad de establecer unas reglas comunes para los pueblos, en especial en lo que hace al derecho privado, han conformado un movimiento en el que el derecho romano juega y jugará un papel fundamental. Para América Latina, que comparte un mismo proceso histórico, esto resulta evidente. Es así como los códigos civiles de Chile (1855), Colombia (1873), Argentina (1870), Haití (1825), Bolivia (1831), Ecuador (1860), Costa Rica (1886), Venezuela (1867), Cuba (1889), Puerto Rico (1889), El Salvador (1859), Perú (1852), Panamá (1916), México (1870), Nicaragua (1871), Uruguay (1868), Guate-

mala (1887), Brasil (1916), Honduras (1880) y Paraguay (1889) beben directamente en las fuentes romanísticas. Por otra parte hay que mencionar que se han realizado congresos latinoamericanos de derecho romano en la Universidad de Buenos Aires (1976), en la Universidad Veracruzana, en Jalapa (1978), en la Universidad Externado de Colombia (1981), en Brasilia (1983), en Lima (1985), en Mérida, Venezuela (1987), en Santiago de Chile (1992), en Panamá (2000), en Buenos Aires (2004), en Morelia, México, (2006), y en Costa Rica (2008), reuniones en las cuales han participado activamente la Università de Roma “La Sapienza”, la Università di Sassari, el *Gruppo di Ricerca Sulla Diffusione del Diritto Romano*, y el Comité Latinoamericano para la Difusión del derecho romano.

“La proyección en el futuro de la actualidad del derecho romano presupone que este sea considerado bajo dos aspectos: como instrumento de educación del jurista latinoamericano y como base de un derecho común latinoamericano que a través de las codificaciones supere las codificaciones mismas”⁽¹⁵⁾.

En Colombia, el estudio del derecho romano ha compartido el espacio de las reflexiones jurídicas desde hace muchísimos años. En mi experiencia como profesor titular de Derecho Romano en la Universidad del Rosario en Bogotá he tenido el privilegio de revisar quizás la mayor colección de libros jurídicos antiguos en Colombia, que reposan en el Archivo Histórico de esta Universidad fundada en el año de 1653. Es de admirar la inmensa cantidad de glosas que estudiantes y profesores escribieron sobre los textos originales, en especial sobre los libros de Bartolo de Sasoferrato. Esto lo menciono para significar que nuestra tradición jurídica romanista trasciende de lejos nuestra vida republicana, más aún si se tiene en cuenta que las fuentes del derecho español, tales como las Siete Partidas o la Nueva Recopilación de Castilla, siguieron conservando su valor de autoridad varios lustros después de nuestra declaración de independencia⁽¹⁶⁾.

(15) Catalano Pierangelo; Steger Hans-Albert; Lobrano Giovanni, *América Latina y el derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, p. 159.

(16) Derecho Civil Primer Año, Lecturas, Compilador Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 365.

(14) Windscheid Bernhard, *Tratado de derecho civil alemán*, trad. de Fernández Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, p. XII.

Justo resulta mencionar a los romanistas que en los últimos tiempos han impulsado y transmitido a sus discípulos el respeto y el amor por este estudio. Se destacan los trabajos de profesores como Bercelino Hernández (el cual tradujo en 1912 la obra de Georges Bry), Juan Trujillo Arroyo (obra actualizada en el 2011 por Alfonso Clavijo González), Saúl Saavedra Lozano, Eduardo Buenaventura Lalinde, Diego Luis Córdoba, José María Uriá, los maestros Fernando Hinestrosa (y su *Tratado de obligaciones*), Carlos Medellín Forero (quien publicó la obra *Textos y voces del derecho romano*), Hernán Valencia, Fernando Betancourt (catedrático de la Universidad de Sevilla, España), Emilssen González de Cancino, Carlos Ignacio Jaramillo, Eduardo Álvarez Correa, así como las obras de Julio Ortiz Márquez, Rafael Vargas, Ciro Alfonso Latorre, Lucrecio Jaramillo Véliz, Francisco Samper Polo, Mario Montoya Gómez, Ferdinando Casas-diegos Cáceres, José Sánchez Ibarra, Fabio Espitia Garzón, Ramiro Casafío, Luis Alfonso Muñoz y Martha Lucía Neme Villareal, entre otros.

CAPÍTULO III

Fuentes

1. PRINCIPALES FUENTES

Teniendo en cuenta que el derecho romano se originó y desarrolló durante un espacio de tiempo considerable (desde la fundación de la ciudad de Roma hasta Justiniano), un adecuado estudio del mismo implica la referencia temporal a las fuentes para su comprensión. Las diferentes instituciones del derecho romano que se analizan hoy en día, requieren por lo tanto de la precisión sobre la fuente de la cual emana la noticia sobre su existencia, pues con el transcurso del tiempo la naturaleza de cada fuente fue adquiriendo particularidades diversas. El edicto del pretor, la jurisprudencia o la ley, como fuentes de derecho, asumieron características especiales en diferentes épocas que impiden generalizar su razón de ser y sus efectos. Las fuentes son pues testimonios de la historia –restos conservados de épocas pretéritas⁽¹⁷⁾– que nos remontan en el tiempo y nos descifran el pasado y su espíritu. El derecho romano tuvo la fortuna (desde la perspectiva del presente) de haber sido codificado por instrucciones de Justiniano. Gracias a esa labor, cuestionada por muchos por la dificultad que se presenta en poder determinar qué es original y qué fue agregado por los codificadores; lo cierto es que el *Corpus iuris civilis* trascendió a lo largo de los siglos como un cuerpo completo, sistemático y profundo de cientos de reflexiones jurídicas que ocurrieron durante toda la historia de Roma. Buscar la fuente, en su idioma original, es dialogar directamente con los jurisconsultos romanos. Es hermoso y necesario.

(17) Paricio, op. cit., p. 23.

Este manual de derecho romano al igual que la mayor parte de los manuales y tratados que hoy existen, ancla sus enseñanzas en la obra de Justiniano. La dificultad de consecución y la misma desaparición de otras fuentes lo explica. Sin embargo las fuentes extrajurídicas (literarias o históricas) también sirven para la comprensión de instituciones de las cuales ignoramos (por ahora) su evolución en el tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sabe que las principales fuentes del derecho romano fueron la costumbre, la ley, el plebiscito, el senadoconsulto, las constituciones imperiales, los edictos y la jurisprudencia.

a) *La costumbre*. Las *mores, mores maiorum*, costumbres de los mayores, modos de vivir institucionalizados pero no expresados conceptualmente, son el gran fundamento del *ius civile* primitivo, lo que refleja el respeto y validez de las tradiciones. La aplicación e interpretación de las *mores* estuvo a cargo del colegio de pontífices presidido por el *Pontifex Maximus*. Más adelante fue la jurisprudencia el motor que impulsó su desarrollo y su constante actualización, dando paso al *ius ex non scripto*, derecho que proviene de lo no escrito, lo cual no se refiere a la costumbre como fuente sino a la *interpretatio prudentium*, interpretación de los prudentes. Solo en la última época del derecho se hizo la distinción entre la costumbre como fuente específica y la *constitutio principis*, constitución del principio, con carácter legal superior y supletoria de ésta. No obstante, existieron referencias a la fuerza jurídica de la costumbre: *consensus omnium*, consenso de todos, *opinio necessitatis, vetustas, longa, inveterata consuetudo*, costumbre antigua, larga, inveterada. Para René Robaye⁽¹⁸⁾,

"La costumbre se distingue de un simple uso y requiere tres elementos: un comportamiento repetido, un carácter obligatorio y una antigüedad suficiente. Las costumbres romanas en la época de su pleno desarrollo buscaban regir todos los círculos de la vida social. Se encuentran entonces costumbres familiares, gentilicias, étnicas, comerciales, etc.".

(18) Robaye René, *Le droit romain*, Academia Bruylant, Bélgica, 1996, p. 33.

Costumbres que tenían con frecuencia una evocación religiosa. Afirma el mismo autor que en el derecho romano como en otros sistemas jurídicos un fenómeno particular contribuyó al declinamiento de la costumbre. Se trata de la codificación que, paradójicamente, tiene como fin conocerla y conservarla mejor. Esta situación se presentó con la expedición de la Ley de las XII Tablas.

Se dijo en Roma:

"El derecho escrito es aquél que el uso ha hecho válido. Porque las costumbres repetidas diariamente y aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, equivalen a las leyes".

"*Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diutumi mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur*" (Inst., 1, 1, 9).

La costumbre fue la principal y prácticamente la única fuente en la primera época del derecho romano. Paulatinamente y en la medida en que se desarrolló la jurisprudencia y la legislación, la costumbre fue perdiendo su valor original y adquiriendo carácter supletorio frente a un vacío legal.

b) *La ley*. *Generale iussum populi, rogante magistratu*, orden general del pueblo mediante la *rogatio* del magistrado: así define Capitón la ley (Gellio, 10, 20,2). Se refiere a la *lex publica*, ley pública, distinta de la *lex privata*, concepto de tipo convencional, *commune preceptum*, precepto común: *lex commissoria, lex contractus*. El magistrado proponía la ley, *lex rogata*, a la asamblea comicial que él mismo presidía. Luego de ser aprobada se producía la *auctoritas patrum*, o refrendación del senado. Otra era la *lex data*, que el magistrado podía expedir por delegación comicial y que contenía disposiciones de carácter administrativo.

La *lex rogata*, que era la pública, constaba de varias partes: la *praescriptio*, prefacio, con el nombre del magistrado rogante, el lugar y la fecha de la asamblea comicial y su carácter de *tributim*, la especificación de la tribu que inició la votación y de quien primero votó; la *rogatio*, o cuerpo normativo; y la *sanctio*, sanción, que definía los términos para su eficacia.

Según su efectividad, las leyes podían ser *perfectae*, que declaraban nulos los actos contrarios a ellas, *minus quam perfectae*, que determinaban penas para quienes no las cumplieran, e *imperfectae*, que no señalaban penas por infracción.

También solían distinguirse las leyes con el nombre del magistrado que las proponía, como por ejemplo *Lex Aquilia*; otras agregaban el *cognomen*, como la *Lex Publia Philonis*; o también el *praenomen*, como la *Lex Sempronia. C. Gracchi*. Cuando el proponente era un cónsul, se hacían constar los nombres de los otros dos, como en la *Lex Papia Papea*. Así mismo existieron leyes que aludían a la materia tratada, como la *Lex Furia de Sponsu*.

Las leyes romanas eran principalmente fuentes del derecho público. Eventualmente contenían normas de derecho privado, en especial durante el Imperio. En este sentido la aparición de Ley de las XII Tablas resulta bastante excepcional. Según la tradición, esta ley se originó en el movimiento reivindicador de los plebeyos en busca de la igualdad jurídica. Se sabe que a mediados del siglo V a.C. se creó una magistratura con esa finalidad. Terentilio Arsa, tribuno de la plebe, propuso la ley en el año 461. En el 454, viajó una comisión a Grecia para estudiar las leyes de Solón y en el mismo año se constituyó una comisión extraordinaria de diez patricios: *decemviri legibus scribundis consulari potestate*, diez varones para escribir las leyes con potestad consular. Las diez primeras tablas recibieron la aprobación de los comicios centuriados. Una nueva comisión, con participación de plebeyos, redactó las otras dos en el 450, que fueron aprobadas, a solicitud de los cónsules Valerio y Horacio, en el 449. La Ley de las XII Tablas dio seguridad al conocimiento público del *ius quiritium*, y aunque el texto completo de la Ley de las XII Tablas no existe, pues —se cree— las tablas originales fueron destruidas en el incendio de los galos hacia el siglo IV a.C., su contenido se transmitió en forma oral y se comentó en diversos textos como los de Dionisio De Halicarnaso, Tito Livio y Pomponio, y en textos para la enseñanza como las Instituciones de Gayo:

“Aunque uno posea con buena fe cosa ajena, a pesar de ello, no procede la usucapión; por ejemplo, si uno posee una cosa robada o poseída por la fuerza, pues la Ley de las XII Tablas prohíbe usucapir la cosa robada”.

“*Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtiuam aut ui possessam possideat; nam furtiuam Lex XII Tabularum usucapi prohibet*” (Gayo, 2, 45):

Se ha hecho un importante esfuerzo por reconstruir de manera sistemática esta codificación⁽¹⁹⁾, y aunque estos ensayos modernos de reconstrucción son calificados como “simples hipótesis”⁽²⁰⁾, se sabe que contiene normas de derecho procesal (tablas I, II y III), de derecho privado (tablas IV, V, VI y VII) y de derecho penal (tablas VIII, IX y X). La tabla XI prohíbe el matrimonio entre patricios y plebeyos, y la tabla XII que le refiere a la prenda, la responsabilidad de los dueños por hurtos o daños cometidos por esclavos, indemnizaciones y el derecho del pueblo a hacer leyes⁽²¹⁾.

Pero a pesar de que, como ya lo vimos, las leyes en Roma tuvieron una gran importancia para el derecho público, existen algunas de ellas que aparecieron durante la República y el Imperio que representan para el derecho privado grandes avances. He aquí algunas de ellas:

Lex Canuleya (445 a.C.): autoriza el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Lex Poetelia Papiria (326 a.C.): abolió la esclavitud por deudas.

Lex Aquilia de damno (286 a.C.): regula el daño sobre las cosas.

Lex Cintia sobre donaciones.

Lex Plaetoria, sobre la validez de los negocios de los menores de edad.

Lex Atilia de tutore dando (210 a.C.): relativa al derecho tutelar.

(19) <<http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicas/didrom18.htm>>.

(20) Kunkel Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Ariel Derecho, Barcelona, 1982, p. 32.

(21) Existen ediciones bilingües latín-español como la de Antonio Ruiz Castellanos, César Rascón, José María González, y la contenida en la obra *Textos de derecho romano*, coordinador Rafael Domingo, España, 2002.

Lex Furia, sobre prohibiciones a los testadores.

Lex Falcidia (714 d.C.): sobre disposiciones sucesorales.

Lex Silia y *Lex Calpurnia*, sobre simplificación de las acciones.

Lex Iulia (757) y *Lex Papia Pópea* (762): sobre matrimonio, hijos y sucesiones.

La ley como fuente de derecho también asumió diferentes naturalezas según la época. Permaneció y se afianzó en la historia, asumiendo características muy particulares. De esta manera, los plebiscitos después de la Ley Hortensia, los senadoconsultos o las constituciones imperiales, según el caso, son leyes desde el punto de vista material. Y con mayor claridad compilaciones como los *Fragmenta Vaticana*, los códigos Gregorio, Hermogeniano y Teodosiano, y el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, entre otros.

Sobre la ley de los romanos afirmaron:

“La virtud de la ley es mandar, prohibir, permitir, punir”.

“*Legis virtus est: imperare, vetare, permettere, punire*” (Dig. 1, 3).

“Ley es lo que el pueblo ordena y establece”.

“*Lex est quod populus iubet atque constituit*” (Gayo, 1, 3).

c) *El plebiscito*. Lo que la plebe ordena y constituye, es el plebiscito, según lo explica Gayo: “*Quod plebis iubet atque constituit*” (Gayo, 1, 3). Se originó en el *concilium plebis*. Inicialmente estaba destinado solo a la clase plebeya, mas la *Lex Hortensia* del 287 a.C. le dio carácter de norma general incluso sobre los patricios. Desde entonces se habla de *lex sive plebiscitum* (ley o plebiscito). Los plebiscitos dieron origen a buena parte de la legislación de derecho privado.

d) *El senadoconsulto*. El senadoconsulto (*senatus consulto*) era una forma de consejo que el senado elaboraba sin efectos legales mientras no

fuese materializado mediante un edicto de un magistrado. La actuación del senado en estos casos era el desarrollo de la *auctoritas patrum*, mediante la cual intervenía en la formación de las leyes que expedían los comicios (esta intervención se eliminó con la Ley Hortensia). Sin embargo, fue durante el Principado cuando se le reconoció fuerza de ley a sus preceptos, generalmente en el campo del derecho privado, ocupando durante el período imperial un puesto de honor como fuente del derecho. Los senadoconsultos llevaban el nombre del emperador que los había impulsado o del cónsul que había presidido la sesión correspondiente. Así se conocen por ejemplo el Senadoconsulto Claudiano sobre la pérdida de la libertad de la mujer adúltera; el Senadoconsulto Neroniano sobre los legados; el Senadoconsulto Tertuliano sobre la sucesión de la madre al fallecimiento de los hijos; el Senadoconsulto Orficiano sobre el derecho del hijo a heredar a su madre; o el senadoconsulto Veleyano que prohibió a la mujer otorgar garantías reales o personales a favor de terceros⁽²²⁾.

La vigencia de los senadoconsultos no fue duradera, y al final del siglo II d.C., ya habían perdido su originalidad y autonomía en manos del emperador. Para Gayo, los senadoconsultos eran:

“Aquel que ordena y establece el senado, y alcanza fuerza de ley aunque esto haya sido discutido”.

“*Senatusconsultum es quod senatus iubet atque constituir, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*” (Gayo, 1, 4).

e) *Las constituciones imperiales*. Aunque hasta el siglo II no se reconoce formalmente la actividad legislativa del príncipe, éste intervino con mayor frecuencia en asuntos públicos y privados en la medida en que crecía su protagonismo político⁽²³⁾. Esta función la ejerció mediante una serie de actos llamados constituciones imperiales (*constitutio principis*) que tu-

(22) Existe una colección de 191 senadoconsultos recogidos por Eduardo Volterr de los cuales hay una referencia a los más importantes en la obra *Fuentes del derecho romano* del romanista Dante Corrente Spanó (Ediciones Pannellle, Buenos Aires, 1970).

(23) Fernández de Buján Antonio, *Derecho público romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 134.

vieron carácter normativo, no siempre originales, pues incluso en ocasiones no hacían otra cosa que repetir normas o jurisprudencias vigentes. Las constituciones imperiales se convirtieron en fuente única y exclusiva del derecho cuando el Estado adquirió características de una monarquía absoluta, es decir fue la principal y única fuente de derecho en la época postclásica. Gayo se refirió a ellas de la siguiente forma:

“Una constitución del príncipe es aquello que establece el emperador por un decreto, por un edicto o por una epístola, y jamás ha llegado a dudarse que alcance fuerza de ley desde el momento en que el propio emperador adquiere su poder imperial por ley”.

Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit, nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat (Gayo, 1, 5).

Por su parte, en las Instituciones de Justiniano se alude a ellas diciendo:

“La voluntad del príncipe tiene también fuerza de ley, porque por ley regia, que lo ha constituido en su imperio, el pueblo le cede y tráslada a él toda su fuerza y poder. Así, pues, todo lo que el emperador decide por un rescripto, juzga por un decreto u ordena por un edicto, hace ley: estas son las que se llaman constituciones imperiales”.

“*Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum, lege Regia, quae de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque igitur imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decretivit, vel edicto preecepit, legem esse constat: haec sunt quae Constitutiones appellantur*” (Inst., 1, 2, 6).

Y en el Digesto aparece:

“Lo que place al príncipe tiene fuerza de ley”.

“*Quod principis placuit legis habet vigorem*” (Dig. Ulp. 1, 4, 1).

Según su origen o su destino, las constituciones imperiales se denominaron *edicta, decreta, rescripta, epistulae y mandata*. Los *edicta* eran órdenes de carácter general expedidas por el emperador en ejercicio del *ius*

edicendi, para todo el territorio o para parte de él. Su importancia para el derecho privado es limitada ya que se ocuparon de asuntos relativos a la administración de las provincias, etc. Sin embargo existieron algunos muy relevantes como el edicto de Antonio Caracalla del año 212 d.C., que otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio. Los *decreta* eran sentencias judiciales del príncipe o de un tribunal presidido por él que resolvían asuntos civiles o criminales. Existieron decretos célebres por su profundidad jurídica expedidos por emperadores ilustrados como Adriano que buscaron consejo y apoyo en juristas de la época.

“La legislación imperial y la jurisprudencia lejos de ser unidades antitéticas, se colocan ambas en un plano de mutua colaboración y de fecundo cambio de ideas y de experiencias. Se puede decir que la legislación imperial se inserta y hunde sus raíces en la jurisprudencia obteniendo de ella su primero y vital alimento”⁽²⁴⁾.

Los *rescripta* o rescriptos eran respuestas del emperador a consultas hechas por funcionarios públicos (caso en el cual se denominaban *epistolae* o epístolas) o por particulares sobre cuestiones controvertidas. Estas respuestas, aunque no eran sentencias, tenían validez jurídica y por lo tanto se consideraban derecho vigente. También en esta manera de expresión imperial, se escuchó a los jurisconsultos quienes en ocasiones trabajaron al lado del emperador. Quizás por esto y a partir del siglo II d.C., los juristas empezaron a citar con frecuencia los rescriptos imperiales así como a reunirlos en colecciones especiales. En el Digesto, por ejemplo, encontramos algunas referencias a rescriptos imperiales hechas por juristas de la talla de Celso:

“Cuando se discute sobre la edad de una persona, nuestro César (Adriano) expuso en un rescripto: Duro e injusto es, cuando se discute la edad de alguien y se presentan declaraciones contradictorias, aceptar la que perjudica; antes bien debe averiguar la verdad mediante cognición de causa; y contar los años que resultan de la prueba que parezca más fidedigna en el asunto” (Dig. 22, 3, 13).

(24) Corrente Spanò Dante, *Fuentes del derecho romano*, Ediciones Pannellie, Buenos Aires, 1970, p. 80.

Los *mandata* o mandatos eran instrucciones dirigidas a funcionarios o gobernadores provinciales. De carácter administrativo, también abarcaron temas de derecho privado sobre todo en materia de sucesiones, por ejemplo, el *testamento militari*. Aunque los textos de las constituciones son de difícil consecución, buen recurso resulta valerse de las fuentes extrajurídicas que nos dibujan sutilmente las materias que desarrollaron estas decisiones. Por ejemplo, Suetonio, sobre Augusto, dice: “Revisó todas las leyes y restableció absolutamente algunas como la suntuaria y las que existían contra el adulterio, contra la inmoralidad, contra la intriga y contra el celibato, restringió la duración de los espousales y reglamentó los divorcios”⁽²⁵⁾.

Las constituciones imperiales, que en la época del Imperio se conocieron también como leyes (*lex-legem*), originaron el *ius extraordinem* o *ius novum*, nuevo derecho. Con el correr del tiempo y debido a la cantidad de materias que trataban, las constituciones imperiales fueron sistematizadas en cuerpos ordenados de leyes (*leges*) que dieron origen a importantes codificaciones como los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. También se conocen a través de publicaciones como la *Constitutiones Sirmondianae*.

f) Los edictos. Ordinariamente fue de los magistrados el *ius edicendi*, o derecho de dirigirse al pueblo verbalmente o por escrito, que se ejercía a través de los *édicta*, edictos. En ellos los magistrados (pretor urbano y pretor peregrino, los ediles curules, los gobernadores y los cuestores en las provincias) determinaban las normas que aplicarían durante su gestión, mediante el llamado edicto *perpetuum*; el *edictum traslaticum* era el que se conservaba pasando de uno a otro magistrado. Pero los magistrados tenían la facultad de apartarse en determinados casos del *perpetuum*, para lo cual podían expedir un *edictum repentinum*.

En las Instituciones de Gayo se dice:

“El derecho a promulgar edictos lo tienen los magistrados del pueblo romano, pero este derecho resulta amplísimo en los edictos de los dos pretores, en el del urbano y en el del peregrino”.

(25) Suetonio, *Vida de los doce Césares*, Clásicos Jackson, Buenos Aires, 1950, p. 79.

“Ius autem edicendi habent magistratus populi romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini” (Gayo, 1, 6).

Es preciso destacar la trascendental importancia que tuvo para el derecho y su desarrollo histórico el edicto del pretor, tanto del *urbanus* que administraba la justicia civil entre los ciudadanos, como del *peregrinus* que hacía lo propio entre los ciudadanos y los peregrinos y entre los peregrinos. Así para las instituciones civiles sustantivas como especialmente para los procesales, estas actuaciones del pretor constituyeron el factor más importante de actualización permanente y evolución, y dieron cuerpo al llamado derecho pretorio u honorario en los siglos finales de la República. Este derecho honorario o *ius honorarium*, tal y como lo señaló Papiniano en el Digesto, tuvo como finalidad ayudar, suplir o corregir el *ius civile*:

“El derecho honorario es aquel que los pretores introdujeron para ayudar, suplir o corregir el derecho civil”.

“Ius honorarium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis” (Dig. 1, 1, 7, 1).

El pretor utilizó diversas formas para su labor jurisdiccional: la *datio actionis*, la *denegatio actionis*, la *exceptio*, las *stipulationes* o cauciones, los *interdicta*, la *restitutio in integrum* y la *missio in possessionem*, figuras jurídicas que serán tratadas en su momento a lo largo de esta obra. El *edictum perpetuum* redactado por el jurisconsulto Salvio Juliano en el año 129 d.C., por solicitud del emperador Adriano, es la reunión de las normas sustantivas y procedimentales contenidas en los anteriores edictos, código preciso con el cual prácticamente concluye esa labor creadora del pretor. Por desgracia no se conoce su texto completo, y lo que existe fue objeto de mutilaciones o cambios introducidos por los compiladores de Justiniano.

Compartimos a este respecto el concepto del profesor Valencia:

“El derecho honorario reviste tanta importancia que el edicto es considerado el Código de derecho privado por autonomía de la Roma de los años cincuenta a.C. y objeto principal de los comentarios de la época clásica (siglos I y II d.C.). En la jerarquía de las fuentes, el de-

recho pretorio ocupa lugar preferente: el segundo, solo antecedido por la jurisprudencia”⁽²⁶⁾.

g) *La jurisprudencia.* Ciencia del derecho se llama a la jurisprudencia, que en Roma constituyó el oficio realizado por el *prudens* como intérprete del *ius*; de donde el nombre de *iuris prudens* se le da a quien aconseja y auxilia a las personas mediante el ejercicio del *cavere* (cuidar) para la celebración de sus negocios, del *agere* para sus litigios, y del *responde-re* para asesorar respondiendo a sus preguntas. De igual manera el pretor y el juez acuden a la ciencia del jurisperito o jurisprudente.

Los principios del derecho son dialécticos y por lo tanto cambiantes y adaptables a cada época y para cada momento histórico. Dejan de ser especulaciones puramente filosóficas y morales para convertirse en reflexiones jurídicas, cuando deben ser aplicadas en cada caso concreto. No es que pierdan su contenido moral. No es que se prescinda de la reflexión filosófica. Lo que sucede es que deben ser puestas en práctica por juristas y no por sacerdotes, así aquellos oficieren como éstos al momento de aplicar justicia. Es en la justicia del hombre para el hombre en lo que los romanos alcanzaron un verdadero esplendor. La ciencia y el arte o espíritu creador del derecho consiste entonces en la realización de la justicia, y por eso se dijo:

“La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.

“Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia (ulpiano Dig. 1, 1, 10).

“En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes: en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no solo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía”.

(26) Valencia, op. cit., p. 57.

“Cujus merito quis nos sacerdotes appelle. Iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes” (Dig. 1, 1, 1).

El derecho puede surgir entonces del poder socialmente reconocido (*potestas*) como cuando se expide una ley. Y en Roma se expedieron muchas y de verdadera trascendencia histórica. Pero el derecho romano se alimentó en gran medida por un saber socialmente reconocido (*auctoritas*) que encarnaban los juristas o jurisprudentes.

“Los juristas o jurisprudentes eran particulares que conocían, interpretaban y desarrollaban el *ius*, y sus opiniones eran socialmente aceptadas. La ciencia jurídica que ellos elaboraron íntimamente conectada con la práctica, es una de las más altas creaciones del espíritu humano. Por lo demás se puede afirmar que esa manera de ver el derecho desde la perspectiva del caso o problema concreto, domina toda la historia jurídica romana”⁽²⁷⁾.

La primera época de la jurisprudencia se conoce como jurisprudencia preclásica o republicana, que va desde el siglo VI al siglo I a.C. Durante esta época se distinguen tres etapas importantes: en primer lugar la llamada jurisprudencia pontifical en la cual fueron los pontífices los responsables de la interpretación jurídica. Más tarde, iniciándose el siglo III a.C., aparece la jurisprudencia pontifical-laical cuando la actividad se vuelve más libre, amplia y generosa, orientada hacia la divulgación popular. De aquel tiempo hay que recordar los nombres de Apio Claudio y Sesto Elio Peto Cato. Por último está la etapa de la jurisprudencia laica del siglo II a.C. con una marcada influencia de la dialéctica griega. Esta jurisprudencia abrió el camino de un verdadero método jurídico gracias a los trabajos de Marco Porcio Catón y su hijo Catón Liciniano; Manio Manilio, Publio Mucio Scevola y Marco Junio Bruto, de quienes dice Pomponio que fundaron el derecho civil (Dig. 1, 2, 2, 39). Al período final de la Re-

(27) Paricio, op. cit., p. 21.

pública pertenecen los más notables de esta época: Quinto Mucio Scevola, quien produce dieciocho *libri iuris civilis* y un *liber singularis*, Servio Sulpicio Rufo, autor de la fórmula *actio doli de la stipulatio Aquiliana* y de varias obras, Servio (a quien Cicerón, su amigo, llama el iniciador de la ciencia jurídica).

Sin embargo, la edad de oro de la jurisprudencia en Roma se extiende desde Augusto hasta los Severos, hasta el 235 d.C. Son los juristas clásicos que laboran bajo el principio *bonum et equum*, de lo bueno y de lo justo. Sistematizan el derecho tradicional y lo enriquecen con sus propios aportes. Augusto confiere a algunos el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, derecho de responder por su propia autoridad, con el que en ocasiones obligaron a los jueces en sus decisiones. Adriano seleccionó a los más prestigiosos para hacerlos formar parte del *consilium principis*. La tarea de los jurisconsultos se proyectó específicamente sobre el derecho privado.

Dos grandes escuelas jurídicas corresponden a esta misma época del derecho clásico. Con frecuencia se enfrentaron entre sí por diversidad de criterios filosóficos o políticos. Fundadas respectivamente por Marco Antistio Labeón y Cayo Ateyo Capitón, se conocen como la Escuela Proculeyana y la Escuela Sabiniana, por los nombres de Próculo y Sabino, sucesores de aquéllos. A Sabino se deben varios libros de respuestas, un comentario al edicto y tres *libri iuris civilis*. A la Escuela Sabiniana pertenecen, entre otros, Masurio Sabino, Cayo Casio Longino, Celio Sabino, Lucio Javoleno Prisco y el famoso Salvio Juliano, quien hace la ordenación del *Edictum perpetuum* y su *Digesta* de noventa libros. De la Escuela Proculeyana son los Celsos, los Nervas (padre e hijo), Marco Coceyo Nerva, Pegaso y Neracio Prisco. En el siglo II Gayo se afilió a los Sabinianos. Al mismo período corresponden Pomponio, Africano, Marcelo y Quinto Cervidio Scevola.

De Gaius (Gay) no se conocen detalles relacionados con su nacimiento, aunque Mommsen afirma que nació en una provincia de Oriente. Vivió bajo Adriano y es autor de unas *Instituciones*, tomadas como modelo por Justiniano. De ellas se ha dicho que son un ejemplar compendio de derecho romano, por su claridad, elegancia y eficacia didáctica. Son, en efecto, obra notabilísima del derecho clásico.

Finalmente, cuatro de los más famosos jurisconsultos de Roma son del siglo III y pertenecen a la última época de la jurisprudencia clásica: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Entre las varias obras de Papiniano se destacan 37 libros de *quaestiones*, 19 de *respona* y 2 de *definitiones*. De Paulo son: 80 libros de comentarios *ad edictum*, 16 de comentarios *ad Sabinum*, 26 de *quaestiones*, 23 de *respona*, 3 de *institutiones*, 6 de *regulae*, entre otros. Ulpiano es el gran erudito del derecho, y compilador insigne. El Digesto de Justiniano lo acoge preferencialmente. Son suyos 81 libros *ad edictum praetoris*, 2 *ad edictum aedilium curulum*, 51 *ad Sabinum*. Y Modestino, cuyas principales obras son 9 libros de *differentiae*, 10 de *regulae*, 10 de *respona* y 12 de *pandectae*. Estos cuatro jurisconsultos fueron *prefecti praetorio*, y dos, Paulo y Ulpiano, miembros del *consilium principis*.

La obra de la jurisprudencia clásica se expresó mediante las *respona*, que eran respuestas a preguntas elaboradas por particulares o jueces; *questiones* y *disputationes*, conceptos sobre casos ficticios con fines pedagógicos; *Digesta*, colecciones de *respona* y *questiones* complementados con leyes, senadoconsultos o constituciones imperiales; monografías sobre temas específicos; *institutiones*, manuales destinados para la enseñanza del derecho; y las *regulae* o *definitiones* donde se recogían principios jurídicos básicos sobre derecho criminal, fiscal, etc., que se usaron como "guías para el buen gobierno"⁽²⁸⁾.

2. CODIFICACIONES

Capítulo aparte merecen las codificaciones del derecho romano, cuya relación esquemática hacemos en dos grandes grupos: las prejustinianas y las de Justiniano.

a) *Codificaciones prejustinianas. De iura.* Teodosio II y Valentíniano, mediante constitución del 426, ordenan compilar las opiniones de los clásicos Papiniano, Ulpiano, Gayo y Modestino, con fuerza obligatoria para los jueces. Es la denominada "Ley de Citas o de Citaciones", en la cual

(28) Paricio, op. cit., p. 134.

dispone como autoridades jurisprudenciales citables en juicio a Papiniano (cuya opinión se impone en caso de empate), Ulpiano, Paulo, Modestino y Gayo. La referida constitución fue involucrada al *Codex Theodosianus*.

En la época post-clásica predominó el propósito didáctico, y para ello se utilizaron principalmente las Instituciones de Gayo. Así lo demuestra el *Epitome Gai* utilizado por los compiladores visigóticos en la *Lex Romana Visigothorum*. Los *Tituli* de Ulpiano y las *Sententiae* de Paulo reelaboran materiales clásicos, aunque hoy se duda con razón que pertenezcan a dichos juristas.

b) *Compilaciones de leyes*. En Oriente se ordenó la compilación de las constituciones imperiales –*leges*– también con intención didáctica y para el conocimiento de los administradores de justicia. Los códigos Gregoriano y Hermogeniano se elaboraron a iniciativa privada, y a iniciativa oficial el Código Teodosiano. El *Codex Gregorianus*, formado por 15 libros divididos en títulos, contiene constituciones proferidas entre los años 196 y 295. El *Codex Hermogenianus*, formado a finales del siglo III o comienzos del IV (no se sabe si por Hermogeniano), está en un solo libro dividido en títulos, y sus constituciones son las dictadas entre los años 291 y 324. Lo que hoy se conoce de los dos códigos es apenas su reconstrucción hecha a través de colecciones posteriores y de las leyes de los bárbaros: *Fragmenta Vaticana*, *Collatio*, *Consulatio*, *Lex Romana Visigothorum* y *Lex Romana Burgundionum*. El *Codex Theodosianus* se hace por iniciativa oficial de Teodosio II, quien le da vigor a partir del 439 d.C. En Occidente fue promulgado por Valentiniano II. Lo forman 16 libros repartidos en títulos, y comprende las leyes –*leges*– generales emitidas desde Constantino hasta Teodosio II (del 313 al 437). Afirman los historiadores que los diecisésis funcionarios comisionados para elaborarlo podían hacer alteraciones en los textos originales, de acuerdo con las necesidades del momento.

c) *Compilaciones de “iura” y de “leges”*. Existen también compilaciones mixtas, como los *Fragmenta Vaticana* (llamada así por haber sido descubierta en la Biblioteca Vaticana en 1821), la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, la *Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulta*, y las de leyes romano-bárbaras: *Lex Romana Visigothorum*, *Lex Romana Burgundionum* y *Edictum Theodorie*.

3. COMPILACIONES DE JUSTINIANO

Justiniano realizó la magna obra de reunir en forma discriminada los *iura* y las leyes, es decir, los trabajos de la jurisprudencia clásica y los legislativos de los emperadores. La gigantesca empresa se llevó a cabo en tiempo muy breve, entre el 528 y el 533 d.C., fundamentalmente por acción de Triboniano y otros juristas. Se respeta la tradición clásica, pero se le imprime carácter unitario y actual para su tiempo. Alteraciones autorizadas por Justiniano son las que se conocen como interpolaciones o *emblemata Tribonianii*.

La obra de Justiniano está formada por las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas. Desde la edición de Hugo a Porta hecha en 1540, se la conoce en conjunto como el *Corpus Iuris Civilis*.

a) *Las Instituciones (Institutiones o institutas)*. Su finalidad fue principalmente didáctica. Su base está en las Instituciones de Gayo, así como en las instituciones de Paulo, Ulpiano, Marciano y Florentino, y en fragmentos de constituciones imperiales. Su contenido sigue el sistema de Gayo: el libro I está dedicado a las personas (*personae*); el II, el III y el IV en los cinco primeros títulos, a las cosas (*res*); lo demás del IV a las acciones (*actiones*).

b) *El Digesto (Digesta o Pandectae)*. Publicado en el año 533, es la compilación de los *iura*, ó material de jurisprudencia. La tercera parte de la obra la constituyen fragmentos de Ulpiano, los demás son de Paulo, Papiniano y Juliano principalmente, aunque en total suman 39 los juristas acogidos en el Digesto, cuyos fragmentos llegan a 9000 aproximadamente. El Digesto está formado por 50 libros, divididos en títulos y distribuidos según el orden del Edicto Perpetuo. Los títulos se encabezan con una *inscriptio* donde se expresa el nombre del autor y del libro de procedencia. Un *index* precede al Digesto, para relacionar las obras seleccionadas. Las partes del Digesto son: 1) libros 1-4, principios generales sobre el derecho y la jurisdicción; 2) *de iudiciis*, libros 5-11, doctrina general de las acciones y protección de la propiedad y demás derechos reales; 3) *de rebus*, libros 12-19, obligaciones y contratos; 4) *umbilicus*, libros 20-27, obligaciones y familia; 5) *de testamentus et codicillis*, libros 28-36, herencia, legados y fideicomisos; 6) libros 37-44, herencia pretoria y materias sobre

derechos reales, posesión y obligaciones; 7) libros 45-50, *stipulatio*, derecho penal, *appellatio*, derecho municipal. Cierran dos títulos generales: *de verborum significatione* y *de diversis regulis iuris antiqui*.

c) *El Código (Codex)*. Publicado en el año 528, está formado por constituciones dictadas desde Adriano hasta Justiniano. Consta de 12 libros divididos en títulos. En cada constitución hay una *inscriptio* con los nombres del emperador y del destinatario, y una *subscriptio* con su fecha. Contiene materias que fueron objeto de interpolaciones, distribuidas así: derecho eclesiástico, fuentes del derecho y funcionarios públicos, en el libro I; derecho privado en los libros II-VIII; Derecho penal en el libro IX; derecho administrativo en los libros X-XII.

d) *Las Novelas (Novellae)*. Publicadas en el año 534. Se conocen tres colecciones de las novelas, constituciones imperiales posteriores al Código: *Epitome Iuliani*, *Authenticum* y una colección de 168 novelas. La mayoría de las novelas pertenecen a Justiniano, pero hay algunas de Justino II y Tiberio II.

Completa, rigurosa y justa resulta la opinión de Cuenca sobre esta compilación:

“Sin embargo la verdad es que, como todos sabemos, la compilación justinianea lejos de presentar un conjunto armoniosos y perfecto, especialmente en el Digesto, deja ver un abigarrado mosaico de leyes y doctrinas, desarticuladas de sus originales, además de un retorcido e imponente barroco de estilos, donde corren embarazadas la elegancia de Servio, las cláusulas de Marcelo, la precisión de Papiniano, con el estilo vulgar, helénizado y barbarizado de los compiladores bizantinos, en especial con la prosa rústica y torpe del ilustre Triboniano, cabeza de la comisión compiladora. Pero, este retorcimiento del latín clásico al vulgar, del griego helénico al bizantino, no debe hacernos olvidar que a esa comisión compiladora debemos el legado de la cultura jurídica romana”⁽²⁹⁾.

(29) Cuenca Humberto, *Proceso civil romano*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. XXXIII.

4. CÓMO SE CITA EL “CORPUS IURIS”

El primer párrafo de cada título en las Instituciones, de cada fragmento en el Digesto y en el Código, y de cada capítulo en las Novelas, suele ir precedido de un *principium* (pr.). Hoy predomina el modo filológico que nombra la obra en abreviatura, y enumera luego sus varios lugares. Por ejemplo:

Inst. 1, 2, 4 (Instituciones, libro 1, título 2, párrafo 4).

D. 4, 6, 21, 2 (Digesto, libro 4, título 6, fragmento 21, párrafo 2).

C. 5, 53, 2, 1 (Código, libro 5, título 53, fragmento 2, párrafo 1).

Nov. 18, 3, 2 (Novela 18, capítulo 3, párrafo 2).

También se encuentran citas así:

fr. (o también 1, ley, en Digesto y Código, o C., constitución, en Código) 7, §2, D. *de pactis*, 2, 14⁽³⁰⁾.

Para la realización y actualización del presente libro se utilizaron las siguientes ediciones de las fuentes:

—*Du Digeste Ou Pandectes*, Paris, 1803.

—*El Digesto de Justiniano*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1968, versión castellana por D'ors, Hernández Tejero, Fuenteseca, García-Garrido y Burillo.

—Gayo, *Instituciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

—*Instituciones de Justiniano*, Editorial Helitasta, Buenos Aires, 1976.

(30) Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 11 ed., Madrid, Ariel, 1994.

- Justinian's Institutes*, Ed. Duckworth, London, 1987.
- Texto de Derecho Romano*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.
- Codex Iustinianus*, (Krueger) Berolini, 1906.
- Corpus Iuris Civilis (Novellae)*, Ed. Weidmann, Berlin, 1963.

PARTE SEGUNDA

PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO I

Introducción

Como una novedad, hemos decidido anteponer al estudio de las personas, los bienes, las obligaciones, los contratos y las sucesiones, el capítulo relativo al procedimiento romano. No obedece este cambio al capricho del autor. Como ya lo hemos comentado, el derecho romano no fue un cuerpo de conceptos, principios y dogmas. De hecho son muy pocas definiciones que existen sobre las diversas instituciones. Este majestuoso sistema se construyó a partir de la solución de las controversias que se presentaron en el devenir de las relaciones socioeconómicas del pueblo romano. Por ello la jurisprudencia y el edicto del pretor son la fuente más fértil y abundante del derecho en Roma. Por ello creemos pertinente conocer primero la manera como se solucionaron las controversias, para entender con precisión los capítulos que vienen más adelante.

Insistimos: la acción hace posible el derecho. No hay derecho sin acción.

Es justo reconocer además, que los aspectos fundamentales del derecho procesal moderno tales como la *iurisdictio* (jurisdicción), la competencia, la *actio* (acción), la *litis contestatio*, la *res iudicata* (cosa juzgada), la *in iure e in iudicio* (dos instancias), la *intentio*, (pretensión) la *condemnatio* (condena) la *interrogatio in iure* (interrogatorio) la *confessio in iure* (confesión), el *iuriurandum in iure* (juramento), la *appellatio* (apelación), los *interdicta*, los *recursus* (recursos) o la *cautio* (caución), se encuentran claramente establecidos en el derecho romano.

1. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Desde los primeros tiempos del Derecho Romano hasta la época de Diocleciano, la organización judicial romana se caracterizó por la intervención de dos clases de funcionarios en los procesos judiciales: los magistrados y los jueces. Consiguientemente, el proceso civil se dividía en dos etapas distintas: la primera se desarrollaba ante el magistrado, y se denominaba instancia *in jure*; la segunda tenía lugar ante el juez, y se denominaba instancia *in judicio*. Al magistrado correspondía la *ordinatio judicii*, o sea la ordenación del proceso; al juez correspondía desarrollar el juicio y pronunciar la sentencia.

2. LOS MAGISTRADOS

La institución de los magistrados romanos varió según las distintas épocas. Generalmente, si bien había separación de funciones administrativas y judiciales, no había una verdadera separación de órganos en cuanto se refiere a los magistrados. En los primeros tiempos los magistrados eran los reyes mismos. Despues los cónsules y los pretores, institución esta última que data del año 387. Había el pretor urbano y el pretor peregrino; el primero conocía de las controversias entre ciudadanos romanos; el segundo, de los juicios entre peregrinos o entre ciudadanos romanos y peregrinos. En Italia hubo la institución de magistrados municipales llamados *duumviri* o *quatuorviri*. En las provincias ejercían la magistratura los presidentes de éstas.

Bajo Diocleciano se dividió el Imperio en cuatro prefecturas, cada una de las cuales era gobernada por un funcionario llamado prefecto del pretorio, el cual ejercía igualmente la magistratura. Cada una de esas prefecturas se subdividía en provincias que eran regidas por un rector o *praedes provinciae*, investido a la vez de las funciones de magistrado. En Roma la magistratura era ejercida en aquella época por el prefecto de la ciudad.

La función del magistrado en los procesos judiciales recibía el nombre específico de *jurisdictio*, de donde viene el término moderno de jurisdicción.

3. LOS JUECES

En la institución de los jueces se puede observar un principio de separación, no solo de funciones judiciales y administrativas, sino también de órganos, por cuanto la única función de los jueces era la de desarrollar los procesos judiciales que a ellos llegasen y dictar la sentencia.

Entre los jueces se distinguían los que eran escogidos para cada proceso, y los que funcionaban permanentemente formados en corporaciones.

El juez que era escogido para cada proceso se llamaba *iudex*, *arbiter* o recuperador. El *iudex* era el que tenía que fallar en estricto derecho, sin que le fuese permitido conciliar las pretensiones de las partes. El *arbiter* era el que tenía ese poder de conciliación. Los recuperadores, según la opinión predominante, eran los encargados de fallar las controversias entre ciudadanos romanos y peregrinos.

Cuando el juez debía escogerse para cada proceso era seleccionado de una lista numerosa formada por el magistrado y que se exhibía en el Foro. Dicha lista se llamaba *album iudicum*.

Había además jueces permanentes que funcionaban en corporaciones o tribunales, llamados decenviros y centunviros. Los primeros se ocupaban, según parece, de los procesos sobre el estado de libertad y de ciudadanía. Los segundos conocían de cuestiones relativas al estado civil de las personas y a los derechos de sucesión por causa de muerte.

CAPÍTULO II

Los tres sistemas de procedimiento

A lo largo de la historia jurídica de Roma se conocieron sucesivamente tres sistemas de procedimiento llamados: *legis actiones* (acciones de la ley) durante la época arcaica; procedimiento formulario durante la época clásica y el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*) durante la época posclásica.

1. *Las legis actiones*. Este sistema fue instituido por la ley de las Doce Tablas y rigió hasta la época de Augusto. Se caracterizó por su extremado formalismo y por la ausencia de representación judicial de una persona por otra. La marcha del proceso tenía lugar así: el demandante tomaba la iniciativa citando al demandado a comparecer ante el magistrado. Esta citación era un acto privado del demandante, es decir, sin intervención de la autoridad, y se denominaba *in ius vocatio*. Presentes las partes ante el magistrado, debían cumplirse ante él todas las fórmulas y ritualidades propias de cada acción, que generalmente eran orales, sin que pudiera cambiarse un vocablo por otro. Era el régimen de los términos sacramentales. Cumplida la plenitud de aquellas ritualidades, dentro de las cuales el magistrado se informaba plenamente del objeto y de todos los elementos de la acción, las partes ponían testigos de lo actuado y se producía lo que se llamó la *litis contestatio*, expresión derivada de *litis cum testatio*, que significa *litis con testimonio*.

Después de la instancia *in iure* se desarrollaba la instancia *in iudicio* ante el juez. En esta segunda etapa del proceso, sobre la base de los elementos con que se había configurado el juicio ante el magistrado, el juez investigaba la verdad de los hechos por los medios probatorios que adujeran las partes, y aplicaba el derecho en la sentencia que debía pronunciarse.

En aquel sistema de procedimiento existieron acciones declarativas y acciones ejecutivas. Las acciones declarativas se aplicaban para los casos de controversia, esto es, en los que se discutía la existencia de un derecho. Estas eran las *legis per actio sacramentum*, las *legis actio per iudicis postulationem*, y las *legis actio per condictionem*. Las acciones ejecutivas eran procedimientos de ejecución, que son los que se dirigen a hacer cumplir coercitivamente una obligación cuya existencia no se discute. Estas eran las *legis actio per manus injectionem* y las *legis actio per pignoris capionem*.

La *legis actio per sacramenti*, la más antigua de las acciones, servía para declarar derechos reales o personales. Se llamaba así porque cada una de las partes contendientes debía depositar al principiar el proceso una cantidad de dinero que se denominaba *sacramentum* y que ganaba la que saliera triunfante en el litigio y perdía la parte vencida. Era como una especie de apuesta.

La *legis actio per iudicis postulatio* se empleaba especialmente para los casos en que hubiera que escoger un *arbiter* como juez, lo que sucedía generalmente cuando se trataba de dividir una herencia (*actio familiae erciscundae*), o de dividir bienes comunes (*actio communi dividendo*), o de fijar los límites entre dos heredades (*actio finium regundorum*).

La *legis actio per condictionem* se aplicaba a las acciones personales sobre obligaciones que tuvieran por objeto una cantidad determinada de dinero (*condictio certae pecuniae*) o una cosa determinada (*condictio certae rei*).

La *legis actio per manus injectionem* era una acción ejecutiva dirigida no solo contra los bienes sino contra la persona misma del deudor, a quien el acreedor podía aprisionar y encadenar, para ser llevado por la fuerza ante el magistrado, reduciéndolo así a una especie de semiesclavitud de hecho mientras no le fuera pagada su deuda.

La *legis actio per pignoris capionem* era una acción ejecutiva por medio de la cual un acreedor (generalmente un cobrador de impuestos) tomaba entre los bienes de su deudor una o varias cosas en calidad de prenda (*pignus*) para garantizar el pago de un crédito.

El sistema de las *legis actiones* fue debilitándose poco a poco. Mediante la *lex Aebutiade de formulis* (año 130 a.C.) coexistieron las acciones de la ley con el nuevo procedimiento formulario. Su completa abolición se produjo con la expedición de la *lex Iulia Iudiciorum Privatorum* (año 17 a.C.) en la que se estableció el sistema formulario que sustituyó completamente al de las *legis actiones*.

2. *El sistema formulario*. Este sistema de procedimiento operó entre el siglo II a.C. y el siglo III d.C.; deriva su nombre de un escrito llamado fórmula que se redactaba en la instancia *in iure*, estando presentes ambas partes ante el magistrado, en el cual se enunciaban los elementos fundamentales del proceso. Este sistema se caracterizó por ser más flexible, por el papel creador del Pretor y por la aparición de la fórmula.

—*Composición de la fórmula*. La fórmula base del proceso constaba de partes esenciales y partes accidentales o accesorias. Las partes esenciales eran:

a) La *iudicis nominatio* por medio de las cuales las partes designan al juez;

b) La *intentio* que contiene las partes, el acto que origina la controversia y la pretensión del actor. Ejemplo:

“Si resulta que Numerio Negidio debe dar diez mil sestercios a Aulo Agerio”.

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere” (Gayo, 4, 41).

c) La *condemnatio* en la que el magistrado ordena al juez para que condene o absuelva. Ejemplo:

“Condena, juez, a Numerio Negidio a dar a Aulo Agerio diez mil sestercios, si no resulta así, absuélvelo”.

“Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnata. Si non parte, absolve” (Gayo, 4, 43).

Las partes accidentales eran la *demonstratio*, que aclaraba la pretensión del actor y la *adjudicatio* cuando se trataba de derechos reales. También podían incluirse la *exceptio* por parte del demandado por medio de la cual ejercía su derecho de defensa y contradicción, y la *praescriptio* generalmente en favor del acreedor.

La primera parte de este proceso se denominaba *in iure* que se iniciaba con la figura de la *in ius vocatio* que es una especie de notificación oral por parte del actor al demandado. Luego se hacía la *editio actionis* por medio de la cual el actor en presencia del pretor exponía su pretensión, se elaboraba la fórmula y tenía lugar a continuación la *litis contestatio* o relación jurídico-procesal, lo que quiere decir que en aquel momento quedaban definitivamente sentadas las bases del proceso.

En seguida se desarrollaba la instancia denominada *apud iudicem* ante el juez. En esta segunda etapa se practicaban las pruebas pedidas por las partes, se las oía en alegatos y se dictaba sentencia. Bajo este sistema imperó el régimen de la condena pecuniaria, lo que quiere decir que si el demandado salía vencido se le condenaba a pagar una cantidad de dinero al demandante, la cual sustituía el objeto propio del derecho materia del proceso.

La sentencia debía recaer exactamente sobre la cantidad pedida, nada más y nada menos. Si se había pedido más de lo debido, se incurría en el defecto llamado *plus petitio*, y en ese caso no se podía condenar a la cantidad verdaderamente debida, sino que el demandado era total e íntegramente absuelto, porque se consideraba que la cantidad pedida era objetivamente distinta de la debida.

Pero si el demandante pedía menos de lo que era debido y probaba su derecho, se condenaba al demandado a pagar lo que hubiese demandado. Este defecto en el demandante, contrario al anterior, se denominaba *minus petitio*.

—*Efectos de la sentencia.* La sentencia, una vez pronunciada y en firme, producía los siguientes efectos: la *exceptio rei iudicatae*, y su cumplimiento por las vías ejecutivas.

La *exceptio rei iudicatae* implicaba que no podía en adelante promoverse nuevo proceso, ni dictarse nuevo fallo sobre las mismas cosas, entre las mismas personas y por la misma causa del proceso fallado:

“La cosa juzgada entre unos no perjudica a otros”.

“Res inter alios iudicata aliis non obest” (Modestino, D. 45, 1, 10).

Para que esta excepción prosperara se requería, por tanto: *idem corpus* (identidad de cosas); *eadem causa petendi* (identidad de causa); *eadem conditio personarum* (identidad de personas desde el punto de vista jurídico). Estos elementos configuran lo que se llama excepción de cosa juzgada:

“Hay lugar a la excepción de cosa juzgada cuantas veces se reproduce el mismo asunto entre las mismas personas”.

“Exceptionem rei iudicatae obstare quotiens eadem questio inter eosdem personas revocatur” (Juliano, L.D. 44, 2, 3).

—*Vías de ejecución.* Las vías de ejecución de la sentencia firme, bajo el sistema formulario, fueron: la *actio iudicati*, la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio* y la llamada *pignus causa iudicati captum*. Por la primera se perseguía el cumplimiento del fallo, aun contra la persona misma del deudor, que podía ser aprisionado por el acreedor como en la *manus injectio*, la cual vino a reemplazar. Por la *bonorum venditio* se sacaba a la venta el patrimonio en masa del deudor para pagar el objeto de la condena. Por la *bonorum distractio* se sacaban a la venta, con el mismo fin, determinados bienes del deudor sentenciado. Y por el último de los expresados procedimientos ejecutivos se autorizaba al demandante para tomar en calidad de prenda (*pignus*) determinadas cosas del deudor sentenciado, a efecto de garantizar el pago.

Igualmente en el sistema formulario se desarrolló una jurisdicción especial del pretor que algunos autores han calificado como una protección jurídica extraprocesal, por medio de la cual se solucionaban controversias a través de órdenes directas que tomaba este magistrado. Estas órdenes directas fueron:

- a) *Interdicta*. Eran órdenes extraprocesales que el pretor producía encaminadas a restituir bienes (interdicto restitutorio); o la exigencia de exhibir alguna cosa (interdicto exhibitorio); o que contenía una prohibición (interdicto prohibitario).
- b) *Missio in possessionem*. Era una especie de embargo de bienes de aquel que no comparecía al juicio o de quien se negaba a pagar una sentencia en contra.
- c) *In integrum restitutio*. Por medio de esta figura el pretor anulaba los efectos jurídicos de un acto que se consideraba contrario al derecho. Las causas podían ser la intimidación, el engaño, la *capitis deminutio*, el error, o la ausencia.
- d) *Estipulaciones pretorias*. Con este instrumento el pretor obligaba a las partes a comprometerse a algo.

3. *Sistema extraordinario o cognitio extra ordinem*. En la época del emperador Diocleciano se abolió el sistema de la división del proceso en las dos etapas o instancias que hemos visto, facultándose al magistrado para que él mismo finalizara el proceso y pronunciara el fallo. Como en un principio este sistema era excepcional se le llamó extraordinario. Pero en realidad llegó a ser el procedimiento general y ordinario en la última época del derecho procesal.

Estamos ahora en presencia de un funcionario que representa al Estado y administra justicia en nombre de él. Este proceso tiene un carácter inquisitivo en el cual el juez dirige el proceso, puede decretar pruebas de oficio. El proceso deja de ser oral para privilegiar la escritura, y se instituye el principio de la tarifa legal para darle un determinado valor a las pruebas.

En esta última época se instituyó el sistema de *recursus* contra las sentencias, de los cuales el más importante fue el de *appellatio*, por medio del cual se solicitaba la *intercessio* de los magistrados superiores a fin de corregir las violaciones del derecho en que se hubiera incurrido en los fallos.

PARTE TERCERA

DEL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS

—INTRODUCCIÓN

Solamente las personas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones. Se ha definido la persona diciendo que es un ser que puede adquirir derechos y contraer obligaciones civiles.

Pero en el derecho romano había seres humanos que no eran personas por cuanto no podían ser sujetos de derechos y obligaciones: los esclavos. Y, a la inversa, se reconoció la personalidad civil a entidades que no eran seres humanos: las personas morales o jurídicas.

En Roma solo los seres humanos libres eran sujetos de derechos, eran personas. Este concepto está en la base de las teorías modernas sobre la personalidad jurídica y sobre la capacidad. “*Persona-personae*” en latín significa máscara de actor, personaje de un drama, papel desempeñado en la sociedad, carácter, personalidad.

Se lee en Gayo:

“De la condición de hombres: La gran división referente al derecho de las personas estriba en que todos los hombres unos son libres y otros son esclavos”.

“*De condicione hominum: Et quidem summa divissio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*” (Gayo, I, 3, 9).

Sin embargo, y aunque la esclavitud fue una de las principales instituciones económicas de la antigüedad, resulta sobresaliente la expresión de Ulpiano en el aparte final del Digesto sobre la “significación de las palabras, antecedente obligado a la teoría moderna de los derechos humanos:

"Por derecho civil, los esclavos son vistos como nulos, pero no por derecho natural, pues, por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales"⁽¹⁾.

"Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen ei jure naturali: quia quod ad jus natural attinet, omnes homines aequales sunt" (D. 50, 17, 32).

La existencia jurídica de la persona se daba con el hecho mismo del nacimiento siempre y cuando estuviera separada del vientre materno (*partus editus*), el bebé naciera vivo (*partus perfectus*) y no fuera un aborto⁽²⁾. El derecho romano contempló una excepción a esta regla para efectos sucesorales previendo la existencia jurídica desde la concepción, en el llamado *nasciturus*, respecto del cual se respetaban sus derechos los cuales se hacían efectivos una vez se produjera el nacimiento⁽³⁾.

La existencia de la persona termina con la muerte. Este momento era y es de especial importancia para el derecho, pues trae consigo la posibilidad de transmitir derechos y obligaciones a través de la sucesión *mortis causa*. En caso de que la muerte sobreviniera al mismo tiempo en personas emparentadas entre sí (incendio, naufragio, etc.), se entendía que todos habían muerto al mismo tiempo. Esta institución se denominó *commorencia*⁽⁴⁾. En caso de la muerte simultánea de padres e hijos, Justiniano introdujo algunas diferencias según la edad de los hijos. Se estableció que se presumía la muerte del impúber y la sobrevivencia del púber.

El régimen de las personas en el derecho romano contempla tres estados (*status*) fundamentales: el estado de libertad, el estado de ciudadanía y el estado de familia. "El *status* denota la condición jurídica de un hombre (de una persona según la terminología clásica) con respecto a la libertad, a la ciudadanía y a la familia"⁽⁵⁾.

(1) Instituciones, 1, 5.

(2) C.C., art. 90.

(3) C.C., art. 93.

(4) C.C., art. 95.

(5) Valencia, op. cit., p. 154.

CAPÍTULO I

Estado de libertad

1. DEFINICIÓN

El estado de libertad, *status libertatis*, era la base de todo derecho, por cuanto constituía el elemento esencial de la personalidad humana. El hombre que no era libre no era persona. Los hombres se dividían, pues, en libres y esclavos. Solo los hombres libres podían tener estado de ciudadanía y de familia.

En las Instituciones aparece:

"La libertad, de donde viene la denominación de libres, es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impida".

"Et libertas, quidem ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi aut juro prohibetur" (Inst., 1, 3, 1, D. 1, 5, 4).

2. LA ESCLAVITUD

La condición jurídica del esclavo era la del bien patrimonial sujeto al poder absoluto de su amo o dueño (*dominus*). Ese poder no era una potestad de persona a persona, sino un derecho real de una persona sobre un bien patrimonial. Se le denominaba potestad dominical (*dominica potestas*).

Se era esclavo por nacimiento (hijo de esclava), por cautividad (los prisioneros de la República, *servi publici*), o por pena (*servi poenae*)⁽⁶⁾. En el derecho clásico se dijo que se consideraba libre al hijo de esclava que fue libre en algún momento de la concepción.

Aquella condición del esclavo subsistió a pesar de los progresos del derecho romano a través de las distintas épocas de su historia, si bien con leves atenuaciones. Así, bajo el derecho de JUSTINIANO era la siguiente:

1. No podía contraer matrimonio. Sus uniones sexuales eran de hecho, no de derecho, y se denominaban *contubernium*.
2. No podía adquirir ni enajenar por cuanto no tenía un patrimonio propio a la manera del ser libre. Sus actividades económicas eran de hecho, no de derecho, y aprovechaban al dueño. El dueño adquiría por medio del esclavo. Este era, pues, un instrumento de adquisición para su dueño. Pero, en cambio, no podía obligar al dueño en esas actividades de hecho. En su oportunidad veremos la atenuación de este principio riguroso.
3. El esclavo no podía ser sujeto activo ni pasivo de acciones judiciales, por cuanto no podía serlo de derecho.
4. El esclavo era civilmente responsable por los delitos cometidos, pero como no podía comparecer en juicio, el amo (*dominus*) podía indemnizar el daño o entregar el esclavo a la víctima en lo que se conoció como *noxiae deditio*⁽⁷⁾.

Tales eran los preceptos fundamentales que regían la condición jurídica del esclavo, aunque hay que recordar que durante el llamado Bajo

(6) Instituciones 1, 3, 4.

(7) En latín "noxa" significa daño, perjuicio o detimento (*Diccionario VOX Latino-Español* Barcelona, 1996). "Noxia" significa (en la época clásica), aparte del sentido general de delito, una categoría especial de éstos, cual son los realizados por una persona alieni iuris o por un animal y que crean a favor de la víctima un derecho directamente vinculado sobre el autor (*Diccionario de derecho romano*, Ed. Reus, Madrid, 1995).

Imperio, con las ideas humanitarias de origen filosófico y cristiano, "se atenuaron los rasgos más duros e inhumanos de la esclavitud sin llegar a cuestionar la institución misma"⁽⁸⁾.

3. MANUMISIÓN

Se daba el nombre de manumisión (*manumissio*) al acto jurídico por el cual el amo o dueño del esclavo le daba la libertad. Era, pues, una libertad del amo que convertía al esclavo en hombre libre. El manumitido recibía en adelante la denominación general de liberto (*libertus* o *libertinus*). El amo que lo había manumitido se llamaba *patronus* respecto de su liberto, y este último quedaba con determinadas obligaciones a favor de aquél. Los libertos eran por lo tanto de condición jurídica y social inferior.

La *manumissio* era de tres clases: *censu* (hasta el siglo I d.C.), que consistía en inscribir al esclavo en el censo como ciudadano⁽⁹⁾; *vindicta*, a través de un juicio en el que el amo le daba la libertad, y *testamento*, cuando el *dominus* así lo estipulaba en su testamento. El derecho honorario creó otras formas de manumisión⁽¹⁰⁾.

El hombre libre que jamás había sido esclavo se llamaba ingenuo (*ingenius*) y tenía una condición jurídica y social superior a la del liberto:

"Es ingenuo el que desde el instante de su nacimiento es libre, ya haya nacido del matrimonio de dos ingenuos, de dos libertos o de un liberto y un ingenuo".

"Ingenuus est, qui statim ut nascitur, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duabus, sive ex altero libertino et altero ingenuo" (Inst. 1, 4).

(8) De Churruca Juan, *Introducción histórica al derecho romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1987, p. 203.

(9) El censo desaparece en el siglo I d.C.

(10) Iglesias Juan, *Derecho romano*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 119.

CAPÍTULO II

Estado de ciudadanía

1. LOS CIUDADANOS

Los hombres libres se dividían en ciudadanos (*cives*) y no ciudadanos. El estado de ciudadanía, *status civitatis*, llevaba consigo el *ius civitatis*, que comprendía a su vez, en el derecho público, el *ius suffragii* y el *ius honorum*; en el derecho privado, el *ius connubii* y el *ius commercii*.

- a) El *ius suffragii* era el derecho de votar en los comicios.
- b) El *ius honorum* era el derecho a ocupar las magistraturas y dignidades del Estado.
- c) El *ius connubii* era el derecho de contraer matrimonio de derecho civil (*justae nuptiae*).
- d) El *ius commercii* era el derecho de adquirir y enajenar por los medios del derecho civil (*ius civile*).

2. LOS NO CIUDADANOS

Los que no tenían la calidad privilegiada de ciudadanos estaban excluidos de las prerrogativas del *ius civitatis*. Se clasificaban en peregrinos y latinos; se hallaban sujetos al *ius gentium*, que era el derecho común, y no al *ius civile*, reservado a los ciudadanos romanos.

Los peregrinos eran los extranjeros residentes en Roma. Los latinos se clasificaban en *latini veteres*, *latini coloniari* y *latini iuniani*.

Los *latini veteres* eran los habitantes del antiguo *latium*, que quedaron sujetos al poder de Roma.

Los *latini coloniari* eran los habitantes de las colonias romanas.

Los *latini iuniani* eran cierta clase de libertos que la Lex Junia Norbana asimiló a los latinos coloniales, a quienes se les dio el *commercium* con los romanos.

La división en ciudadanos y no ciudadanos fue atenuándose desde la época de los emperadores Claudio y Marco Aurelio, hasta llegar a desaparecer por completo mediante la célebre Constitutio Antoniniana, edicto del emperador Antonio Caracalla del año 212 d.C. que, por motivos de conveniencia para el fisco, extendió el derecho de ciudadanía a todo el Imperio. Con este edicto el derecho romano se hizo universal y aparecieron escuelas importantes de derecho en ciudades como Bizancio, Antioquía y Alejandría. Durante el reinado de Caracalla vivieron los juristas Ulpiano, Julio Paolo, Modestino y Marciano⁽¹¹⁾.

CAPÍTULO III

Estado de familia

1. PERSONAS “SUI IURIS” Y “ALIENI IURIS”

Por otro aspecto consideradas, las personas se dividen, según el derecho romano, en *sui iuris* y *alieni iuris*. Las primeras son las que no están sujetas a la potestad de otra persona. Las segundas son las que se hallan sometidas a potestad ajena:

“Sigue una segunda división en el derecho de las personas: unas son independientes y otras sometidas”.

“*De jure personarum alia divisio sequitur: quod quaedam personae sui iuri sunt, quaedam alieno iuri subjectae sunt*” (D. 1, 6).

Las potestades que una persona podía ejercer sobre otras eran:

1. La *patria potestas* (patria potestad);
2. La *manus* en el matrimonio;
3. El *mancipium*.

Estas dos últimas desaparecieron bajo el derecho de Justiniano.

No incluimos en estas potestades la del amo, dueño o señor sobre el esclavo, llamada potestad dominical, pues aquí estamos tratando de las potestades de una persona sobre otra persona, y la potestad dominical no era de persona a persona, toda vez que el esclavo no tenía personalidad ci-

(11) Roldán José Manuel; Blásquez José María, y Del Castillo Arcadio, *Historia de Roma*, T. II, Ed. Cátedra, Madrid, 1989, p. 251.

vil. Aquella potestad era tan solo el derecho de propiedad sobre un bien patrimonial.

Tampoco se incluye como potestad la función del tutor y del curador, porque estos cargos no implicaban una verdadera potestad sobre la persona del incapaz, ni en beneficio del guardador. El tutor y el curador eran, por sobre todo, administradores de los bienes del incapaz y asesores de este en determinados actos de la vida civil. Eran cargos establecidos como protección de los *sui iuris* incapaces, según lo veremos oportunamente.

Era característico de las potestades de una persona sobre otra el que se consideraban instituidas en beneficio de quien las ejercía y no de quien a ellas se hallaba sometido.

2. PATRIA POTESTAD

La patria potestad (*patria potestas*) es, según el derecho romano, el conjunto de poderes que el jefe de la familia civil tenía sobre las personas, los bienes y los ritos religiosos privados (*sacra privata*) de sus descendientes legítimos y personas a estos asimiladas, que se hallaran sometidos a dicha potestad⁽¹²⁾.

La familia civil romana comprendía, pues, un conjunto de personas sometidas a la autoridad común de un jefe: el *paterfamilias*:

“En derecho propio llamamos familia a varias personas que están bajo una misma potestad o sujetas por el derecho natural”.

“Iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura iure subiectae” (Dig. 50, 16, 195, 2).

El vínculo de dependencia y subordinación respecto del *paterfamilias* generaba a su vez un lazo de unión entre las distintas personas sujetas a él, o que lo estarían si el *paterfamilias* no hubiese muerto. Ese lazo de unión se llamaba parentesco civil de agnación (*agnatio*):

(12) C.C., art. 288 y ss.

“En derecho común llamamos familia (la) de todos los agnados”.

“Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum” (Dig., 50, 16, 195, 2).

Los agnados eran, pues, las personas sujetas a la patria potestad del jefe de familia, o las que lo estarían si este no hubiese muerto. Era, por tanto, la agnación un vínculo puramente civil de parentesco.

A diferencia de la agnación, la cognación (*cognatio*) era el parentesco fundado en los vínculos de sangre, con independencia de la composición civil de la familia. Los cognados eran, pues, los parientes por sangre que no estaban o que no hubieran podido estar sometidos a la patria potestad.

La patria potestad era una institución propia del derecho civil. No podía, por tanto, ser ejercida sino por ciudadanos romanos y sobre quienes tuvieran esa misma calidad.

La mujer no podía ser sujeto activo de la patria potestad, pero sí podía ser sujeto pasivo. Es decir, podía estar sometida a ella, pero no ejercerla. Tampoco podían ejercerla las personas *alieni iuris*.

Como todas las potestades del derecho romano, la patria potestad se hallaba instituida principalmente en provecho del *paterfamilias*. Era un derecho para éste. La patria potestad se extendía:

1. A los hijos legítimos de cualquier edad y de cualquier sexo, solteros o casados;
2. A los descendientes legítimos de los varones sometidos a la patria potestad, de toda edad y de cualquier sexo, solteros o casados;
3. A los hijos adoptados como tales por el *paterfamilias*, y
4. A la mujer *in manu* del *paterfamilias*.

Resultaba, pues, que los descendientes por línea materna se hallaban excluidos de la patria potestad del jefe de familia, hallándose sometidos a la del jefe de la familia de su respectivo ascendiente paterno.

Resultaba igualmente que ni la mayor edad del descendiente, ni su matrimonio, lo hacían salir de la patria potestad, y que ésta se ejercía no solo sobre los descendientes de primer grado, sino sobre todos los descendientes legítimos, de manera indefinida: nietos, biznietos, etc.

Las personas sometidas a la patria potestad se denominaban, en general, hijos de familia.

3. ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se extendía a la persona y a los bienes del hijo de familia.

a) *En cuanto a la persona.* En los primeros tiempos del derecho romano el *paterfamilias* tenía un poder absoluto sobre la persona del hijo; ejercía sobre él el derecho de vida o muerte; podía manciparlo, o sea, cederlo a manera de venta a otra persona, darlo como reparación de un delito (*ius noxae dandi*) y abandonarlo.

Pero estas instituciones no subsistieron. El progreso moral del derecho fue moderándolas, hasta hacerlas desaparecer, conservándose siempre una severa autoridad personal privada del *paterfamilias* sobre los hijos.

b) *En cuanto a los bienes.* El *paterfamilias* era considerado dueño absoluto del patrimonio formado por los hijos.

El hijo de familia no tenía, por regla general, patrimonio propio. Sus adquisiciones ingresaban al patrimonio del *paterfamilias*, como las adquisiciones del esclavo que enriquecían el patrimonio del amo. Pero a diferencia del esclavo, el hijo de familia figuraba como persona en sus relaciones jurídicas. Lo que sucedía era que las adquisiciones resultantes de tales relaciones se fijaban en la cabeza del jefe de familia y no en la del hijo.

Se ha observado en el régimen patrimonial de la familia romana una especie de copropiedad llamada copropiedad familiar, aunque de naturaleza *sui generis*.

Durante la vida del padre solo éste tenía facultades dispositivas y administrativas sobre el patrimonio. Pero a su muerte, los hijos que estuvieran bajo su patria potestad entraban a recogerlo en calidad de *sui heredes*, que jurídicamente significa herederos de su propio patrimonio. El derecho de copropiedad de los hijos sobre el patrimonio familiar no venía, pues, a hacerse efectivo sino a la muerte del padre.

Este régimen del poder absoluto del padre sobre el patrimonio familiar sufrió, sin embargo, con la evolución del derecho, profundas transformaciones.

Primeramente se conoció la institución denominada *peculium profectum*, que constituía una atenuación del régimen. Formaban el peculio profecticio los bienes que el padre entregaba voluntariamente al hijo para su administración independiente, con la finalidad de educarlo en la práctica de los negocios. El hijo podía, pues, comerciar independientemente con ese patrimonio, pero no podía cederlo de manera gratuita ni disponer de él por testamento. El padre, además, podía retirar el peculio cuando a bien tuviera. Éste conservaba la titularidad de esos derechos.

Más tarde, bajo el reinado de Augusto, se instituyó el peculio castrense (*peculium castrense*), con más características de propiedad a favor del hijo. Formaban este peculio los bienes que el hijo adquiría por causa o con ocasión del servicio militar. Se le concedía aun el derecho de disponer de tales bienes por testamento. El padre no tenía derecho alguno sobre ellos sino en caso de que el hijo muriese sin haber otorgado testamento.

Bajo el Imperio, en el año 320, el emperador Constantino extendió la institución por analogía a los bienes que adquiría el hijo en desempeño de cargos públicos, así como a los honorarios devengados en el ejercicio de profesiones liberales.

Los bienes así adquiridos formaban el peculio cuasicastrense (*peculium cuasicastrense*) que era considerado de propiedad individual del hijo, de la misma manera que el peculio castrense.

Como culminación de este proceso evolutivo, se reconoció que el hijo de familia pudiera tener plena capacidad jurídica de goce para disponer de

los bienes heredados de la madre. Estos bienes se llamaron *bona materna*. Sobre estos bienes el *pater familias* solo tenía la administración y una especie de usufructo legal⁽¹³⁾. Finalmente, bajo Justiniano se permitió que el hijo de familia pudiera tener plena capacidad de goce y de ejercicio sobre los bienes que adquiriera por causa distinta de la herencia paterna. Esto se denominó *bona adventicia*. Estos bienes (*adventicia y materna*) fueron unificados bajo la rúbrica de peculio adventicio⁽¹⁴⁾.

4. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

Las fuentes generadoras de la patria potestad eran el matrimonio, la legitimación y la adopción.

Pero al hablar del matrimonio como fuente de la patria potestad debe entenderse el matrimonio del derecho civil o *justae nuptiae*.

5. EL MATRIMONIO

En las primeras épocas del derecho romano se tuvo un concepto elevado, idealista y semirreligioso del vínculo matrimonial. De acuerdo con ese concepto se le definía:

“El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer en pleno consorcio de vida y comunicación del derecho divino y humano”.

“*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*” (Modestino, D. 23, 2,1).

Aquel concepto idealista, según el cual el matrimonio era institución de derecho divino y humano, no perduró en Roma. En las últimas épocas

cas se sustituyó por un concepto realista y puramente humano de la unión conyugal.

En los primeros tiempos el matrimonio debía contraerse de manera solemne, es decir, mediante la observancia de determinadas solemnidades o ritualidades, para que el marido adquiriera sobre la mujer la potestad denominada *manus*, según la cual la mujer casada quedaba sometida a manera de hija (*loco filiae*) a la patria potestad del marido, teniendo, por consiguiente, la misma situación jurídica del hijo de familia.

Las primitivas formas solemnes de constitución de la *manus* en el matrimonio fueron la *confarreatio* y la *coemptio*.

La *confarreatio* no era otra cosa que una ceremonia religiosa. Los contrayentes comparecían ante el pontífice máximo, el *flamen dialis* o sacerdote de Júpiter y diez testigos, y allí se desarrollaba el conjunto de ritualidades y símbolos que constituían la ceremonia. Entre esos ritos figuraba el sacrificio de una res, de cuya piel se sacaba una tira que unía a los contrayentes, sentados juntos, y el ofrecimiento de un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter.

La *coemptio*, que era el procedimiento empleado en la época clásica para crear la potestad de la *manus*, era una forma ritual, pero no de carácter religioso. Era un símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia de la persona de quien aquella dependiera: el jefe de familia o el tutor.

Fuera de las dos formas solemnes de la *confarreatio* y la *coemptio*, se conoció en la antigüedad otro medio, que no era propiamente una solemnidad, sino una manera bastante curiosa de constituir la *manus* en el matrimonio. Ese medio se denominó *usus* y consistía en la posesión no interrumpida de la mujer por el marido durante un año continuo, al cabo del cual quedaba sometida a la *manus* del marido.

“Entraba en la potestad marital por el uso la que permanecía casada durante un año entero; pues, como venía a ser en cierto modo usufructuaria por la posesión de un año, entraba en la familia del marido y obtenía el lugar de la hija”.

(13) Betancur, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, p. 443.

(14) Valencia, Hernán, *Derecho Privado Romano*, Señal Editora, Medellín. 2008, p. 319.

"Usu in manu conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat" (Gayo, 1 111).

Si bien es cierto que en el más antiguo derecho romano la potestad de la *manus*, constituida por alguno de los medios expresados, acompañaba siempre al matrimonio, no era en rigor de la esencia de éste, pues podía prescindirse de la constitución de dicho poder sin que dejara de haber matrimonio. De otro lado, la potestad en referencia, con sus formas solemnes de constitución, llegó a caer en completo desuso y a desaparecer definitivamente de las instituciones jurídicas de Roma en el último estado del derecho.

No siendo esencial para la perfección del matrimonio la observancia de las formas rituales o de los medios de constitución de la *manus*, pudiera creerse que bastaba el simple consentimiento de los contrayentes para darle vida jurídica, siendo así como un contrato puramente consensual. Mas por el solo consentimiento de los contrayentes de unirse en matrimonio no quedaba formado el vínculo matrimonial o conyugal si la mujer no estaba en la casa del marido (*indomu mariti*) para que existiera la posibilidad material de tener acceso a ella. Solo desde ese momento quedaba perfeccionado el matrimonio, si bien no era esencial que se consumara el acto sexual. Bastaba la posibilidad física de ello mediante la presencia de la mujer a disposición del marido, en casa de éste.

Por lo demás, ninguna otra solemnidad se exigía por el derecho civil para la perfección del matrimonio. Solía redactarse a veces un acta escrita (*tabulae nuptiales*), o celebrarse ante testigos, pero aquello no era solemnidad esencial, sino tan solo un medio de prueba.

6. REQUISITOS ESENCIALES PARA CONTRAER "IUSTAE NUPTIAE"

Para contraer *iustae nuptiae* se requería:

1. La pubertad en ambos contrayentes,

2. El libre consentimiento de los contrayentes,
 3. El consentimiento del jefe de familia,
 4. Tener el *ius connubii*, y
 5. La ausencia de impedimentos.
1. *Pubertad.* En la definición del matrimonio no se expresaba su finalidad primordial, la procreación. Pero no por ello debe creerse que esa finalidad era extraña al matrimonio según el derecho romano. Todo lo contrario, el solo hecho de exigirse la pubertad como primer requisito para contraer *iustae nuptiae* y de señalarse el matrimonio como la fuente principal de la patria potestad demuestra, sin lugar a duda, la finalidad de la procreación en el matrimonio. La pubertad como requisito esencial para la celebración del matrimonio debe entenderse en su sentido fisiológico. Es la capacidad fisiológica, en el hombre para engendrar, y en la mujer para concebir.
- Respecto de la mujer se fijó la edad de doce años como principio de la pubertad, considerando que por regla general la mujer a esa edad había adquirido un grado de desarrollo sexual que la hacía apta para concebir.
- Respecto del hombre hubo divergencia de opiniones y de prácticas. En un principio la fijación de la pubertad se hacía por el jefe de la familia, previo examen de los órganos genitales del hijo. Esta práctica, combatida por la Escuela de los Proculeyanos bajo la influencia de los estoicos, y defendida por la Escuela de los Sabinianos, acabó por desaparecer, y se fijó la edad de los catorce años como inicial de la pubertad en el hombre⁽¹⁵⁾.
2. *Consentimiento de los contrayentes.* En la época del poder absoluto del jefe de familia sobre el hijo sometido a su patria potestad pudo quizá violentarlo a contraer un matrimonio sin su querer. Pero desaparecido aquel poder omnímodo, quedó definitivamente establecido como requisito esencial del matrimonio el consentimiento libre de los contrayentes:

(15) C.C., art. 140, Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-507 de 2004.

"No el concubito sino el consentimiento hace el matrimonio".

"*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*" (Dig., 50, 17, 30).

3. *Consentimiento del jefe de familia.* Siendo el contrayente *sui juris* no necesitaba el consentimiento de otra persona. Pero estando bajo la patria potestad necesitaba el consentimiento del jefe de familia, toda vez que del matrimonio del hijo podían nacer hijos que quedaban bajo la potestad de aquél. Respecto del descendiente varón se necesitaba no solo el consentimiento del jefe de familia, sino el de su padre directo, por cuanto si tenía hijos, podían venir a quedar en época futura bajo la potestad de este.

4. *Ius connubi.* Siendo las *justae nuptiae* institución reservada únicamente a la clase privilegiada de los ciudadanos romanos, debían tener ambos contrayentes el *ius connubii* o derecho de contraerlas, toda vez que ese derecho era uno de los atributos propios y exclusivos del *ius civitatis*. Este requisito dejó de tener importancia con la extensión del derecho de ciudadanía a todo el Imperio.

5. *Impedimentos.* En ciertos casos no bastaba el lleno de los requisitos esenciales para contraer matrimonio, en general, si concurrián determinadas circunstancias personales que inhabilitaban a los pretendidos contrayentes para casarse entre sí. Eran los impedimentos que, con causas diversas, han sido establecidos en todas las legislaciones⁽¹⁶⁾.

Los impedimentos matrimoniales, según el derecho romano, se fundaban principalmente en el parentesco dentro de cierto grado entre los pretendidos contrayentes; en desigualdades de clases; en motivos de orden público, y en la protección de los incapaces *sui iuris* contra los posibles abusos de sus guardadores.

El parentesco comprendía tanto el vínculo civil de agnación como el natural de cognación y el vínculo de afinidad.

(16) C.C., arts. 140-9, 10 y 11.

En la línea descendente, ya fuera de agnación o de cognación, el matrimonio era prohibido sin limitación de grados entre el ascendiente y el descendiente:

"Entre aquellas personas en las que se da una relación de ascendientes o de descendientes no puede contraerse matrimonio".

"*Inter eas enim personas, quae parentum liberorumue locum inter se optinet nuptias contrahi non possunt*" (Gayo, 1, 59)

En línea descendente el matrimonio era prohibido entre afines, sin limitación de grados. En línea colateral solo había impedimento entre cuñados. Es claro que este impedimento no podía presentarse sino una vez disuelto el matrimonio generador de dicho vínculo, y con respecto a un nuevo matrimonio que pretendiera contraerse. El vínculo de afinidad es el que existe entre un cónyuge y los parientes del otro⁽¹⁷⁾.

En la línea colateral existía impedimento entre hermanos y entre personas de las cuales la una fuera hermana o hermano de un ascendiente de la otra, por ejemplo, entre tío y sobrina.

"Son parientes por afinidad (afines) los cognados del marido y de la esposa".

"*Affines sunt viri et uxoris cognati*" (Dig., 38, 10, 4).

Por causas de desigualdades de clase el matrimonio fue prohibido en los primeros tiempos entre patricios y plebeyos, así como entre ingenuos y libertos. Pero estos impedimentos llegaron a desaparecer, aunque subsistió, sin embargo, un impedimento especial para contraer matrimonio los senadores y sus hijos con los libertos y las personas de profesión deshonrosa.

(17) C.C., art. 47, Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-595 de 1996.

Por motivos de orden público un funcionario romano de provincia y sus hijos estaban impedidos para contraer matrimonio con una mujer domiciliada en el territorio de la respectiva provincia.

Como protección a los incapaces el tutor estaba impedido para casarse con su ex pupila llegada a la pubertad, y el curador con la mujer menor de veinticinco años que estuviese bajo su curatela. Se quería evitar que estos guardadores, abusando de sus cargos, pretendieran eludir el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas de su administración, casándose con las mujeres que habían estado o estaban bajo su guarda.

7. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos del matrimonio de derecho civil o *iustae nuptiae* deben ser considerados respecto de los cónyuges y respecto de la descendencia.

1. Respecto de los cónyuges es preciso considerar esos efectos en cuanto a sus personas y en cuanto a sus bienes.

a) En cuanto a las personas de los cónyuges, el matrimonio hacía que la mujer participara por regla general de la condición social del marido e imponía a los cónyuges la obligación recíproca de fidelidad. Sin embargo, las condiciones de plebeya y manumitida o liberta subsistían en la mujer a pesar de su matrimonio con un patrício o con un ingenuo cuando desapareció el impedimento respectivo. La obligación de fidelidad fue siempre más imperativa en la mujer y se castigó más severamente el adulterio de esta, pues se consideraba que la infidelidad femenina puede llevar clandestinamente a la familia personas de sangre extraña. Por lo demás, la mujer no hacía parte de la familia civil del marido, sino que seguía perteneciendo a su familia anterior, a no ser que se hubiera constituido sobre ella la potestad marital de la *manus*.

b) En cuanto a los bienes, no existió en el derecho romano la institución moderna de la sociedad conyugal. Cada cónyuge conservaba por regla general sus bienes propios. Pero si se constituía la *manus*, todos los bienes de la mujer entraban a formar parte del patrimonio familiar, puesto que quedaba en calidad de hija (*loco filiae*) del marido. Cuando la potes-

tad de la *manus* no acompañaba al matrimonio, se consideró de equidad que la mujer contribuyera en alguna medida a las cargas matrimoniales y se instituyó entonces, con tal finalidad, la dote que la mujer o un tercero podían constituir a favor del marido. Constituida la dote surgía lo que se ha llamado el régimen dotal en el matrimonio.

2. En cuanto a la descendencia, las *justae nuptiae* daban a los hijos nacidos de ellas la calidad jurídica de *liber iusti* (hijos legítimos). Estos hijos quedaban *ipso iure* (de pleno derecho)⁽¹⁸⁾ bajo la potestad del jefe de familia, que podía no ser su padre directo, si éste a su vez se hallaba sometido a dicha potestad. Entraban, pues, a formar parte de la familia civil del padre en calidad de agnados. Respecto de la madre y de los parientes consanguíneos de ésta no eran sino cognados, a no ser que la madre estuviera *in manu* respecto de su marido, pues entonces los hijos eran agnados de su propia madre, comoquiera que todos, hijos y madre, estaban sometidos a la patria potestad del jefe de familia.

Desde el derecho romano se presentó el problema relacionado con la filiación legítima respecto del padre, ya que respecto de la madre el hecho ostensible del parto no ofrece dificultad:

“La madre siempre es cierta”:

“*Mater semper certa est*” (Dig., 2, 4, 5).

Con respecto al padre la filiación legítima resulta de la concepción durante el matrimonio⁽¹⁹⁾.

“Padre, en verdad, es aquel que demuestra el matrimonio” (presunción legal de paternidad).

“*Pater vero is est quem nuptiae demonstrant*” (Dig., 2, 4, 5).

(18) Son los efectos producidos en virtud de la propia norma sin necesidad de previa solicitud o intervención de una parte.

(19) C.C., arts. 213 y 214.

Pero escapando a la percepción exterior ese hecho fisiológico, hubo de recurrirse a una inferencia del hecho del parto, estableciendo para ello la presunción, consagrada en los códigos modernos, de que la duración máxima del embarazo es de trescientos días y la mínima de ciento ochenta días. De esta manera podía saberse, ocurrido el parto, si la concepción había tenido lugar dentro del matrimonio o fuera de él.

8. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

En la época primitiva del poder absoluto del jefe de familia sobre el hijo bajo su patria potestad podía aquél, en uso de ese poder omnímodo, disolver el matrimonio de este último. Pero desaparecido con la evolución del derecho aquél poder absoluto, cesó consiguientemente dicha facultad, y quedaron entonces como únicas causas de disolución del vínculo matrimonial:

1. La muerte de uno de los cónyuges.
 2. La pérdida de la libertad.
 3. La pérdida de la ciudadanía.
 4. El divorcio.
1. Era apenas lógico y natural que muerto uno de los cónyuges se disolviera el vínculo que los había unido en vida. Como consecuencia de tal disolución, el cónyuge sobreviviente podía contraer nuevo matrimonio, pero la viuda no podía hacerlo sino luego de transcurridos diez meses desde la muerte del marido. Se quería evitar con esto los litigios escandalosos que podían surgir en cuanto a la paternidad del hijo nacido después de aquella muerte, debido a la incertidumbre de dicha paternidad⁽²⁰⁾.
 2. Perdiéndose la libertad, base fundamental de la personalidad civil romana, se perdía consiguientemente el *ius civitatis* y, por consiguiente,

te, el *ius connubi*, elemento esencial de las *iustae nuptiae*. En consecuencia, éstas quedaban disueltas como tales.

3. Aun sin perderse la libertad, la sola pérdida del *ius civitatis* implicaba la pérdida del *ius connubii*, y de consiguiente se disolvía el matrimonio como *iustae nuptiae*, pudiendo conservarse la unión como matrimonio del *ius gentium*, mediante el consentimiento de ambos cónyuges. Disuelto el matrimonio como *iustae nuptiae*, se extinguía consecuentemente la patria potestad y todo otro efecto civil propio de aquella unión.

4. El derecho romano consagró siempre el divorcio como medio de disolución del vínculo conyugal. Pero en los primeros tiempos, en que la potestad de la *manus* iba casi siempre anexa al matrimonio, el divorcio se hacía bastante difícil en la práctica. Solo cuando ambos cónyuges vinieron a quedar en un plano de igualdad jurídica se generalizó la institución del divorcio vincular, consistente en el rompimiento absoluto y definitivo de la unión conyugal.

Según el derecho romano el divorcio vincular podía efectuarse de dos modos distintos: 1. *bona gratia* y 2. por repudiación.

El primero consistía en el mutuo disentimiento de los cónyuges, que de esa manera consentían en disolver el matrimonio. El segundo era la voluntad manifestada por uno de los cónyuges, marido o mujer, de romper el vínculo conyugal.

Bajo el influjo del cristianismo llegó a modificarse el régimen del divorcio en el sentido de exigir una causa justa para ello.

9. EL MATRIMONIO DE LOS NO CIUDADANOS, EL CONCUBINATO Y EL CONTUBERNIO

a) *Matrimonio "sine connubio"*. Los que no pertenecían a la clase privilegiada de los ciudadanos romanos no podían contraer *iustae nuptiae*. Solo podían contraer el matrimonio del *ius gentium*, llamado matrimonio *sine connubio* o *iniustae nuptiae*. Sobra decir que era una unión permitida

(20) Corte Constitucional, Sent. C-1440 de 2000.

para cuando los contrayentes o uno de ellos no tenían el *ius connubii* por no pertenecer a la clase de los ciudadanos romanos.

Este matrimonio no producía los efectos civiles de las *iustae nuptiae*. No era fuente de la patria potestad sobre la descendencia, y, por consiguiente, no daba origen a la familia agnada o familia civil cuyos caracteres ya hemos examinado. Daba tan solo el vínculo de cognación o parentesco por sangre respecto de la descendencia. No existiendo la patria potestad sobre los hijos de este matrimonio, ellos nacían *sui iuris*.

El matrimonio *sine connubio* podía transformarse en *justae nuptiae* de dos maneras: por la *causae probatio* y por el *erroris causae probatio*. Lo primero sucedía cuando un manumitido varón menor de treinta años, que según la *Lex Aelia Sentia* era latino, se casaba con una ciudadana o latina en presencia de siete testigos ciudadanos varones púberes, haciendo constar expresamente que contraía dicho matrimonio con el fin de tener hijos. Al cumplir un año de edad el primer hijo, podía el padre presentarse ante el magistrado a probar ese nacimiento y el motivo determinante de su matrimonio. De esa manera se convertía dicho matrimonio en *iustae nuptiae*, y los contrayentes, como sus hijos, se hacían ciudadanos romanos.

El *erroris causae probatio* tenía lugar cuando por error un ciudadano romano había contraído matrimonio con persona a quien de buena fe creía de la misma calidad. Probando el error y su buena fe, la ley protegía esa buena fe, y así la unión se convertía en *justae nuptiae*.

La distinción jurídica entre las dos clases de matrimonio llegó a desaparecer cuando se extendió el derecho de ciudadanía a todo el Imperio romano.

b) *Concubinatus*. El concubinato era la unión permanente de hecho entre el hombre y la mujer con fines sexuales. En un principio no producía efecto jurídico alguno. Pero con el correr del tiempo, al hacerse numerosas tales uniones, hubo de asignárseles determinados efectos en derecho. En primer lugar es preciso advertir que el concubinato entre solteros era unión permitida por la ley, siempre que no tuviera caracteres de comercio ilícito ni contrariara las leyes naturales. Por tanto, solo era permitido entre personas púberes y que no tuvieran entre sí el grado de parentesco que

les impidiera contraer matrimonio. No se podía, por otra parte, mantener más de un concubinato.

Los hijos de esta unión nacían *sui iuris*, puesto que en ella no había patria potestad; eran cognados de la madre y de los parientes consanguíneos de esta. Durante largo tiempo fueron desamparados por el derecho en cuanto a sus vínculos respecto del padre. Pero desde la época del Bajo Imperio, especialmente bajo Constantino, llegaron a tener determinada calidad jurídica con relación al padre, y se les designó desde entonces con la denominación de *liberi naturales* (hijos naturales). Se distinguieron así de los hijos de uniones pasajeras y accidentales, llamados *spurii* o *vulgo concepti*. Vinieron a tener finalmente los *liber naturales*, con respecto al padre, determinados derechos de alimentos y de sucesión por causa de muerte⁽²¹⁾.

Con la influencia del cristianismo, que no miraba bien estas uniones fuera de matrimonio, se estableció, a manera de incentivo para hacerlas transformar en matrimonio, que contrayéndose este entre los concubinos, los hijos habidos antes quedaban legitimados. Quedó así instituida la legitimación de los hijos por el matrimonio subsiguiente de los padres.

c) *Contubernium*. El contubernio era la unión entre esclavos, o entre libres y esclavos, con fines sexuales. El hijo seguía la condición de la madre. En general no producía efecto jurídico alguno; pero llegó a reconocerse un parentesco de cognación llamado *cognatio servilis* entre los padres y los hijos, y entre hermanos, con el fin de evitar que si el esclavo llegaba a ser libre pudiera contraer un matrimonio incestuoso.

10. LA ADOPCIÓN

La adopción era otro de los medios de adquirir la patria potestad. Era un acto solemne por el cual, y con la intervención de la autoridad pública,

(21) En Colombia el concepto de hijo natural se plasmó en el artículo 317 y siguientes del Código Civil, reformado por las leyes 57 y 153 de 1887 y 45 de 1936. A partir de la Ley 29 de 1982 desaparece esta categoría para denominarse en adelante hijos extramatrimoniales.

se recibía en la familia civil, como hijo o nieto, a quien no estaba sometido a la patria potestad del adoptante:

"No solo la naturaleza sino también las adopciones hacen hijos de familia".

"Filiae familias non solum natura verum et adoptiones faciunt" (Modestino, D. 1, 7).

El adoptado entraba a formar parte de la familia civil del adoptante en calidad de descendiente legítimo:

"Los hijos adoptivos (...) están bajo la misma condición jurídica de los habidos en justas nupcias".

"Adoptivi liberi (...) eiusdem iuris habentur cuius sunt iustis nuptiis quaesiti" (Inst., 3, 4).

Entre los romanos la adopción tenía gran importancia y era de uso frecuente, ya para introducir a la familia a los cognados que de ella se hallaban excluidos, ya para suplir la legitimación de los hijos naturales cuando esa legitimación no había sido instituida⁽²²⁾.

La adopción tendía a suplir y a imitar la naturaleza en cuanto al vínculo entre ascendientes y descendientes. De ahí que se exigieran, para llevarla a efecto, los siguientes requisitos:

1. El adoptante debía ser *sui iuris*, pues de otra manera no podía ejercer la patria potestad.
2. Por igual causa el adoptante debía ser varón. Sin embargo, bajo Diocleciano se permitió a la mujer adoptar como un alivio a la pérdida de sus propios hijos, pero no adquiría sobre el adoptado la patria potestad, ni este entraba en la familia agnada. El efecto de esa adopción era tan

(22) Ley 1098 de 2006, art. 61 y ss.

solo concederle derecho de alimentos y de sucesión *ab intestato* (sin testamento).

3. El adoptante debía ser capaz de procrear.
4. El adoptante debía tener por los menos dieciocho años más que el adoptado, si lo adoptaba como hijo, y treinta y seis, si lo adoptaba como nieto.
5. No podían ser adoptados los hijos naturales propios cuando podían ser legitimados.
6. No se podía adoptar bajo condición o a término.
7. El que después de adoptar a una persona la emancipaba, no podía adoptarla de nuevo.

La adopción podía recaer en un *sui iuris* o en un *alieni iuris*, hijo de familia. La primera se llamaba adrogación (*adrogatio*); la segunda, adopción propiamente dicha (*datio in adoptionem*):

"La adopción limita la naturaleza y es monstruoso si el hijo es mayor que el padre".

"Adoptio naturam imitatur, et pro monstru ut si maior sit filius quam pater" (Inst., 1, 11, 4).

1. *Adrogación*. En el más antiguo derecho la adrogación revestía la forma de una ley dictada en los comicios presididos por el *pontifex maximus* quien, previa información, preguntaba al adrogante si quería adrogar; al adrogado si daba su consentimiento, y al pueblo si aprobaba el acto. Mediante esta forma no podían ser adrogadas las mujeres ni los impúberes, puesto que no tenían acceso a los comicios.

Venidos en decadencia los comicios, se conservó este medio como una simple formalidad de carácter civil para llevar a efecto la adrogación, y se permitió entonces que fueran adrogadas las mujeres y los impúberes.

Pero aquellas primitivas formas solemnes de adrogación acabaron por desaparecer del todo, y bajo el derecho de Justiniano la adrogación se realizaba mediante un decreto del emperador a solicitud de los interesados y previa información del asunto.

El adrogado quedaba sujeto, con todas las personas que de él dependieran, a la patria potestad del adrogante, y entraba a formar parte de su familia civil o agnada, perdiendo, por tanto, sus anteriores vínculos de agnación. En las primeras épocas el adrogante adquiría por completo el patrimonio del adrogado; en el derecho nuevo no adquiría sino el usufructo y la administración.

2. La "datio in adoptionem". Era, según hemos dicho, la adopción de un *alieni juris*, hijo de familia. Debían, por tanto, realizarse dos operaciones distintas: extinguir la patria potestad bajo la cual se hallaba el adoptado, y crear la del adoptante. En los primeros tiempos se acudía para ello a medios simulados, figurando ventas sucesivas del hijo entre el padre y el adoptante, después de lo cual venía una reivindicación ficticia de este último contra el primero. Pero aquellas formas primitivas desaparecieron por completo, y en el derecho de Justiniano bastaba una declaración de voluntad de las partes ante el magistrado.

Los efectos de la adopción eran generalmente los mismos de la adrogación, con una diferencia: si el adoptante era un ascendiente del adoptado, se producían aquellos efectos de la adopción en toda su plenitud; pero si no lo era, el adoptado no cambiaba de familia y solo adquiría respecto del adoptante los derechos a la sucesión *ab intestato* de este.

11. LA LEGITIMACIÓN⁽²³⁾

La legitimación en el derecho romano era el medio por el cual se asignaba la calidad de hijos legítimos a los hijos naturales nacidos del concubinato. Tres fueron los modos de legitimación: *subsequens matrimonium*, *oblatio curiae* y *rescriptum principi*.

(23) C.C., art. 236 y ss.

1. El primero y el más importante de dichos medios tenía lugar cuando el padre contraía matrimonio con la concubina madre del hijo o de los hijos.

Constantino, y en general los emperadores cristianos, fueron los que fomentaron e iniciaron la legitimación por este medio, con el fin de que los padres naturales tuvieran un aliciente para transformar el concubinato en matrimonio legítimo.

El subsiguiente matrimonio legitimaba *ipso jure* los hijos naturales nacidos antes. Pero bajo el derecho de Justiniano se requería la redacción de un acta o documento destinado a comprobar la fecha de la transformación del concubinato en matrimonio.

2. El segundo medio de legitimación fue el ofrecimiento a la curia (*oblatio curiae*). Consistía en ofrecer un hijo natural para que sirviera el cargo de decurión o miembro de la curia, cargo que era generalmente poco apetecido por los fuertes gravámenes que implicaba. En compensación se asignaba la calidad de hijo legítimo al hijo natural que para dicho cargo fuera ofrecido.

3. En el derecho de JUSTINIANO se permitió que estando muerta, ausente o casada con otro la madre del hijo natural, pudiera el padre obtener la legitimación por decreto del emperador (*rescriptum principia*), con tal de que no tuviera hijos legítimos.

12. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad subsistía ordinariamente durante toda la vida del *paterfamilias* y del hijo. De suerte que el fallecimiento del uno o del otro era la causa natural y ordinaria de extinguirse aquel poder personalísimo del *paterfamilias*. No pasaba a sus herederos, se extinguía con la muerte.

Pero fuera de aquella causa natural de extinción, la patria potestad podía extinguirse también:

1. Por la máxima o la media *capitis deminutio* del padre o del hijo de familia (extinción de la personalidad civil que suponía pérdida de derechos).
2. Por la adopción plena.
3. Por ciertas dignidades civiles o eclesiásticas del hijo de familia que se consideraban incompatibles con su estado de *alieni juris*.
4. Por la emancipación, acto voluntario del padre de familia por el cual este daba libertad a su hijo que se hallaba bajo la patria potestad.

13. DE LA EMANCIPACIÓN

La emancipación era el acto voluntario y solemne del padre de familia por el cual ponía fuera de su patria potestad a quien estaba a ella sometido. El hijo de familia emancipado dejaba de serlo y se hacía *sui iuris*.

La emancipación requería el consentimiento del padre y del hijo, y la observancia de determinadas formalidades que variaron según las distintas épocas.

1. En el más antiguo derecho la emancipación se llevaba a efecto mediante tres ventas simuladas sucesivas del hijo de familia, hechas por el padre a favor de un tercero, quien adquiría por ese medio sobre el hijo la potestad llamada *mancipium*. Las ventas eran hechas mediante la solemnidad llamada *mancipatio*. A continuación de la primera y segunda ventas el comprador ficticio renunciaba a sus derechos de tal, mediante una manumisión, y así volvía el hijo a poder del padre. Pero a la tercera venta se consideraba definitivamente extinguida la patria potestad, que ya no podía recobrarse. Entonces el comprador ficticio retrovendía el hijo al padre, quien adquiría así el poder del *mancipium* sobre el hijo, y en seguida le daba libertad, mediante la manumisión, con lo cual obtenía derechos de patrono.

2. Más adelante se estableció una forma más sencilla para efectuar la emancipación del hijo de familia: el padre dirigía por escrito una sú-

plica al emperador en que le solicitaba la emancipación, y el emperador la decretaba por medio de un rescripto, que debía inscribirse en los registros públicos.

3. Bajo Justiniano bastaba para llevar a efecto la emancipación una declaración de voluntad consentida por el hijo, hecha ante el magistrado, y de la cual debía quedar constancia escrita.

14. OTRAS POTESTADES DEL DERECHO ROMANO

Como potestades exclusivas del derecho romano que aun dentro de él vinieron a desaparecer se conocen la *manus* y el *mancipium*.

1. La *manus*, de la cual ya hemos dado alguna idea, era una potestad anexa al matrimonio de derecho civil (*justae nuptiae*) en las primeras épocas. Mediante esa institución el marido adquiría la patria potestad sobre la mujer. Esta entraba, pues, a formar parte de la familia del marido, en calidad de hija de este, sometida a la patria potestad. Era la mujer *in manus*, que se decía estar *loco filiae*, es decir, en el lugar del hijo. Ya vimos los medios por los cuales se constituía la potestad de la *manus* en el matrimonio (*confarreatio, coemptio y usus*). Por lo demás, aquella potestad llegó a desaparecer por completo bajo el derecho de Justiniano.

2. El *mancipium* era una potestad de derecho civil adquirida sobre una persona libre mediante la *mancipatio* que el *paterfamilias* hacía del hijo sometido a su patria potestad o de quien a este estuviese asimilado, a favor de un tercero.

El hijo dado *in mancipium* quedaba en situación de semiesclavitud. Participaba de la condición de esclavo en cuanto se hallaba sometido al poder de un señor (*dominus*), en cuanto sus adquisiciones aprovechaban a éste y en cuanto para salir de dicho poder necesitaba, como el esclavo, ser manumitido por el *dominus*. Pero era tratado en derecho como libre; podía ser ciudadano; conservaba sus derechos de familia, y sus hijos nacían libres. Esta institución llegó también a desaparecer en la época de Justiniano.

15. DE LAS PERSONAS "SUI IURIS". PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS INCAPACES

Las personas *sui iuris*, que, como hemos visto, eran las que no estaban sujetas a la potestad de otro, se subdividían en capaces e incapaces. Las primeras eran las que tenían aptitud jurídica para actuar por sí solas en la vida civil; las segundas eran las que carecían de dicha aptitud. Las personas capaces estaban sometidas al derecho común en cuanto a sus actos y contratos; pero los incapaces necesitaban un régimen especial encaminado a su protección jurídica.

Las causas generales de la incapacidad eran:

1. La menor edad;
2. El sexo femenino;
3. La alteración de las facultades mentales, y
4. La prodigalidad.

El derecho romano protegía de distinto modo a los incapaces: a los menores impúberes y a las mujeres, por medio de la tutela; a los demás, por medio de la curatela.

CAPÍTULO IV

De la tutela

1. DEFINICIÓN

La tutela era el “Poder dado y permitido por el derecho civil a una persona libre para proteger a quien por causa de su edad no puede defenderse a sí mismo”.

“Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit jure civile data ac permissa”
(D. 26, 1).

Se ha observado con razón que esta definición no comprende sino la tutela del menor; queda fuera de ella la tutela de la mujer por razón del sexo.

El poder jurídico del tutor no era una potestad en el sentido que a esta palabra se dio en el derecho romano. No se instituyó en beneficio del tutor para que ejerciera el poder en su provecho, como las potestades propiamente dichas. Todo lo contrario: era una carga pública (*munus publicum*) de obligatoria aceptación, impuesta al tutor en provecho exclusivo del incapaz. Según se desprende de la misma definición, lo que el tutor ejercía era un poder jurídico de protección del incapaz⁽²⁴⁾.

Estaban sujetos a tutela: 1. Los impúberes de uno y otro sexo. 2. Las mujeres púberes *sui iuris*.

(24) C.C., art. 428.

2. TUTELA DEL IMPÚBER. DESIGNACIÓN DEL TUTOR

Tres maneras distintas de proveer el cargo de tutor del impúber fueron conocidas en el derecho romano:

1. La designación por el testamento del jefe de familia;
2. El llamamiento por la ley.
3. La designación por el magistrado.

Estos tres modos corresponden a las tutelas testamentaria, legítima y dativa instituidas en nuestro derecho civil⁽²⁵⁾.

3. TUTELA TESTAMENTARIA

El jefe de familia nombraba en su testamento un tutor a sus hijos que, hallándose bajo la patria potestad, quedaran impúberes a la muerte de aquél:

“A los ascendientes se les permite que en su testamento nombren tutores para aquellos descendientes que tienen bajo su potestad”.

“Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare” (Gayo 1, 44).

Este derecho reconocido al *paterfamilias* remonta su origen a la Ley de las XII Tablas y subsistió a lo largo de las distintas épocas de las instituciones jurídicas de Roma. El tutor testamentario debía tener la *factio testamenti* pasiva con el testador, lo que quiere decir que debía tener capacidad jurídica para ser instituido heredero testamentario de éste. Y puesto que la designación de tutor por testamento era una disposición testamentaria, su validez dependía de la del testamento. Si este se invalidaba, no producía efectos la designación del tutor, que también quedaba invalidada.

(25) C.C., art. 443.

4. TUTELA LEGÍTIMA

A falta de tutor testamentario la Ley de las XII Tablas llamaba a la tutela legítima al más próximo agnado del pupilo, que era al propio tiempo su más próximo heredero. Era, por consiguiente, uno mismo el orden del llamamiento del heredero y el del tutor del pupilo. En otros términos, el tutor legítimo del impúber era llamado a heredarlo a su muerte.

Bajo el derecho de Justiniano se instituyó la tutela legítima, no ya del más próximo agnado, sino del cognado más próximo del pupilo, esto es, de su pariente por sangre más cercano, estuviera o no ligado con él por el vínculo civil de agnación (Novela 118, cap. V)⁽²⁶⁾.

Entre la tutela legítima se incluyó la del patrono sobre su manumitido impúber.

5. TUTELA DATIVA

En defecto de tutor testamentario y legítimo, tenía lugar la tutela dativa, que era la conferida por el magistrado. El tutor era designado a petición de los parientes del pupilo o de cualquier interesado.

6. QUIÉNES PODÍAN SER TUTORES DEL IMPÚBER. INCAPACIDADES Y EXCUSAS

Todo aquel que no estuviese incapacitado por causa legal para ejercer la tutela, podía ser tutor del impúber. Y no solo podía serlo, sino que el ejercicio del cargo era obligatorio, a menos que hubiera una excusa legítima para entrar a ejercerlo.

Eran incapaces de ejercer la tutela:

- a) Los que no tuvieran la *factio testamenti* pasiva con el pupilo, esto es, la capacidad jurídica para ser herederos de este;

(26) Petit Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1910, p. 128.

- b) Los impúberes, los locos, los *mente capti*, los sordomudos y los condenados a la pena de infamia, y
- c) Las mujeres. Sin embargo, para estas últimas hubo una excepción a su incapacidad: la madre o la abuela del impúber podía, a instancia suya, ejercer la tutela de éste.

Había incapacidades relativas para ejercer la tutela de determinado impúber, como la que afectaba a quien se mostraba sospechoso de perseguir fines fraudulentos con su ejercicio, o al enemigo de los padres del impúber.

Eran excusas legítimas para servir el cargo de tutor: la edad de setenta años; la ausencia por negocios del Estado; el número de hijos: tres en Roma, cuatro en Italia y cinco en provincias; el tener a su cargo tres tute-
las; el servicio militar; el pertenecer a ciertas corporaciones privilegiadas, y la falta de los conocimientos necesarios para el ejercicio de la tutela.

7. FORMALIDADES PREVIAS PARA ENTRAR A EJERCER LA TUTELA⁽²⁷⁾

Puesto que el tutor debía entrar a manejar el patrimonio del pupilo, o a intervenir en su administración, debía cumplir determinadas formalidades antes de entrar en el ejercicio de su cargo, formalidades que se encaminaban a garantizar los intereses patrimoniales del pupilo. Tales eran:

1. El tutor debía hacer un inventario riguroso de todos los bienes que formaban el patrimonio pupilar, para que así se supiese qué recibía y de qué debía responder en su administración. Si el tutor omitía esta formalidad sin excusa legítima, se le consideraba culpable de fraude y debía indemnizar todo perjuicio al pupilo.
2. El tutor legítimo y el dativo nombrado sin previa información respecto de sus condiciones personales, debían prestar una promesa solemne,

(27) C.C., art. 463 y ss.

garantizada con fiadores solventes, de conservar intacto el patrimonio del pupilo: *rem pupili salvam fore*. Estaban exceptuados de esta formalidad el tutor testamentario y el dativo nombrado previa información, por considerarse que el testador o el magistrado habían puesto todo el cuidado en la escogencia de la persona.

8. DE LA "GESTIO" Y DE LA "AUCTORITAS"

El ejercicio de las funciones del tutor podía manifestarse de dos modos: *la negotiorum gestio* (gestión de negocios), y la *auctoritas* (*auctoritatis interpositio*) o interposición de poder.

La gestio es el acto jurídico del tutor, como tal, sin intervención alguna del pupilo. En este género de actividad era, pues, el tutor quien figuraba solo en el respectivo acto o contrato.

La auctoritas era la intervención del tutor en el acto jurídico del pupilo para completar la capacidad de éste, cuando por razón de su edad la ley le reconocía cierto grado de capacidad. En esta forma de actividad era, pues, el pupilo mismo quien figuraba en el acto o contrato a que el tutor prestaba su *auctoritas*⁽²⁸⁾.

La auctoritas no podía darse en forma de autorización previa, como tampoco de ratificación posterior al acto o contrato. El tutor debía estar presente en el momento mismo de perfeccionarse el acto o contrato, y su *auctoritas*, cuando era exigida por la ley, constituía formalidad esencial que no podía anteponerse ni posponerse al acto jurídico del pupilo. Debía, pues, cumplirse a un mismo tiempo con éste.

¿Cuándo obraba el tutor por medio de la *gestio* y cuándo empleaba la *auctoritas*? Había que distinguir: en el período de la infancia, que se extendía desde el nacimiento hasta la edad de siete años, no podía obrar sino mediante la *gestio*, puesto que al infante no se le reconocía grado alguno

(28) V. Casinos Mora Francisco Javier, *La noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Ed. Comares, Granada, 2000.

de capacidad jurídica. Pero durante el período llamado de la mayor infancia, que comprendía desde los siete años hasta la pubertad, el tutor empleaba generalmente la *auctoritas*, para completar con ella la capacidad imperfecta del impúber, ya que durante ese período se le reconocía algún grado de capacidad. Solo excepcionalmente obraba el tutor en este período por medio de la *gestio*, cuando por circunstancias de hecho no podía obtenerse la comparecencia del pupilo en el contrato.

El tutor debía dar su *auctoritas* al pupilo en su mayor infancia para todo acto que pudiera desmejorar su patrimonio, como los actos de enajenación, los que hicieran nacer obligaciones a su cargo, etc. En los demás actos, esto es, los que por su naturaleza no pudieran producir aquel efecto, el pupilo mayor de siete años podía obrar solo. En ello consistía su capacidad jurídica relativa.

9. LÍMITES DE LAS FUNCIONES DEL TUTOR

El tutor era un administrador general del patrimonio del pupilo, y podía en ese carácter hacer todo aquello que no le estuviera prohibido, teniendo siempre en mira el interés del pupilo.

No le era permitido: a) hacer donación alguna de los bienes del pupilo; b) enajenar los *praedia rustica* (predios rústicos) o *suburbana* (suburbanos) pertenecientes al pupilo. Solo podía hacerlo en caso de necesidad comprobada, como cuando estaban en estado de indivisión, o gravados con hipotecas constituidas por el padre de familia de quien el pupilo había heredado el predio, o para pagar deudas apremiantes. El emperador Constantino extendió la prohibición de que se trata a los predios urbanos y a muebles de gran valor; c) hacer uso personal del patrimonio pupilar. Como administrador de bienes ajenos no podía invertirlos en provecho propio. El interés del pupilo era lo único que debía guiar su actividad jurídico-económica respecto del patrimonio de aquel. Las sumas de dinero que recibiera debían ser empleadas de manera útil para el pupilo. Mientras tanto debían ser depositadas en el lugar que designara el pretor. Si pasaba cierto tiempo (seis meses para las sumas recibidas al encargarse de la tutela y dos meses para las demás) sin emplearlas, el tutor debía pagar intereses sobre ellas.

10. FIN DE LA TUTELA

La tutela no era perpetua. Tenía, en primer lugar, un límite necesario en el tiempo, y terminaba además por otras causas.

La tutela terminaba *ex parte pupilli* o *ex parte tutoris*. Terminaba *ex parte pupilli*:

1. Por la llegada del pupilo a la pubertad, salvo la mujer en el derecho antiguo, que estaba sometida a tutela perpetua;
2. Por la muerte del pupilo, y
3. Por la *capitis deminutio* del mismo.

Terminaba *ex parte tutoris*:

1. Por la muerte del tutor;
2. Por su *capitis deminutio* máxima y media;
3. Por la llegada del término o de la condición cuando la tutela era testamentaria;
4. Por una excusa legítima para seguir ejerciendo el cargo, y
5. Por la remoción del tutor.

“Debe saberse que quienes administran fraudulentamente la tutela o la curatela, deben ser removidos de la tutela, aunque ofrezcan satisfacción”.

“Sciendum est eos qui fraudulentur tutelam, vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos esse a tutela” (Inst. XXVI, 12).

Este es uno de los casos en los que estaba prevista una acción popular en contra del tutor, y que podía interponer cualquier ciudadano en defensa de la moralidad pública. Su desarrollo se encuentra en el Digesto. Es un remoto antecedente de las modernas acciones colectivas.

11. OBLIGACIONES DEL TUTOR AL FINALIZAR EL CARGO

La primera obligación del tutor al finalizar el cargo era rendir cuentas de su administración. Pero esta obligación no fue siempre igual en las distintas épocas.

La Ley de las XII Tablas solo concedía dos acciones de carácter penal para amparar al pupilo contra los actos fraudulentos o gravemente perjudiciales del tutor: a) la *acción de crimen suspecti tutoris*, que se dirigía a que fuera removido el tutor culpable de fraude o de culpa grave en la administración, y b) la acción *rationibus distrahendi*, concedida al fin de la tutela y encaminada a sancionar al tutor por la sustracción fraudulenta de bienes del pupilo. El tutor debía pagar una multa igual al doble del valor de lo sustraído.

Aquellas acciones de carácter penal con el tiempo fueron consideradas insuficientes para garantizar civilmente al pupilo y en tal virtud fue creada, hacia el fin de la República, la acción llamada *tutelae directa*, por medio de la cual podía el pupilo, al finalizar la tutela, dirigirse civilmente contra el tutor para que le rindiera cuenta de la administración, y le entregara los bienes con lo que saliera a deber. Si había muerto el pupilo, podían ejercitarse esta acción sus herederos.

El tutor era, pues, obligado: a restituir el patrimonio del pupilo según el inventario, salvo las transformaciones legalmente efectuadas durante la administración; a entregarle todos los bienes que en el desarrollo de este hubiera adquirido, y a indemnizarle todo perjuicio causado por dolo o por culpa. Todas estas obligaciones podían hacerse efectivas mediante la acción *tutelae directa*.

Mas como en el desarrollo de la administración el tutor había podido hacer gastos o contraer deudas que lo gravaran, era justo que el pupilo le indemnizara aquellos y le descargara de éstas. Con esta finalidad se creó la acción llamada *tutelae contraria*, que podía ejercitarse el tutor contra el pupilo una vez terminado el cargo.

12. GARANTÍAS A FAVOR DEL PUPILLO PARA HACER LAS OBLIGACIONES DEL TUTOR

En la época clásica se estableció la garantía llamada *privilegium exigendi*, en virtud de la cual el pupilo era preferido a los acreedores personales del tutor para hacerse pagar con los bienes de este lo que le saliera a deber.

El emperador Constantino estableció una hipoteca tácita a favor del pupilo sobre los bienes propios del tutor.

En virtud de la *satisfatio* (promesa solemne *rem pupillo salvam fore*) el pupilo podía demandar al tutor o a sus fiadores con la acción *ex stipulatu*, por el total de lo que saliera a deberle aquél.

Bajo el emperador Trajano se creó otra garantía subsidiaria para el caso de que con las ya expresadas no hubiera alcanzado éxito el pupilo en orden a las obligaciones del tutor; podía exigir indemnización de perjuicios a los magistrados municipales encargados de exigir fiadores al tutor, que hubieran omitido este deber o hubieran aceptado fiadores insolventes.

Y como último remedio, ante la ineficacia de todos los otros, podía el pupilo ejercitarse la acción llamada *in integrum restitutio* (restitución por entero), no contra el tutor, sino contra los que hubieran contratado con éste, o con el pupilo mediante la *auctoritas* del tutor, causándole manifiesto perjuicio; acción que se encaminaba a destruir los efectos del acto o contrato que hubiera sido manifiestamente lesivo de los intereses del pupilo. En virtud de esta acción, las cosas materia del acto o contrato eran restituídas a su estado anterior, como si tal acto no hubiese tenido lugar.

13. TUTELA PERPETUA DE LA MUJER POR RAZÓN DEL SEXO

Durante varios siglos la mujer *sui iuris*, aun siendo púber, estuvo sometida a tutela perpetua por razón del sexo. Se adujo como razón para ello la ligereza de su carácter y su inexperiencia en los negocios. Se quería, además, abogar por la conservación del patrimonio de la mujer en beneficio futuro de sus agnados llamados a heredarla.

La tutela perpetua de la mujer podía ser como la del impúber, testamentaria, legítima o dativa. Pero la tutela legítima que correspondía a su más próximo agnado, era, más que una carga, un derecho para el tutor.

Durante la impubertad de la mujer las funciones del tutor quedaban sometidas a las reglas generales sobre tutela de los impúberes, que ya he-

mos visto. De la pubertad en adelante el tutor de la mujer debía intervenir con su *auctoritas* en todos los actos o contratos de ésta que comprometieran o pudieran comprometer su patrimonio; actos de enajenación, constitución de deudas a su cargo, aceptación de herencias, remisión de deudas, comparecencia en juicio, etc. Sin embargo, a diferencia del pupilo en la mayor infancia, se le permitía obrar sola para enajenar las *res nec mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago.

La tutela perpetua de la mujer sufrió, a partir del fin de la República, un proceso de decadencia y debilitamiento que llegó a hacerla desaparecer por completo. En el año 410 de la era cristiana, constituciones de Honorio y Teodosio concedieron a la mujer el *ius liberorum*, que la colocó, en cuanto a su capacidad jurídica, en un mismo pie de igualdad con el hombre. De allí en adelante quedó abolida la tutela perpetua de la mujer por razón del sexo.

CAPÍTULO V

De la curatela

1. SU ESFERA DE APLICACIÓN

La Ley de las XII Tablas instituyó la curatela únicamente para los *furiosi* o locos, y los pródigos o disipadores, como medida de protección a su patrimonio. Pero mediante un desarrollo sucesivo se extendió la institución a los *mente capti*, a los sordomudos y a los menores de veinticinco años que pidieran un curador.

En general, las funciones del curador se referían a la administración del patrimonio del respectivo incapaz, siendo por este aspecto análogas a las del tutor. Pero no existía en el ejercicio de la curatela la dualidad funcional de la *gestio* y de la *auctoritas*, de que ya hemos hablado. El curador administraba dentro de los límites legales el patrimonio del incapaz, sin que, por regla general, interviniere éste. Solo tratándose del disipador y del menor de veinticinco años se modificaba en parte aquella regla en la forma que vamos a ver.

Puesto que el curador entraba a administrar el patrimonio del pupilo, debían preceder al ejercicio del cargo formalidades y garantías iguales a las del tutor: inventario, *satisfatio*, etc. Las normas restrictivas de los poderes del tutor, como la prohibición de enajenar ciertos bienes, disponer de los haberés en provecho propio, etc., se aplicaban igualmente a la curatela. Finalmente, la responsabilidad por el ejercicio del cargo y los distintos medios de hacerla efectiva guardaban completa semejanza con la tutela.

2. CURATELA DE LOS "FURIOSI", "MENTE CAPTI", ETC.

La Ley de las XII Tablas, según hemos dicho, solo proveía a la curatela de los *furiosi*, que eran los que se hallaban completamente privados del uso de la razón:

"El loco no puede hacer ningún negocio porque no entiende lo que hace".

"Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agat" (Gayo, 3, 106).

Pero posteriormente se extendió la protección a los *mente capti*, o sea los que sufrían alteraciones mentales, que, sin llegar a privarlos completamente de la razón, los hacían ineptos para prestar válidamente su consentimiento en los actos jurídicos. Por analogía se extendió la misma curatela a los sordomudos, y, en general, a los que padecían enfermedades graves, incompatibles con el normal ejercicio de los actos de la vida civil⁽²⁹⁾:

"Es preciso dar curadores a los idiotas, los sordos y los mudos, porque no pueden entenderse de sus bienes".

"Mente captis et surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt" (Ulp. D. 3, 1).

La curatela del furioso⁽³⁰⁾ y de los otros incapaces a este asimilados correspondía a su más próximo agnado (curatela legítima). En defecto de este, el magistrado nombraba el curador (curatela dativa).

Por excepción a las reglas generales, el curador de estos incapaces debía cuidar también de su persona procurando en lo posible su curación.

A diferencia de las legislaciones modernas, el derecho romano no estableció el decreto de interdicción del deménte o sus similares. Se les pro-

(29) C.C. art. 432, Corte Constitucional, Sent. C-983 de 2002.

(30) C.C. art. 545, Corte Constitucional, Sent. C-478 de 2003.

veía de curador por el solo hecho de la enfermedad y sin que fuera preciso decretar previamente la interdicción judicial.

3. CURADURÍA DEL PRÓDIGO O DISIPADOR

El término pródigo puede tener varios significados en las fuentes literarias y jurídicas latinas. Según recientes estudios⁽³¹⁾.

"*Lato sensu*, el verbo pródigo presenta dos sentidos: uno negativo o peyorativo y otro positivo o encomiástico. En sentido negativo un examen atento de las fuentes literarias nos revela que *prodigo*, como manifestación de la conducta de una persona respecto a un patrimonio o bienes, encierra un matiz peyorativo que se traduce en gastar en forma inmoderada, dilapidar y perder casi todo el patrimonio".

Este medio de protección remonta su origen a la Ley de las XII Tablas. Pero allí fue consagrado de manera limitadísima. Se consideraba como pródigos únicamente a quienes disipaban sus bienes procedentes de la sucesión *ab intestato* del padre o del abuelo paterno, y se les declaraba por tal causa en interdicción, colocándolos, en consecuencia, bajo la tutela de sus agnados.

Mediante sucesiva evolución llegó a generalizarse el sistema en interés patrimonial del pródigo y con respecto a todos sus bienes, cualquiera que fuera su procedencia.

A diferencia de la curatela del loco y sus similares, era indispensable que el pródigo fuera previamente declarado en interdicción por decreto del magistrado, para que tuviera lugar la curatela.

El curador del pródigo debía tomar a su cargo, sin intervención alguna de este, todos los actos que pudieran comprometer su patrimonio: enajenaciones, constitución de deudas, etc. En los demás actos, que no pudie-

(31) Domínguez Tristán Paula, *El prodigo y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000, p. 27.

ran desmejorar sino más bien enriquecer su patrimonio, el pródigo podía obrar por sí solo⁽³²⁾.

4. CURATELA DE LOS MENORES DE VEINTICINCO AÑOS

Llegado el menor a la pubertad, se tornaba en principio plenamente capaz, salvo la tutela perpetua de la mujer, de que se trató anteriormente. Pero aquella capacidad legal, un tanto ajena a la realidad, sufrió serias modificaciones. Se principió por establecer que para ciertos actos importantes el adulto menor de veinticinco años pudiera hacerse nombrar un curador (*ad certam causam*) que lo asistiera. Bajo Marco Aurelio se amplió el sistema: podía el adulto menor de veinticinco años pedir curadores generales permanentes para mientras durase aquel período de su edad.

Pero todavía bajo aquel emperador el adulto menor de veinticinco años era considerado civilmente capaz, aun cuando hubiera pedido y obtenido un curador permanente. Sólo a partir de Diocleciano se consideró que el menor adulto que pedía curador permanente proclamaba por el mismo hecho su incapacidad para actuar por sí solo en la vida civil, y se le declaró, en consecuencia, relativamente incapaz. Su incapacidad relativa consistía en no poder ejecutar por sí solo aquellos actos que pudieran empobrecer su patrimonio, o, como se ha dicho, hacer su condición peor. Para tales actos necesitaba el consentimiento de su curador, que no era exactamente la *auctoritas* del tutor, puesto que, a diferencia de ésta, podía presentarse en cualquier forma y por cualquier medio y ser anterior o posterior al acto mismo.

Si el menor adulto no pedía curador permanente, lo que era potestativo de él, subsistía su plena capacidad, salvo la tutela perpetua de la mujer, de que ya hemos hablado.

5. "VENIA AETATIS"

Hacia el final del siglo III de la era cristiana se instituyó que llegado el hombre a la edad de veinticinco años y la mujer a la de dieciocho, po-

dían obtener el beneficio de hacer cesar la curatela a que hubieran estado sometidos, mediante un decreto del emperador que les reconocía su plena capacidad jurídica, si previo examen de sus facultades revelaban suficiente juicio para actuar por sí solos en la vida civil.

A este beneficio se le dio el nombre de *venia aetatis*.

(32) C.C., art. 531 y ss.

CAPÍTULO VI

La “*capitis deminutio*”

1. DEFINICIÓN

Este fenómeno, propio y exclusivo del derecho romano, consistía en la pérdida de la libertad o de la ciudadanía, o en una transformación de la personalidad civil desde el punto de vista del estado de familia. Según esto se distinguían tres grados de la *capitis deminutio*: máxima, media y mínima. Era máxima cuando se perdía la libertad; media, cuando se perdía la ciudadanía, y mínima, cuando solo consistía en un cambio de la personalidad civil en lo relativo al estado de familia.

2. DIVERSAS CLASES

La *capitis deminutio* máxima implicaba la pérdida completa de la personalidad civil, puesto que dejando el ser humano de ser libre dejaba de ser persona:

“Con razón la *capitis deminutio* equivale a la muerte civil”.

“*Civili ratione capitis deminutio morti coequatur*” (Gayo, 3, 15, 3).

Esta situación ocurría como consecuencia de las penas de esclavitud y de la cautividad.

La *capitis deminutio* media no producía la pérdida de la personalidad, puesto que esta podía existir también en los no ciudadanos; pero desmejoraba la condición jurídica y social de la persona, y desaparecían, por re-

glia general, los derechos, situaciones y estados inherentes a la calidad de ciudadano. Esto sucedía cuando la persona abandonaba definitivamente Roma (*exilium*), por volverse ciudadano de otro Estado (*dicatio*), o por ser acreedor de la pena de ostracismo (interdicción del agua y el fuego).

La *capitis deminutio* mínima tampoco envolvía la pérdida de la personalidad y no siempre desmejoraba la condición jurídica y social de la persona. Pero en todo caso implicaba una transformación del estado civil en orden a las relaciones de familia, lo que por regla general producía la extinción de las relaciones jurídicas inherentes al estado que desaparecía:

"Quienes caen bajo *capitis deminutio* permanecen obligados naturalmente".

"*Il qui capite minuuntur, manent obligati naturaliter*" (Ulp, 1, 2).

La *capitis deminutio* mínima se producía generalmente:

- a) Cuando una persona *sui iuris* se hacía *alieni iuris*, dándose en adrogación, o en el matrimonio con potestad marital (*cum manu*);
- b) Cuando un *alieni iuris* se hacía *sui iuris* por emancipación, y
- c) Cuando un *alieni iuris* pasaba de la potestad bajo la cual se hallaba, a otra distinta, como en el caso de la adopción.

CAPÍTULO VII

De las personas jurídicas

1. SU ESENCIA JURÍDICA

La persona moral, llamada en derecho moderno persona jurídica, era distinta de la persona física o natural. La personalidad existía en el ser humano libre, por el hecho de serlo; la personalidad moral, o jurídica, radicaba en ciertas entidades públicas o privadas, como el Estado, los municipios, las corporaciones, etc., que si bien se hallaban integradas por seres humanos y se manifestaban por medio de éstos, eran, como personas, distintas de aquellos seres humanos, y tenían un patrimonio propio con el cual desarrollaban sus actividades. En los textos se utiliza el término *universitas* para designar a la persona moral⁽³³⁾. También aparecen las expresiones *corpus*, *collegium* y *ordo*.

"Si algo se debe a la persona moral no se debe a sus componentes; ni lo que la persona moral debe lo deben individualmente quienes la forman".

"*Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*" (Ulp. D. 3, 4).

Los romanos no desarrollaron una clasificación para las personas jurídicas. Sin embargo algunos tratadistas las reagrupan conceptualmente en *universitas personarum* como un grupo de personas y *universitas rerum* o *universitas bonorum* para el caso en que un patrimonio es determinado para un fin.

(33) C.C., art. 633.

Dentro de las *universitas personarum* se encuentran el Estado o *populus romanus* dentro de los cuales están los municipios (*municipiae*), colonias (*coloniae*) y ciudades (*civitates*); y las llamadas corporaciones o asociaciones las cuales estaban integradas por tres personas como mínimo, con un fin lícito y una caja común o patrimonio independiente del de sus miembros.

Como ejemplo típico de las *universitas rerum* están las fundaciones. Estos "patrimonios fundacionales" tuvieron a partir de Justiniano la capacidad para recibir por testamento, cobrar créditos, entablar acciones judiciales, realizar permutas, etc.⁽³⁴⁾.

2. SU RECONOCIMIENTO

En un principio la persona moral surgía con dicha calidad por la sola voluntad de las personas físicas que entraban a formarla. Pero habiéndose llegado a considerar peligrosa aquella libertad ilimitada, se estableció que solo una ley, un senadoconsulto, o una constitución imperial, podía conferir personería jurídica a la respectiva entidad.

Por lo demás, la persona moral era una persona real y verdadera con todos los atributos de la personalidad civil. Solo que para ejercer esos atributos necesitaba de la actividad de los seres humanos. Esa actividad podía ser desarrollada por los esclavos pertenecientes a la persona moral, considerados no como personas, que no lo eran, sino como instrumentos de gestión económica. O bien podía confiarse la administración del patrimonio a una persona física, que obraba a manera de órgano de la persona moral y que se designaba con el nombre de *actor*, *syndicus* o *magister*.

(34) Arguello, op. cit., p. 165.

PARTE CUARTA

RÉGIMEN DE LAS COSAS

CAPÍTULO I

Clasificación de las cosas

1. "RES IN PATRIMONIUM" Y "RES EXTRA PATRIMONIUM"

La palabra *res* (cosa) tenía en derecho romano su significado más amplio. Con ella designábase todo lo que pudiera ser objeto de derechos. Pero había cosas que no podían ser objeto de derecho privado; que no podían pertenecer al patrimonio particular de los hombres. De ahí la primitiva división de: cosas en el patrimonio y cosas fuera del patrimonio de que se da cuenta en las Instituciones de Justiniano.

Aquella división ha sido calificada de incompleta, por lo cual se ha preferido la siguiente, que resulta de los textos romanos de la época clásica: *res divini iuris* y *res humani iuris*.

Las primeras se regían por el derecho divino; las segundas por el derecho humano.

2. "RES DIVINI IURIS"

Se subdividían así:

1. *Res sacrae* (cosas sagradas). Eran las consagradas al culto. Para los paganos eran los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los

dioses superiores por una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial. Para el cristianismo, las iglesias y los objetos consagrados al culto por los obispos.

“Son sagradas las que están consagradas a los dioses”.

“*Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt*” (Gayo, 2, 9).

2. *Res religiosae*. Eran los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas. Estaban consagrados a los dioses manes.

“Religiosas las que se destinan a los manes”.

“*Religiosae quae diis manibus relictæ sunt*” (Gayo, 2, 18).

3. *Res sanctae*. No eran con toda exactitud las cosas santas. Eran las cosas que estaban protegidas contra los atentados de los hombres, assimilándolas para ese efecto a las cosas *divini iuris*. Tales eran los muros y las puertas de las ciudades, cuya violación se castigaba con las penas más severas.

3. “RES HUMANI IURIS”

Todas las cosas que no fueran de derecho divino eran *humani iuris*, y se gobernaban por el derecho humano. Se subdividían en *res communes*, *res publicae*, *res universitatis* y *res privatae* o *singulorum*.

a) *Res communes* eran las cosas cuya propiedad no pertenecía a nadie, y su uso era común a toda la humanidad. No eran, por lo tanto, susceptibles de apropiación individual. Tales eran el aire y el mar. El uso común trajo consigo herramientas para la protección de estos bienes que son el antecedente histórico del derecho ambiental⁽¹⁾.

(1) Zamora Manzano José Luis. *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental*, Edisofer, Madrid, 2002.

b) *Res publicae* eran también las cosas cuyo uso era común a todos, pero limitado al pueblo romano, con exclusión de los otros pueblos. Tales eran las vías pretorianas o consulares, los puertos, las corrientes de agua que nunca llegaban a secarse (*flumina perennia*). Son bienes de uso público (*res in usus publico*).

c) *Res universitatis* eran las pertenecientes a ciertas personas morales, como las ciudades y las corporaciones, que por su destino público no eran objeto de propiedad particular o individual. Tales eran los teatros, las plazas, los baños públicos⁽²⁾.

d) *Res privatae* o *singulorum* eran todas las cosas susceptibles de propiedad individual y privada que, por tanto, entraban a formar el patrimonio particular de las personas. Se les llamó también *bona* (bienes), porque eran destinadas a procurar el bien particular de las personas.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS “RES PRIVATAE”

1. *Res mancipi* y *res nec mancipi*. Fue esta una clasificación propia y exclusiva del derecho romano. *Res mancipi* eran las cosas cuya propiedad podía ser adquirida únicamente por la *mancipatio* y, en general, por los medios propios del derecho civil (*ius civile*). Se consideraban como las más importantes para la economía. Tales eran los fundos rurales itálicos las servidumbres rurales, los esclavos, las bestias de carga y tiro, etc. Las *res nec mancipi* eran todas las demás. Su adquisición podía efectuarse por simple tradición y, en general, por los medios de adquirir según el *ius gentium*.

2. *Cosas corporales* y *cosas incorpóreas*. Son corporales todas las cosas del mundo exterior que caen bajo los sentidos, tienen una composición material y pueden ser objeto de derechos:

“Son corporales las que se pueden palpar”.

“*Corporales sunt quae tangi possunt*” (Gayo, 2, 18).

(2) C.C., arts. 674 a 684.

Son incorporales los derechos que sobre tales cosas se tienen:

“Son incorporales las que no se pueden palpar: como lo son aquellas que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo”.

“Incorporales sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus” (Gayo, 2, 12).

3. *Res móviles y res inmóviles.* Esta clasificación tradicional de las cosas no aparece consagrada expresamente en los textos del derecho romano, pero muchas instituciones jurídicas se refieren de manera diferente a unas o a otras. Cosas muebles son las que pueden moverse materialmente, ya por sí mismas (*res se moventes*), como los seres animados, ya por la mano del hombre. Inmuebles son los fundos, los edificios y en general las que por su naturaleza u otra causa no pueden ser transportadas de un lugar a otro. Algunas cosas, muebles por naturaleza, se consideran a veces como inmuebles por razón de circunstancias especiales que la ley establece⁽³⁾.

5. COSAS INCORPORALES

Las cosas incorporales se han clasificado tradicionalmente en derechos reales y derechos personales⁽⁴⁾. Los primeros son los que se tienen sobre las cosas de manera directa, sin respecto a determinada persona. Los segundos, llamados también derechos de acreencia o créditos, son los que se tienen con respecto a determinada persona que se halla obligada a dar, hacer o no hacer la cosa objeto de derecho.

Entre los romanos se estableció muy claramente esta diferencia, designando el derecho real con la denominación *ius in re* (derecho en la cosa)⁽⁵⁾, y el derecho personal con los términos *ius ad rem* (derecho a la cosa). El derecho real no tiene, pues, un sujeto pasivo determinado, a cuyo cargo se halle una obligación correlativa, como sí lo tiene el derecho personal. Ese

sujeto pasivo del derecho personal es el deudor (*debitor*), a cuyo cargo se halla satisfacer lo que constituye el objeto del respectivo derecho⁽⁶⁾.

Los derechos reales, según el derecho romano, se dividían en derechos reales civiles y derechos reales pretorianos. Los primeros fueron instituidos por el *ius civilis*. Los segundos por el derecho pretoriano. Los derechos reales civiles fueron: la propiedad, las servidumbres reales o prediales y las servidumbres personales.

Los derechos reales pretorianos fueron: la superficie, el *ius in agro vectigalis*, la *enfiteusis* y la *hipoteca*.

6. INDIVIDUALIDAD DE LAS COSAS

Dice el profesor Hinestrosa⁽⁷⁾ que “*por distintas razones conceptuales económicas y aun filosóficas, se planteó el tema de la individualidad de las cosas: cosas unitarias, cosas compuestas y cosas colectivas*”:

“Y hay tres clases de cosas: una, la de lo que constituye una unidad singular y se llama en griego *henomenon*, como un esclavo, una viga, etc.; otra, la de lo que consta de cosas unidas, es decir, de varias cosas coherentes entre sí, que llaman en griego *synemmenon*, como un edificio, una nave, un armario; la tercera, la de lo que consta de cuerpos sueltos, como varios cuerpos no independientes y reunidos bajo un solo nombre, como el pueblo, una legión o un rebaño”.

“*Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et Grece henomenon, id est, unitum vocatur ut homo, tignum, lapis, et simila. Alterum, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod synemmenon, id est connexum vocatur: ut aedificium, navis, armarium. Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non solute, sed uni nomini subjecta: veluti populus, legio, grex*” (Dig. 41, 3, 30).

(3) C.C., art. 654.

(4) C.C., art. 664.

(5) C.C., art. 665.

(6) C.C., art. 666.

(7) Hinestrosa Fernando, *Apuntes de derecho romano - Bienes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, p. 20.

CAPÍTULO II

La propiedad o dominio. Nociones generales

1. DEFINICIÓN Y ATRIBUTOS

La propiedad (*proprietas* o *dominium*) es el máximo poder que puede tenerse sobre una cosa (*plena in re potestas*) (*ius in re*). En varias fuentes primarias aparece el término *ius utendi* o *usus*, *ius fruendi* o *fructus*, y *ius abutendi* o *abusus*; derecho de usar la cosa, de recoger sus frutos y productos, y de disponer de ella⁽⁸⁾. Tiene la propiedad, por tanto, quien tiene el poder pleno o absoluto de usar, disfrutar y disponer de una cosa. Es el *domino* (amo y señor) quien ejerce ese poder pleno (dominio). Sin embargo es necesario profundizar en este origen del concepto, pues es claro que en esas fuentes primarias no existe como tal una definición del derecho de propiedad. De hecho se sabe que no fue sino hasta la edad media cuando se estructuró este concepto del derecho de propiedad o de dominio. Los romanos tenían más preocupación por resolver los conflictos que se producían alrededor de las cosas y del poder sobre ellas, que sobre el concepto mismo de propiedad o dominio.

Por otra parte, la propiedad de las cosas era un concepto más colectivo que singular, si tenemos en cuenta el poder del *pater familias* sobre las personas y las cosas de su familia. Por ello al *pater* le correspondían los bienes (patrimonio) y a la *mater* el cuidado de los hijos (matrimonio).

En ese orden de ideas, es preciso no incurrir en el error de entender literalmente por *ius abutendi* o *abusus* el derecho de abuso, que sería un contrasentido jurídico. No puede haber derecho de abuso. La facultad de

(8) C.C., art. 669, Cfr. Corte Constitucional, Sent. C-595 del 18 de agosto de 1999.

disponer envolvía el respeto al derecho ajeno, y aún se citan casos de limitación en interés público y social. El concepto de que entre los romanos la propiedad era un derecho individual absoluto no puede entenderse en el sentido de que carecía de toda limitación. En efecto, entre otras se conocen las siguientes:

1. El dueño de un fundo rural no podía sembrar ni edificar hasta la línea matemática divisoria con el predio vecino. Debía dejar un espacio libre de dos pies y medio, debiendo hacer lo propio el dueño del predio contiguo.
2. Debía abstenerse de hacer trabajos que torcieran el curso de las aguas lluvias o que pudieran perjudicar los fundos vecinos. La Ley de las XII Tablas establecía, para evitar esto, la acción llamada *aquae pluviae arcendae*.
3. Aun se citan casos de expropiación por utilidad pública, como la reparación de los acueductos de Roma y el establecimiento de una vía pública.
4. La interdicción del disipador puede muy bien considerarse como una seria limitación del derecho de propiedad entre los romanos.

Si una persona reunía en sí los tres atributos de la propiedad sobre una cosa determinada, se decía tener la propiedad plena, pues en ciertos casos la propiedad se hallaba desmembrada en sus elementos (*iura in re aliena*), como sucedía en el *usus* (moderno derecho de uso y habitación⁽⁹⁾) o con el *usufructus* (moderno usufructo⁽¹⁰⁾), cuando una persona tenía el *usus* y el *fructus* pero no podía disponer de la cosa. El usufructuario era el *dominus usufructus* y el dueño de la cosa el *dominus proprietatis* que tenía la llamada *nuda proprietas* (nuda propiedad). Estas desmembraciones fueron conocidas más adelante como los derechos reales de goce.

La desmembración de la propiedad también podía recaer sobre el atributo de la disposición (*abusus*), en los llamados derechos reales de disposición conocidos como la *pignus* (prenda e hipoteca).

(9) C.C., art. 870.

(10) C.C., art. 823.

Desde otro punto de vista, la propiedad podía ser limitada voluntariamente en sus distintos atributos por las servidumbres (*servitus*), de que oportunamente se tratará.

2. CARACTERES ESPECIALES Y CLASES DE LA PROPIEDAD ROMANA

El régimen de la propiedad en el derecho romano ha suscitado a través de los siglos variadas reflexiones por su carácter esencial en cuanto a lo político. Propiedad, dominio, patrimonio, acumulación, riqueza, poder y herencia son sólo algunos de los conceptos íntimamente vinculados con esta institución. Desde la perspectiva del marxismo se dijo que “los fundadores del marxismo-leninismo siempre han caracterizado certeramente al Derecho Romano como un sistema de Derecho integrado desde el principio sobre la más rancia propiedad privada y su defensa”⁽¹¹⁾. Con el paso del tiempo, el tema ha sido justamente revisado para colocarlo en su verdadera dimensión histórico-económica:

“Las críticas que se han alzado contra el concepto romano de la propiedad han tenido que callar finalmente. El concepto de la propiedad no es diferente del alemán. Las definiciones de los romanistas modernos, según las cuales la propiedad es un derecho sobre la cosa por sí mismo ilimitado, es cierto que están equivocadas, pero los romanos no tienen ninguna culpa en ello: en todas nuestras fuentes no se encuentra una definición romana de la propiedad, y podemos afirmar con seguridad que esto no depende de lagunas en nuestros conocimientos, sino del hecho de que los romanos no dieron la definición. No es el concepto romano de la propiedad lo que se ha construido de forma individualista, sino el régimen jurídico de la propiedad”⁽¹²⁾.

Por otra parte, el derecho de propiedad se presentaba entre los romanos en formas distintas: la propiedad quiritaria (*dominium ex iure quiriti*

(11) Novitsky V.I., *Fundamentos del derecho civil romano*, traducción de Delio Carreras Cuevas, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1980, p. 98.

(12) Schulz Fritz. *Principios del derecho romano*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 173.

tium), la propiedad bonitaria o *in bonis habere*, la propiedad peregrina y la propiedad provincial. La propiedad quiritaria era la que resultaba de los modos de adquirir propios del derecho civil, o derecho quiritorio. Para adquirir esta propiedad se requería la ciudadanía romana, que recayera sobre cosa mueble o inmueble situada en suelo itálico y con las formalidades de rigor. Este derecho estaba protegido con la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*). La propiedad *bonitaria* o *in bonis habere* resultaba de la adquisición de una *casa mancipi* por simple tradición u otro medio de los no reconocidos por el derecho civil. La propiedad quiritaria, reservada a los ciudadanos romanos, era considerada en un plano superior y tratada con mayores prerrogativas. Pero el propietario *in bonis* tenía prácticamente los mismos tres atributos de la propiedad general y podía convertirse, por la posesión continuada (usuapción), en propietario quiritorio. Esta clasificación no tuvo importancia alguna para el derecho moderno y desapareció bajo Justiniano como consecuencia de haberse abolido la división de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*. La propiedad peregrina era el derecho de los extranjeros sobre las cosas, extranjeros a quienes, sin llegar a ser titulares del *dominium*, el pretor les concedió acciones especiales para su protección. Por último, la propiedad provincial se refería al derecho que recaía sobre los fundos provinciales que pertenecían al Estado. Aunque sobre estos bienes no podía existir un verdadero *dominium* el poseedor ejercía una especie de usufructo pagando un tributo (*tributum*) al Estado.

Según los romanos, el derecho de propiedad, objetivamente considerado, era perpetuo. Lo que quiere decir, no que se perpetuara en una sola persona, sino que en sí mismo perduraba sobre una cosa determinada, pasando indefinidamente de una persona a otra. Pero se admitía que podía extinguirse en tres casos:

1. por la destrucción total de la cosa;
2. porque la cosa dejara de ser susceptible de propiedad particular, y
3. porque un animal salvaje que había sido apropiado por el hombre recobrara su libertad.

CAPÍTULO III

La posesión

1. ELEMENTOS

La posesión, según se expresa en los textos legales, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño⁽¹³⁾. Pero si bien es lo común y ordinario que quien ejerce la posesión es dueño de la cosa, sucede muchas veces que el poseedor no es dueño. Consecuencialmente puede haber un propietario que no es poseedor (nuda propiedad):

“La posesión debe ser distinguida de la propiedad. Puede suceder que alguno sea poseedor y no sea dueño; que otro sea dueño y no sea en verdad poseedor; puede suceder que uno mismo sea poseedor y también dueño”.

“*Separata esse debet possessio a proprietate. Fieri et enim potest ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit possessor vero non sit; fieri potest ut et possessor idem et dominus sit*” (Ulp., D. 43, 17).

Para estos casos ha existido, desde el derecho romano, la acción llamada *rei vindicatio*, que tiene el dueño que no es poseedor, para obtener que el poseedor que no es dueño le entregue la posesión de la cosa que en tal situación jurídica se encuentra.

Según el derecho romano, la posesión se compone de dos elementos: un elemento material o de hecho, denominado *corpus*, y un elemento in-

(13) C.C., art. 762.

tencional o subjetivo llamado *animus*. El primero es la tenencia de la cosa; el segundo, la intención, el ánimo de dueño (*animus domini*):

"Adquirimos la posesión con cosa y ánimo, y no por el solo ánimo o la sola cosa".

"Apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore" (Dig., 41, 2, 3, 1).

Es preciso no confundir el *animus domini* con el *animu* o *affectio tenendi*. Este último es el ánimo de tener la cosa mas no como dueño. El arrendatario, por ejemplo, tiene el *animus* o *affectio tenendi*, porque quiere tener la cosa; pero no tiene el *animus domini*, porque no es su intención tenerla como dueño.

"La posesión no es tanto del objeto como del derecho".

"Possessio non tantum corporis sed iuris est" (Papiniano, D. 41, 2, 49, 1).

Según el derecho romano, solo podían ser objeto de posesión las cosas corporales, puesto que eran las que podían materialmente ser retenidas:

"Pueden ser poseídas las cosas corporales".

"Possideri autem possunt quae sunt corporalia" (Paulo, D. 41, 2, 3).

Pero llegó a admitirse una cuasiposesión sobre las cosas incorpóreas, o sea los derechos.

Se adquiría la posesión de una cosa adquiriendo sus dos elementos: *corpus* y *animus*. Para adquirir el primero bastaba tener la cosa a disposición de la persona. Se adquiría el segundo concibiendo la intención de ser dueño o el *animus domini*. Una vez reunidos esos dos elementos se adquiría la posesión.

Pero si bien el *corpus* podía adquirirse y conservarse por otra persona, verbigracia, el mandatario, el *animus* debía ser personalísimo de quien adquiría la posesión, y no podía conservarse por medio de otra. Conse-

cuencia de ello era que el *infans* y el loco no podían adquirir la posesión por cuanto, careciendo de discernimiento, no podían dar su *animus*. Para corregir esto llegó a admitirse que el tutor del *infans* y el curador del loco podían adquirir la posesión para dichos incapaces prestando su *animus* en nombre y en lugar de ellos.

De acuerdo con lo expuesto, la posesión se perdía con la pérdida de sus dos elementos o de uno de ellos: *animus et corpus, corpus solus, animus solus*.

Se perdía la posesión cuando el poseedor se desprendía del *corpus* y del *animus*, como cuando enajenaba la cosa entregándola al adquirente.

Se perdía el *corpus* conservando el *animus* cuando otra persona, contra la voluntad del poseedor, se apoderaba de la cosa, en términos que dejaba de estar a disposición de aquél.

Se perdía el *animus* solo cuando, conservándose la cosa, se dejaba de tener el *animus domini*, abdicando de él en beneficio de otra persona. Por ejemplo, en el caso del vendedor que, una vez perfeccionada la venta, se constituía arrendatario del comprador.

2. DISTINTAS CLASES DE POSESIÓN

La simple tenencia sin ánimo de dueño no constituye posesión, según lo que se deja expuesto. Pero los romanos solían llamar esa tenencia *possessio naturalis*, reservando la denominación de *possessio civilis* a la tenencia con ánimo de dueño, que es la verdadera posesión.

3. "POSSESSIO" JUSTA E INJUSTA

La posesión se decía justa cuando había empezado *nec vi, nec clam, nec precario*: sin violencia, sin clandestinidad y sin precariedad. Se llamaba injusta o viciosa cuando había empezado con alguno de aquellos tres vicios. Con violencia, cuando se había ejercido ésta contra las personas o las cosas para hacerse a la posesión. Con clandestinidad, cuando se

había tomado la cosa ocultando el hecho al anterior poseedor para evitar su resistencia. De manera precaria, cuando se había empezado por concesión de otra persona, pero con destino a reintegrarse en ella cuando a bien lo tuviera.

La posesión injusta era protegida contra terceros, mas no contra el poseedor de mejor derecho, esto es, la persona contra la cual se poseía de manera injusta.

4. "POSSESSIO BONAE FIDEI" Y "MALAE FIDEI"

Posesión de buena fe era la que se adquiría con la convicción de no violarse en ella derecho ajeno, esto es, en la creencia sincera de ser legítima. La que de esa manera no se adquiría, era de mala fe.

Se podía ser poseedor injusto, pero de buena fe, por ejemplo, si una persona, creyéndose con derecho a una cosa, la tomaba por la fuerza a quien la estaba poseyendo. Al contrario, podía haber posesión justa, pero de mala fe, verbigracia, la de la persona que había tomado la cosa sin violencia, sin clandestinidad y de manera no precaria, pero a sabiendas de no ser dueño de ella.

5. PROTECCIÓN POSESORIA

El derecho romano protegía la posesión de cualquier clase, ya para hacerla conservar por quien la tenía, ya para que fuera recuperada por quien injustamente y de manera arbitraria había sido despojado de ella. El pretor instituyó con ese fin mecanismos de protección llamados interdictos posesorios, que eran de tres clases: *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* e *interdicta adispiscendae possessionis*, destinados a retener, a recuperar y a adquirir la posesión, respectivamente. Pero estos últimos, destinados a obtener una posesión que no se ha tenido, no forman propiamente entre los medios de protección posesoria.

Los interdictos *retinendae possessionis* fueron denominados *uti possidetis* para los inmuebles y *utrubi* para los bienes muebles.

Los interdictos *recuperandae possessionis* fueron dos: *interdictum de vi*, a favor de quien había sido despojado de la posesión de un inmueble por medio de la fuerza, e *interdictum de precario*, a favor de quien había cedido a otro la posesión de una cosa de manera precaria, es decir, con la condición de poderla recobrar a su voluntad. Si el poseedor precario no quería restituir la cosa, el poseedor cedente, por el solo hecho de su posesión anterior, podía recobrarla mediante el interdicto de precario. Cuando no era posible hacer uso de los interdictos posesorios, por ejemplo, para el caso de despojo violento de la posesión de una cosa mueble, siempre había protección posesoria mediante el ejercicio de otras acciones, fundadas en el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa.

CAPÍTULO IV

Medios de adquirir el dominio

1. GENERALIDADES

La propiedad podía adquirirse de dos maneras: *per universitatem* (a título universal) y a título singular. Se realizaba la adquisición en la primera forma cuando el adquirente sucedía al transmisor en una universalidad patrimonial, con todos sus elementos activos y pasivos, derechos reales, créditos y obligaciones. Se operaba este medio principalmente en la sucesión por causa de muerte. Se adquiría a título singular cuando la adquisición tenía por objeto una o más cosas singulares.

Los medios de adquirir el dominio a título singular se dividían en dos clases: medios del derecho civil (*ius civile*) y medios del *ius gentium*. Los primeros fueron instituidos por el *ius civile*, con destino exclusivo a los ciudadanos romanos. Los segundos fueron creación del *ius gentium*, y se extendían a los no ciudadanos, como a los peregrinos. Los medios adquisitivos propios del *ius civile* fueron: la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio* (usuapción), la *adjudicatio* (adjudicación) y la *lex* (ley). Los del *ius gentium* fueron: la *occupatio* (ocupación), la *traditio* (tradición), la *accesio*, la *especificatio*, la *percepcionem fructuum*, la *confusio* (confusión) y la *commixtio*:

“Unas cosas se enajenan por derecho natural, como son las que se enajenan por medio de la entrega; otras, por Derecho Civil, pues tanto el derecho de la *mancipatio*, como el de la cesión ante el magistrado, como el de la usuapción, es un derecho propio de los ciudadanos romanos”.

“*Ergo ex his quae diximus appareat quaedam naturali iure alienari, qualia sunt et quae traditione alienatur, quadam civili; nam mancipatio*”

tionis et in iure cessionis et usucaptionis ius proprium est civium Romanorum" (Gayo 2, 65).

Según la doctrina moderna, los modos de adquirir el dominio se clasifican en modos originales y modos derivados o derivativos. En los modos originales la propiedad se constituye de manera independiente de otros propietarios, como en la ocupación, la accesión o la usucapición. En los modos derivados la propiedad se materializa a partir de la propiedad de otros, como es el caso de la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*.

2. MEDIOS ADQUISITIVOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL

a) *Mancipatio*. Era una transmisión del derecho de dominio de una persona a otra bajo el símbolo de una venta y con el empleo de la forma ritual y solemne denominada *per aes et libram*. Debían comparecer el enajenante y el adquirente en presencia de cinco ciudadanos romanos púberes y otro ciudadano que en ese acto solemne se denominaba *libripens*, el cual tenía en sus manos una balanza. El adquirente afirmaba su derecho de dominio en términos solemnes golpeando la balanza con una moneda de cobre que entregaba al enajenante como símbolo del precio. El enajenante asentía a todo aquello y de ese modo quedaba operada la adquisición, quedando el adquirente como propietario *ex iure quiritium* (propietario quiritorio).

La *mancipatio* daba el dominio al adquirente, mas por sí sola no le daba la posesión, si la cosa no era materialmente entregada por el enajenante.

b) *In iure cessio*. Era un medio solemne y simbólico. La dos partes, enajenante y adquirente, comparecían ante el magistrado figurando un juicio de reivindicación de la cosa cuyo dominio pretendía adquirirse. Si la cosa era mueble, debía ser llevada ante el magistrado. Si era inmueble, parece haberse admitido que se llevara un fragmento de ella. El adquirente, tocando la cosa mueble o el fragmento del inmueble, afirmaba, en presencia del magistrado y del enajenante, ser suya, según el derecho civil. El enajenante declaraba ser cierta tal afirmación y en vista de ello el magistrado declaraba propietario al adquirente.

c) *Usucapio*. La usucapión⁽¹⁴⁾ (de *usucapere*, tomar por el uso) era un medio de adquirir el dominio de una cosa mediante la posesión de ésta por el tiempo y en las condiciones prescritas por la ley:

"La usucapión es la adquisición del dominio por continuidad de tiempo definido en la ley".

"*Usucapio est adiectio dominii per continuationem temporis lege definiti*" (Modestino (D. 41, 3,3).

Fue el origen de la prescripción adquisitiva del derecho moderno. Esta institución, como todas las instituciones jurídicas de Roma, evolucionó progresivamente a través de los siglos. Nacida dentro de un estrecho molde en la época de la Ley de las XII Tablas, vino a ensancharse en la época clásica y a culminar, bajo el derecho de Justiniano, en la institución básica de la moderna prescripción adquisitiva.

En la época clásica la usucapión podía producir dos efectos distintos: convertir al propietario bonitario en propietario quiritorio, y hacer propietario al poseedor que no lo era.

Todas las cosas corporales, muebles e inmuebles, *mancipi* o *nec mancipi*, eran susceptibles de ser adquiridas por usucapión, salvo aquellas que la ley exceptuaba, como los fundos provinciales, las cosas robadas (*res furtae*), los muebles e inmuebles ocupados por violencia (*res vi possesse*) y los *predia rustica vel suburbana* de los pupilos y menores de veinticinco años, ocupados por terceros. En general, tampoco podían ser usucapidas las cosas que no eran susceptibles de propiedad particular.

Los requisitos para adquirir por usucapión eran: justa causa, buena fe y posesión continuada durante cierto tiempo.

1. *Justa causa*. Se entendía por tal un acto jurídico, válido en sí mismo, que, sin embargo de hacer poseedor al pretendido adquirente, no lo hacía propietario, o solo lo hacía propietario *in bonis* (bonitario). Ejemplo:

(14) C.C., art. 2512.

una venta hecha por quien no era dueño de la cosa vendida (*a non domino*). La justa causa se denomina también justo título en el derecho moderno:

"No habiendo justo título precedente, la razón del derecho prohíbe a los poseedores adquirir el dominio".

"Nullo iusto titulo praecedente, possidentes ratio iuris quaerere dominium prohibet" (Diocleciano, L. 24).

2. *Buena fe*. Es la creencia honrada, aunque equivocada, de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos.

3. *La posesión continuada*. Se requerían sus dos elementos: *corpus* y *animus*. Según la Ley de las XII Tablas, la posesión debía ser continua durante un año para los muebles y dos años para los inmuebles:

"No puede ocurrir usucapión sin posesión".

"Sine possessione usucapio contingere non potest" (D. 41, 3).

Ya veremos cómo posteriormente se amplió dicho término. La interrupción hacía perder el efecto de la posesión anterior. Es decir, interrumpida la posesión, si posteriormente se recobraba, había que principiar de nuevo la usucapión con la plenitud de sus requisitos, sin contar la posesión anterior a la interrupción.

Se podía además unir la posesión propia a la del antecesor para completar el tiempo necesario. Así, si el antecesor había poseído un inmueble durante un año continuo en las condiciones exigidas para la usucapión (justa causa y buena fe), el sucesor podía completar con un año más en las mismas condiciones, el tiempo de la usucapión. Esta unión de posesiones se denominaba *accessio possessionis*.

La usucapión propiamente dicha solo era aplicable a las cosas que podían ser objeto de la propiedad civil o quiritoria.

Con el fin de dar una protección semejante a las otras cosas, especialmente a los fundos provinciales, el pretor introdujo una institución semejante: la *praescriptio longi temporis*.

He aquí en qué consistía: si dentro de diez años entre presentes y veinte entre ausentes no se ejercitaba acción contra el poseedor por quien se creyera dueño de la cosa, el poseedor demandado podía alegar la *praescriptio longi temporis* a manera de excepción. Si la acción se ejercitaba dentro de aquel espacio de tiempo, se interrumpía civilmente la *praescriptio*, que ya no podía alegarse.

En rigor, no era, pues, un medio de adquirir el dominio, sino un medio de defensa procesal encaminado a enervar la acción del demandante contra el poseedor. Por lo demás, para poder alegar la *prescriptio longi temporis* se requería la posesión en las mismas condiciones que para la usucapión.

En la época del derecho justinianeo llegaron a fusionarse la usucapión antigua y la *praescriptio longi temporis*, convirtiéndose esta última en un medio de adquisición. El tiempo de la posesión se fijó así: tres años para los muebles, diez años entre presentes para los inmuebles y veinte, entre ausentes, para los mismos. Los demás elementos generadores de la adquisición del dominio por este medio, posesión continuada, adquirida con justa causa y de buena fe, fueron mantenidos.

Esta usucapión fue llamada ordinaria, para diferenciarla de la extraordinaria, que vamos a ver.

La acción reivindicatoria del dueño de una cosa contra el poseedor debía ejercitarse dentro del término de treinta años, al cabo de los cuales el poseedor, aun de mala fe, podía rechazar al reivindicante alegando la *praescriptio longissimi temporis*, llamada también *praescriptio triginta annorum*, o prescripción extraordinaria.

Justiniano estableció que habiéndose adquirido de buena fe aquella posesión treintenaria, aun sin título, pudiera ser, más que una excepción o medio de defensa para el poseedor, un medio de adquirir el dominio. Fue ésta una usucapión extraordinaria, extensiva a todas las cosas de propiedad privada. Ese es el origen de la prescripción adquisitiva extraordinaria del derecho moderno.

En la legislación colombiana se contempla la prescripción ordinaria de tres años para muebles y cinco años para inmuebles. La extraordinaria

requiere de 10 años⁽¹⁵⁾. Existen además prescripciones especiales y prescripciones de corto tiempo⁽¹⁶⁾.

d) *La adjudicatio*. En la decisión de ciertas acciones judiciales, tales como la *actio familiae erciscundae* (división de la herencia), la *actio communis dividundo* (división de los bienes comunes) y la *actio finium regundorum* (acción de deslinde), el juez tenía el poder de atribuir la propiedad de determinadas cosas a las partes que actuaban en el proceso. Esa atribución se llamaba *adjudicatio* (adjudicación), y era considerada como un verdadero medio de adquirir el dominio. El adjudicatario derivaba directamente de la adjudicación la propiedad de la cosa adjudicada. No así en el derecho moderno.

e) *La ley (lex)*. Es discutible que la ley por sí sola, sin hecho alguno del hombre, pueda operar la adquisición del dominio. Pero Ulpiano la cita entre los medios de adquirir el dominio en limitadísimos casos, como la adquisición por algunas entidades o por el *aerarium*, en virtud de la Lex Papia Popaea, de ciertas liberalidades testamentarias que no llegaban a ser recogidas por sus asignatarios.

3. MEDIOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO SEGÚN EL "IUS GENTIUM"

a) *Ocupación*. La ocupación⁽¹⁷⁾ (*occupatio*) consiste en llevar al poder de una persona, con el ánimo de apropiación, las cosas que no pertenecen a nadie y que son susceptibles de propiedad privada:

"Por razón natural lo que es de nadie se concede al ocupante".

"*Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*"
(D. 41, 1).

(15) Ley 791 de 2002.

(16) C.C., arts. 2533, 2536, 2542, 2543 y 2545.

(17) C.C., art. 685 y ss.

Requiere, por consiguiente, para que opere la ocupación:

1. Que la cosa no pertenezca a nadie: las cosas en tal situación se denominan *res nullius*;
2. Que pueda ser objeto de propiedad privada, y
3. Que se la tome con intención de apropiársela.

Las principales modalidades de ocupación eran:

1. La ocupación de animales salvajes, que comprende la caza (*aucupium*) y la pesca (*piscatio*).

2. La invención o hallazgo. Entiéndase por tal la ocupación de cosas inanimadas que nunca han tenido dueño, como las perlas marinas, o que han sido abandonadas por éste con intención de desprendérse de su dominio (*res derelictae*), o el tesoro oculto encontrado por una persona (*thesaurus*).

3. La ocupación por causa de guerra, por cuanto los romanos consideraban al enemigo en guerra fuera de derecho. De allí deducían que su persona y sus bienes eran materia de ocupación (*res hostiles*).

b) *La tradición*. La tradición⁽¹⁸⁾ (*traditio*), como medio de adquirir el dominio, es el acto por el cual se entrega una cosa a otro, o se pone bajo su poder físico y jurídico, habiendo en quien la entrega la intención de transferir el dominio, y en quien la recibe la intención de adquirirlo.

La persona que efectuaba la tradición se denominaba *tradens* (tradent), y aquella a quien se hacía, *accipiens* (adquirente). El *tradens* se desprendía del dominio. El *accipiens* lo adquiría.

Para que la tradición operara la adquisición del dominio se requería:

1. Que el *tradens* fuera dueño de la cosa.

(18) C.C., art. 740 y ss.

2. Que tuviera la intención de transferir el dominio;
3. Que el *accipiens* tuviera la intención de adquirir dicho dominio, y
4. Que la cosa quedara bajo el poder físico y jurídico del *accipiens*.

El acto material de la tradición no requería a veces el desplazamiento físico de la cosa de una persona a otra. En ocasiones el *accipiens* ya tenía la cosa en su poder, aunque en nombre del *tradens*; por ejemplo, en calidad de arrendatario de éste. Bastaba entonces que lo reconociera como dueño, convirtiéndole su tenencia en posesión. Esta figura se denominaba *traditio brevi manu*. Otras veces sucedía lo contrario. El *tradens*, dueño y poseedor, se constituía en simple tenedor en nombre del *accipiens*, desde el momento de la tradición. Se enajenaba, verbigracia, una cosa, y el enajenante seguía como arrendatario del adquirente. Con ese solo cambio de la calidad jurídica se efectuaba el acto material de la tradición. Esta figura se llamó *constitutum possessorium*. También se conocieron las figuras de la *traditio longa manu* (indicación a distancia del fundo), y la *traditio clavium* (entrega de las llaves), llamada también *traditio symbolica*.

c) *Accesión*. La accesión⁽¹⁹⁾, como medio de adquirir el dominio, resulta de la unión de una cosa a otra. Si una cosa se adhiere a otra formando con ella un todo inseparable, el propietario de la cosa principal se hace dueño del todo, adquiriendo así el dominio de la cosa adherida. El sistema romano es no otra cosa que la aplicación del principio *accessio cedit principali* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

Pero en la aplicación del sistema debe también entrar en juego el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto en daño de otro. Cuandoquiera, pues, que sea el caso de aplicar este precepto de moral jurídica, será preciso que el dueño de la cosa adherida, cuyo dominio pierde, sea indemnizado por quien se hace dueño del todo. Salvo naturalmente los casos excepcionales en que el enriquecimiento por parte de este no se considere injusto.

(19) C.C., art. 713 y ss.

Desde el derecho romano la accesión ha revestido, en orden a la adquisición del dominio, diversas modalidades.

He aquí las principales:

1. *Aluvión*. Es la capa de tierra que se forma en las orillas de los ríos o corrientes de agua, quedando permanentemente descubierta por las aguas. La regla, según el derecho romano, es que pertenece por accesión al dueño de la heredad a la cual se junta.
2. *Cauce abandonado*. Si una corriente de agua abandona definitivamente su cauce, el terreno de este accede a la respectiva o a las respectivas heredades. Si las de uno y otro lado son de distintos dueños, el cauce abandonado accede a cada una por mitad. Tal es el sistema romano sobre la materia.
3. *Isla surgida del cauce*. Se aplicaba la misma regla del cauce abandonado; dividido el cauce por una línea longitudinal en dos partes iguales, si la isla nacía entera en una de esas dos mitades, pertenecía al dueño de la heredad adyacente; y siendo abarcada por varias heredades, a todos sus dueños proporcionalmente. Si se extendía a una y otra mitad del cauce, accedía proporcionalmente a las heredades de uno y otro lado.

4. *Accesión de cosas muebles a inmuebles*. Las principales modalidades de esta accesión eran la *plantatio* o *seminatio* y la *inaedificatio*. La primera consistía en sembrar o plantar con plantas o semillas propias en terreno ajeno, no habiendo, en uno ni en otro caso, consentimiento mutuo de las partes. La *inaedificatio* era la edificación en que los materiales pertenecían a una persona y el terreno a otra distinta.

La regla general a este respecto era que el dueño del terreno se hacía dueño de la plantación, sementera o edificación desde el momento en que se adhiriera al inmueble en tal forma que no pudiera separarse de él sin grave perjuicio. Todo esto regido, según hemos dicho, por el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa justa, cuya aplicación imponía determinadas prestaciones o indemnizaciones entre los dueños de las cosas que así llegaban a juntarse.

5. Accesión de un mueble a otro. Siendo de distintos dueños los muebles que se juntan formando un todo indivisible, se opera el hecho denominado adjunción. La regla, según el derecho romano, era que el dueño de la cosa principal se hacía dueño del todo. Se consideraba como cosa principal la más importante, y como cosa accesoria la que perdía su individualidad propia refundiéndose de modo inseparable en la principal.

d) *Especificación*. En sentido jurídico, la especificación es un medio de adquirir el dominio cuando con materia ajena se confecciona un objeto nuevo sin mutuo acuerdo de voluntades (*species nova*).

Según los sabinianos, el dueño de la materia no perdía su propiedad, puesto que no hacía sino modificarse por medio de la confección del nuevo objeto. De consiguiente, este debía pertenecerle, salvo la indemnización al fabricante de buena fe, para que no hubiera enriquecimiento sin causa justa. Según los proculeyanos, la propiedad del objeto nuevo debía ser del fabricante del objeto, puesto que en él se había refundido la materia primitiva. Salvo la indemnización al dueño de esta, en aplicación del principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa.

Bajo Justiniano se consagró una solución intermedia: si la materia no podía volver a su primitivo estado, el objeto pertenecía al artífice, debiendo ser indemnizado el dueño de la materia. En caso contrario, el dueño de la materia conservaba su propiedad, extendiéndose esta al nuevo objeto, salvo la indemnización al artífice de buena fe. Si se había empleado en parte materia ajena y en parte propia, el artífice conservaba en todos los casos la propiedad del objeto fabricado, salvo la indemnización al dueño de la materia ajena.

e) *Adquisición de frutos*. Siendo el derecho a los frutos uno de los atributos del derecho de propiedad, es apenas lógico y natural el principio de que las cosas producen frutos para su dueño que, como regla general, ha imperado desde el derecho romano. El dueño de una cosa cualquiera adquiere, pues, la propiedad de sus frutos, como consecuencia jurídica de su derecho de dominio. Pero esa norma general no está exenta de limitaciones. Puede una cosa excepcionalmente producir frutos para otra persona distinta de su dueño, como en el caso del usufructo, del poseedor de buena fe que no es propietario, y en general en todos los casos en que per-

sona distinta del dueño ha adquirido de antemano derecho de dominio sobre los frutos de una cosa.

f) *Confusión*. La confusión, como medio de adquirir el dominio, era entre los romanos la unión de dos o más líquidos o metales en fusión, pertenecientes a distintos dueños, de tal manera que no pudieran separarse. En tal evento se formaba una comunidad sobre el todo, que venía a pertenecer a los distintos dueños de las materias confundidas, en proporción del valor de cada una de estas. Para algunos es una forma de accesión.

g) *Commixtio*. *Commixtio* o mezcla era la unión de cuerpos sólidos pertenecientes a distintos dueños que, sin formar un objeto nuevo, no pudieran distinguirse unos de otros, de manera que no podían volver individualizados a sus respectivos dueños. Por ejemplo, la mezcla de granos o de especies monetarias de distintos dueños. Podía cada uno reivindicar una parte del todo, igual al valor de sus objetos mezclados en él. Aparentemente no hay adquisición de propiedad. Pero la hay si se considera que el objeto de una persona puede ir a dar a poder de otra, como consecuencia de la imposibilidad física de distinguirlos.

4. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Para proteger el derecho de propiedad se instituyeron en el derecho romano varias acciones dentro de las cuales se destacan: la *rei vindicatio* (reivindicación) o acción reivindicatoria y la *publiciana in rem actio*.

La *rei vindicatio* era concedida al dueño de la cosa contra quien la poseía o simplemente la tenía en su poder sin ser dueño. Se encaminaba dicha acción a que se reconociera al demandante su derecho de propiedad y se condenara al poseedor o al detentador a restituirle la cosa con sus accesiones y frutos, o a indemnizarle todo perjuicio si había perecido. Pero se hacía una distinción: el poseedor de buena fe no respondía de la culpa sino desde la *litis contestatio*, al paso que el poseedor de mala fe respondía durante todo el tiempo que hubiera tenido la cosa en su poder. El poseedor de buena fe no debía restituir los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*. El poseedor de mala fe debía restituirlos todos. La *publiciana in rem actio* (acción publiciana) a favor de quien, sin ser dueño, tenía una posesión con

las calidades necesarias para que mediante ella pudiera llegar a hacerse dueño por usucapión, una vez que completara el tiempo requerido.

Vale decir que la acción publiciana fue creada a favor de quien se hallara en vía de adquirir por usucapión el dominio de una cosa (*in via usucapiendi*).

Era dirigida contra quien tuviera la cosa en su poder sin mejor derecho que el poseedor *in via usucapiendi*.

Sus efectos eran en un todo análogos a los de la *rei vindicatio*.

CAPÍTULO V

Servidumbres

1. DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN

La servidumbre, que según el derecho romano se comprendía bajo la denominación general de *ius in re aliena*, era un derecho real sobre una cosa ajena, en beneficio de un fundo o de una persona determinada:

“La naturaleza de las servidumbres no es que alguien haga algo (...) sino que soporte algo, o deje de hacer”.

“*Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis (...) sed ut aliquid patiatur aut non faciat*” (D. 6, 1, 15).

De ahí que en el derecho romano se clasificaran las servidumbres en prediales y personales, según que fueran establecidas en beneficio de un predio o de una persona:

“Las servidumbres son bien de personas, bien de cosas, como las servidumbres de predios rústicos y urbanos”.

“*Servitutes aut personarum sunt (...) aut rerum, ut servitutes rusticorum praediolorum et urbanorum*” (D. 8, 1, 1).

Tal clasificación no ha sido seguida por el derecho moderno, según el cual no hay sino servidumbres prediales, esto es, sobre un predio y en beneficio de otro predio de distinto dueño⁽²⁰⁾.

(20) C.C., art. 879 y ss.

2. SERVIDUMBRES PREDIALES (“SERVITUTES PRAEDIORUM”)

La servidumbre predial consistía en un gravamen sobre un predio determinado, en beneficio exclusivo de otro predio de distinto dueño. Entraban, pues, en la composición de la servidumbre predial los siguientes elementos:

1. Un predio que soportara el gravamen (predio sirviente);
2. Un predio de distinto dueño que se beneficiara del gravamen (predio dominante);
3. El gravamen, que implicaba una limitación del derecho de dominio para el dueño del predio sirviente, y que al propio tiempo debía constituir un beneficio para el predio dominante, y
4. El titular del derecho de servidumbre, que era el propietario del predio dominante.

a) *Divisiones de las servidumbres prediales.* Desde el derecho romano se han clasificado las servidumbres prediales en urbanas (*servitutes praediiorum urbanorum*), y rústicas o rurales. Las primeras eran las que se establecían entre fundos urbanos, o por lo menos en beneficio de un predio urbano. Las segundas, entre fundos rurales, o al menos, en beneficio de un fundo rural. Pero debe advertirse que para los efectos de esta clasificación se entendía por fundo urbano una casa o un edificio, aun cuando estuviera en el campo, y por fundo rural todo terreno no edificado, cualquiera que fuera su situación.

También se dividían las servidumbres prediales en positivas y negativas, según que el gravamen consistiera en permitir una acción o en abstenerse de algo.

Otra clasificación tradicional de las servidumbres ha sido la de continuas y discontinuas, aparentes e inaparentes. Continuas, las que implican una acción continuada, o inacción, sin necesidad de un hecho actual del hombre para su ejercicio; discontinuas, las que necesitan para su ejercicio

un hecho actual del hombre; aparentes, las que se manifiestan por señales exteriores permanentes; inaparentes, las que no ostentan tales señales.

Como ejemplos de servidumbres prediales entre los romanos, pueden citarse: la servidumbre de pasaje o de tránsito, consistente en el derecho de transitar por sobre el predio sirviente para beneficio del predio dominante; la de acueducto, o derecho de conducir el agua al través del predio sirviente para llevarla al predio dominante; la de *aquae hauriendae*, o derecho de tomar el agua del pozo o de la fuente del predio sirviente para beneficio del predio dominante, y la de *aquae educendae*, o derecho de hacer pasar al predio sirviente el agua que sale del predio dominante.

Como ejemplos de servidumbres urbanas pueden citarse: el *ius tigni immitendi*, o derecho de introducir vigas en la pared del predio sirviente; el *ius onerisferendi*, o derecho de hacer descansar una edificación sobre el muro del predio sirviente; el *ius altius non tollendi*, o derecho de que no se le levante la construcción del predio sirviente para no perjudicar la vista o la luz del predio dominante, y el *ius fluminis recipiendi*, o derecho a que el predio sirviente reciba las aguas lluvias que caen del predio dominante.

b) *Constitución de las servidumbres prediales:* De una manera general, y después de un proceso evolutivo en armonía con el progreso del derecho, llegó a admitirse que las servidumbres pudieran constituirse por medios semejantes a los que servían para adquirir el dominio. Aquella evolución culminó bajo el derecho de Justiniano, en que se consagraron, como medios de constituir las servidumbres:

1. La cuasitradición con causa en un contrato, *pactis et stipulationibus*, en pactos y estipulaciones.

Se convenía por las dos partes en constituir determinada servidumbre, y el dueño del predio sirviente ponía al dueño del predio dominante en posibilidad física de ejercerla. Era, por así decirlo, la entrega o tradición del derecho de servidumbre (*quasi traditio*).

2. La reserva de determinada servidumbre cuando una persona enajenaba un predio a favor de otra. Podía el enajenante reservar sobre el predio enajenado determinada servidumbre para beneficio de otro predio del cual fuera dueño.

3. El testamento.
4. La usucapión.

c) *Extinción de las servidumbres prediales.* Las servidumbres prediales se extinguían:

1. Por el no uso durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.
2. Por la destrucción total de uno de los predios.
3. Por la confusión, o sea el hecho de venir a ser los dos predios de propiedad de una sola persona.
4. Por la renuncia expresa o tácita de la servidumbre por el dueño del predio dominante.

3. SERVIDUMBRES PERSONALES

Según el derecho romano, las servidumbres personales eran: el usufructo, el uso, la habitación y los servicios de los esclavos o de los animales ajenos (*operae servorum*).

a) *Usufructo.* Según las Instituciones de Justiniano el usufructo se define como:

“Derecho de usar y disfrutar las cosas ajenas, sin alterar la substancia”.

“*Ius alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*” (D. 7, 1, 1).

El titular del derecho de usufructo se llama usufructuario y tiene dos de los elementos o atributos del dominio: el *usus* y el *fructus* (*ius utendi* y *ius fruendi*).

El dueño de la cosa de la que otro tiene el usufructo se llama nudo propietario. El gravamen constitutivo de la servidumbre consistía, según

los romanos, en carecer de aquellos dos atributos del dominio: el *usus* y el *fructus*. Y ese mismo gravamen lleva consigo el beneficio para la persona del usufructuario, o sea para el titular de ese derecho de servidumbre personal.

En general el usufructo se constituía por los mismos medios de constitución de la servidumbre predial, y se extinguía:

1. Por la muerte del usufructuario, como que era un derecho inherente a su persona e intrasmisible a los herederos;
2. Por la *capitis deminutio* del usufructuario, a excepción de la mínima bajo el derecho de Justiniano;
3. Por la destrucción de la cosa materia del usufructo;
4. Por el no uso durante determinado lapso de tiempo, generalmente el mismo que para la usucapión.
5. Por la renuncia del usufructuario en beneficio del nudo propietario;
6. Por la reunión del usufructo con la nuda propiedad, mediante la adquisición de esta por el usufructuario, y
7. Por la expiración del tiempo fijado para su duración:

“Cuando haya terminado el usufructo, regresa a la propiedad, y desde entonces el dueño de la nuda propiedad empieza a tener la potestad plena en la cosa”.

“*Cum finitus fuerit usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem*” (Inst., 4, 4).

b) *El uso.* El uso era el derecho de usar de una cosa ajena, según su naturaleza y destino, sin derecho sobre los frutos:

"Aquel a quien se le ha dado el uso, puede usar el bien, no percibir los frutos".

"*Nudus usus sine fructus. Cui usus relictus est, uti potest, fruct non potest*" (D. VII, 8, 12).

El titular del derecho de uso se denomina usuario y tiene uno de los atributos del dominio: el *ius utendi o usus*. A este atributo estaba limitado el ejercicio de su derecho. El gravamen para el dueño de la cosa consistía en la privación de ese elemento del derecho de propiedad, lo que al propio tiempo llevaba en sí el beneficio para el titular de este derecho de servidumbre personal.

c) *La habitación*. Era un derecho de uso, pero limitado este a la habitación de una casa, que también podía ser arrendada por el titular del derecho.

d) *Operae servorum*. Consistía este derecho de servidumbre personal en aprovecharse de los esclavos ajenos, aunque estos también podían ser alquilados por el titular del derecho.

CAPÍTULO VI

Derechos reales pretorianos

1. SUPERFICIE

Los derechos reales pretorianos o instituidos por el pretor fueron la superficie, el *ius in agro vectigalis*, la enfiteusis y la hipoteca.

La superficie era el derecho que los arrendatarios o colonos de los predios rústicos, a perpetuidad o a largo plazo, tenían sobre las edificaciones levantadas en ellos con el consentimiento del arrendador. Este derecho se extendía naturalmente a la superficie del suelo cubierto por la edificación, y de ahí el nombre que recibió.

2. "JUS IN AGRO VECTIGALIS"

El *ius in agro vectigalis* surgió del arrendamiento a perpetuidad, que los municipios solían hacer de sus tierras, mediante un censo o *vectigal*. En atención a la perpetuidad de aquella situación jurídica del colono, el pretor creó a favor de este un verdadero derecho real.

3. LA ENFITEUSIS

La enfiteusis, palabra que procede del griego (plantar, sembrar), nació del arrendamiento de tierras incultas, a largo plazo o a perpetuidad, que los emperadores solían dar a los particulares, con la obligación para el colono de cultivarlas y plantarlas.

Esta práctica fue igualmente seguida por los grandes propietarios y dio origen al derecho real del colono sobre las tierras, creado por el pretor y denominado enfiteusis. En la época de Justiniano se refundieron el *ius in agro vectigalis* y la enfiteusis en una misma situación y se sometieron a un mismo régimen legal.

4. LA HIPOTECA

Según el derecho romano, la hipoteca era un derecho real accesorio sobre una cosa mueble o inmueble, destinado a garantizar el pago de una deuda⁽²¹⁾.

La institución de la hipoteca surgió lentamente a la vida jurídica mediante una evolución progresiva.

Con la finalidad de obtener una garantía para el acreedor, distinta de las seguridades puramente personales, se acostumbró primeramente lo que se llamó enajenación fiduciaria. Quien contraía una deuda, enajenaba a favor del acreedor una cosa determinada, pero conviniendo, por un pacto llamado de fiducia, que al pagarse la deuda volviera la cosa al patrimonio del deudor.

Luego vino la institución de la prenda (*pignus*)⁽²²⁾. El deudor entregaba a su acreedor la posesión de una cosa en garantía de pago. El acreedor conservaba dicha posesión mientras no se le pagara la deuda:

“Decimos prenda propiamente lo que se entrega al acreedor; hipoteca cuando no se entrega al acreedor”.

“*Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit (...) ad creditorem*” (Dig., 13, 7, 9, 2).

Posteriormente se vio el verdadero origen de la hipoteca en el arrendamiento de fundos rurales. Para garantizar al arrendador el pago

del arrendamiento, se estableció que, por un convenio entre el arrendador y el arrendatario, los ganados y utensilios agrícolas llevados al predio por el arrendatario quedaran afectos al pago, sin que salieran del poder de este. Si el arrendatario no pagaba, se permitía al arrendador tomar la posesión de aquellas cosas por medio de una acción llamada interdicto salviano.

Vino en seguida un progreso en la institución. Mediante convenio entre arrendador y arrendatario de un predio rural, el primero quedaba investido de un verdadero derecho real sobre los ganados y utensilios agrícolas del arrendatario, el cual podía hacer efectivo no solo contra este, en caso de no pagar, sino contra toda persona que hubiera adquirido las cosas afectadas al pago. Ese gravamen sobre las cosas acompañaba, pues, a estas en cualquier poder en que se hallaran, y daba lugar a que el acreedor obtuviera su posesión si no se le pagaba la deuda. Esta acción del acreedor para hacerse a la posesión de las cosas gravadas, en caso de no ser pagado, se denominó acción serviana.

Finalmente, aquella institución se generalizó para todas las cosas, cualesquiera que fuesen la naturaleza y el origen del crédito que trataba de garantizarse. El que contraía una deuda podía, por un simple convenio con el acreedor, gravar en garantía del pago una o más cosas de su propiedad, muebles o inmuebles, sin que por el solo hecho del gravamen salieran de su poder. El acreedor adquiría por ese modo sobre las cosas gravadas un derecho real que, en caso de no ser pagado, hacía efectivo por medio de la acción llamada *quasi serviana* o hipotecaria, extensiva a todas las personas que adquirieran las cosas gravadas con posterioridad a la constitución del gravamen.

La acción *quasi serviana* o hipotecaria se dirigía en un principio a obtener la posesión de las cosas gravadas en caso de no pagarse la deuda. El acreedor adquiría entonces la posesión y seguía teniéndola, a manera de prenda, mientras no se le pagara.

Pero aquella situación podía hacerse indefinida, por lo cual vino a establecerse primeramente que por convenio de las partes, al constituirse el gravamen, el acreedor se hiciera dueño de las cosas gravadas en caso de no ser pagado. En seguida se permitió convenir entre acreedor y deudor que en caso de no pago el acreedor pudiera vender las cosas gravadas para pagarse con su precio.

(21) C.C., art. 2432 y ss.

(22) C.C., art. 2409 y ss.

Y últimamente culminó aquel proceso evolutivo estableciéndose que, sin necesidad de convenio expreso entre las partes, el acreedor hipotecario tenía el derecho de vender las cosas gravadas para pagarse con su precio en caso de que llegado el día del pago no se hiciera este.

De ese modo vino a consagrarse en las instituciones jurídicas de Roma el derecho real de hipoteca con los mismos caracteres generales que lo distinguen en el derecho civil moderno, salvo su extensión en cuanto a las cosas susceptibles de él, que era mayor en el derecho romano, pues tenía lugar sobre los bienes muebles e inmuebles, al paso que en el derecho moderno solo tiene lugar sobre los inmuebles.

PARTE QUINTA

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I

De las obligaciones en general

1. NOCIONES GENERALES

La mayor parte de las legislaciones modernas se han inspirado en los principios fundamentales que en el derecho romano rigieron en materia de obligaciones y contratos. No es, por tanto, aventurado decir que es esta la parte más importante en el estudio del derecho romano y la que arroja más proyecciones sobre el derecho civil moderno.

“Es un lugar común referirse a la influencia del derecho romano sobre las normas que gobiernan la materia de obligaciones y las figuras consiguientes. Indudablemente el rigor lógico, la intuición jurídica y la asimilación rápida y aguda de las exigencias prácticas que caracterizaron al pueblo latino se expresan con mayor relevancia y realce en el derecho de obligaciones”⁽¹⁾.

Se encuentra en las Instituciones de Justiniano la siguiente definición atribuida por algunos al jurista Florentino, por otros a Papiniano:

“Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura”.

(1) Hinestrosa Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2^a ed., Bogotá, p. 58.

"La obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de satisfacer o pagar a otro una cosa según el derecho de nuestra ciudad" (Inst., 3, 13).

También aparece en el Digesto esta noción de Paulo:

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat at dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum" (D. 41, 7, 3).

"La esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o responda por alguna cosa".

En ambas definiciones el énfasis está puesto en la responsabilidad (*adstringimur* y *obstringat*) en función de la prestación que se debe (débito). De donde se distingue con claridad la diferencia entre el objeto de la obligación (deber de conducta o prestación) y el objetivo de la misma, es decir, el cumplimiento.

Analizando la definición de las Instituciones se verán las distintas partes o elementos que entran en la composición de este ente jurídico.

a) *Iuris vinculum*. Con esta primera parte se indica el lazo de unión que debe existir entre los dos sujetos que, como veremos en seguida, no pueden faltar en ninguna obligación; y este vínculo o lazo de unión entre los dos ha de ser de carácter puramente jurídico, lo que excluye de la definición otra clase de vínculos que pueden existir entre dos o más personas, tales como los puramente morales.

b) *Quo necessitate adstringimur*. De esta parte de la definición se desprende que sobre toda persona sujeta a una obligación pesa la necesidad de cumplirla, necesidad también de carácter jurídico y que viene a establecer el vínculo de dependencia del deudor hacia el acreedor. De esta necesidad jurídica se desprende que el acreedor debe tener la facultad de constreñir a su deudor al cumplimiento de la obligación, y esta facultad es lo que así en el derecho antiguo como en el moderno se llama acción, entendida esta en sentido sustantivo.

c) *Alicujus solvendae rei*. Con el término *alicujus* se entiende la persona a cuyo favor se constituye el vínculo jurídico, o sea el sujeto activo de dicho vínculo. *Solvendae* significa el hecho de satisfacer el objeto de la obligación, y de ahí el término *solutio* con que en el derecho romano se designaba el pago, y la palabra solución, que el derecho civil moderno emplea también como sinónimo de pago. El vocablo *rei* se halla empleado en la definición en su más amplio sentido. Con él se indica no solamente una cosa corporal, sino todo lo que es susceptible de ser objeto de una obligación.

d) *Secundum nostrae civitatis jura*. En esta parte de la definición se da a entender que las obligaciones en un principio eran sancionadas tan solo por el derecho de los ciudadanos romanos, llamado derecho quiritorio, en contraposición al *ius gentium* o derecho de los ciudadanos, aun cuando más tarde vinieron a generalizarse los principios sobre la materia, extendiéndose a toda clase de personas.

Del anterior análisis resultan los siguientes elementos constitutivos de toda obligación:

1. Un vínculo jurídico entre dos o más personas,
2. Un sujeto activo,
3. Un sujeto pasivo,
4. El objeto, y
5. La acción del acreedor contra el deudor.

Ya hemos dado la noción general del vínculo o lazo de unión entre las personas que entran en la obligación, vínculo que establece la relación de dependencia del deudor respecto del acreedor.

El sujeto activo es la persona o personas a cuyo favor debe satisfacerse el objeto de la obligación. Toda obligación a cargo de una persona supone un derecho correlativo a favor de otra, y la persona en quien reside ese derecho es el sujeto activo del vínculo jurídico. A esa persona se le

daba la denominación de *creditor*, que corresponde a la moderna denominación de acreedor:

“Llámense acreedores a aquellos a quienes por cualquiera causa compete la acción”.

“*Creditores appellantur quibus quamcumque ex causa actio competit*” (Paulo, D. 40, 9, 16, 2).

El sujeto pasivo era quien debía efectuar la prestación a favor del acreedor; era quien debía pagar, y se llamaba en el derecho romano *debtitor*, que corresponde a la denominación de deudor, con que el derecho civil moderno denomina al sujeto pasivo de la obligación.

“Se entiende por deudor aquel a quien se puede exigir lo que se debe”.

“*Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest*” (Modestino, D. 50, 16, 108).

Igualmente solían los romanos comprender bajo la denominación general de *reus*, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo de la obligación, según veremos en el estudio de las obligaciones correales.

Si se contempla la obligación desde el punto de vista del sujeto activo se denomina crédito activo o acreencia; y si se le mira bajo el aspecto del sujeto pasivo, se denominaría crédito pasivo o deuda.

La necesidad de que exista un sujeto activo y un sujeto pasivo determinados entre los cuales se establezca el vínculo jurídico de la obligación hace resaltar la diferencia entre el derecho real y el personal. Según hemos visto, toda obligación a cargo de una persona implica la existencia de un derecho correlativo a favor de otra; pero en este caso, la relación se establece de persona a persona, del acreedor hacia el deudor, mientras que en el derecho real la relación jurídica se establece directamente entre el titular del derecho y la cosa materia de él. No hay, pues, en el derecho real un sujeto pasivo determinado a cuyo cargo se halle el cumplimiento de una obligación.

Puede sentarse la siguiente regla general: todo derecho correlativo a una obligación a cargo de determinada persona, es un derecho personal.

El objeto de la obligación podía consistir en dar alguna cosa transfiriendo el dominio o la posesión de ella, caso en el cual se designaba con el verbo *dare*:

“Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tiene”.

“*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*” (Dig., 50, 1, 54).

O bien, en transferir únicamente la tenencia, y entonces se empleaba el verbo *praestare*; o bien, en ejecutar o no ejecutar un hecho, acción o inacción que se comprendía bajo la denominación general de *facere*, hacer:

“La estipulación puede consistir no solo en cosas sino también en hechos, como si estipulamos que algo será o no será hecho”.

“*Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta ut stipulemur, aliquid fieri vel non fier*” (Inst., 3, 15, 7).

Y, finalmente, comprendiendo el derecho moderno, bajo la denominación común de “dar” (entrega de alguna cosa), sea en propiedad, posesión o tenencia, se ha dicho, siguiendo en lo esencial el concepto del derecho romano, que la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas, con respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores), a dar, hacer o no hacer alguna cosa⁽²⁾.

Hemos visto que en una obligación el acreedor debe estar provisto de la facultad legal de constreñir a su deudor al cumplimiento de aquélla. Esta facultad legal es lo que en sentido sustantivo se denomina acción; y como hemos dicho que el derecho correlativo de una obligación es derecho per-

(2) C.C., arts. 1495, 1498 y 1517.

sonal, se dice en este caso que la acción del acreedor contra el deudor es acción personal, para diferenciarla de la acción real que tiene el titular de un derecho real para hacerlo judicialmente efectivo:

"En la palabra acción también está contenida la persecución".

"Actionis verbo etiam persecutio continetur" (Paulo, D. 50, 16, 34).

Hay, sin embargo, cierta clase de obligaciones, que veremos adelante, en las cuales el acreedor no está provisto de acción para constreñir a su deudor a que las cumpla. Son las obligaciones llamadas naturales, fundadas en un vínculo de pura equidad y que en rigor jurídico no debieran llamarse obligaciones, pero que, produciendo ciertos y determinados efectos entre las partes, se ha convenido en llamarlas así.

2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones, como todas las cosas del mundo, deben tener una causa inmediata y eficiente. Por eso todos los tratadistas, antiguos y modernos, así como las legislaciones civiles positivas, hablan de las fuentes de las obligaciones, es decir, de las causas inmediatas de donde ellas surgen⁽³⁾.

En las Institutas de Gayo se dice que las obligaciones nacen de un contrato, o de un delito (*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*).

En el Digesto, por su parte, se lee:

"Las obligaciones nacen sea de un contrato, sea de un delito, sea de cierto derecho por distintos tipos de causa".

"Obligationes aut ex contracitu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris" (Gayo, D. 44, 7,1).

(3) C.C., art. 1495.

Con lo cual quiere significarse que las obligaciones nacen ya de un contrato, ya de un delito, ya de otras figuras jurídicas semejantes, es decir, de otros actos o hechos que, sin reunir los elementos constitutivos del contrato o del delito, hacían surgir, a semejanza de estos, determinadas obligaciones a cargo de quienes los ejecutaran.

Las constituciones imperiales desenvolvieron y ampliaron esta noción hasta señalar los siguientes fenómenos jurídicos como causa eficiente de las obligaciones civiles:

"Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito".

"Sequens divisio in quator species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio" (Inst., 3, 13).

Con la expresión *ex contractu* se señaló la primera y más importante fuente de las obligaciones: los contratos.

Quasi ex contractu quería decir que había obligaciones nacidas como de un contrato, es decir, de un hecho voluntario, que sin reunir los elementos constitutivos del contrato se asemejaba a este en sus efectos, por cuanto hacía surgir una obligación a cargo del agente. Tal sucedía cuando, por ejemplo, una persona aceptaba voluntariamente una herencia. El acto de la aceptación, que no constituía un contrato, hacía nacer determinadas obligaciones a cargo del aceptante. Tal es la teoría de los cuasicontratos que ha llegado hasta el derecho civil moderno⁽⁴⁾.

Al decir que las obligaciones podían nacer *ex maleficio*, se señalaba el delito como fuente de obligaciones civiles. Y en efecto, así en el derecho antiguo como en el moderno el delito ha producido no solo consecuencias penales, sino también civiles. Es la reparación del daño causado a la víctima del hecho punible.

(4) C.C., art. 2302.

Y finalmente, al hablarse de obligaciones que nacían *quasi ex maleficio*, es decir, como de un delito, se daba a entender que había ciertos actos en los cuales no se reunían los elementos constitutivos del delito, pero que sin embargo se asemejaban a él en sus efectos, por cuanto hacían surgir, a cargo de la persona que causaba un daño a otra, la obligación de repararlo. Tal es la teoría de los cuasidelitos.

Según que las obligaciones nazcan de una u otra fuente de las anteriormente enumeradas, se las denomina *contractuales, cuasicontractuales, delictuales o cuasidelictuales*.

Los modernos expositores agregan una nueva fuente de las obligaciones civiles: la ley. Se dice que la obligación nace de la ley cuando, sin tener su origen en un contrato o cuasicontrato, delito o cuasidelito, es la ley la que de manera directa o inmediata la impone a cargo de ciertas personas y a favor de otras. Esto sucede con las obligaciones entre los padres y los hijos de familia⁽⁵⁾.

El artículo 1494 de nuestro Código Civil consagra, de manera expresa, la anterior clasificación de las fuentes de las obligaciones civiles.

(5) Valencia Restrepo (op. cit., p. 293) señala algunos pasajes del Digesto en los que se contempló la ley como fuente de obligaciones: D. 13, 2, 1; D. 44, 7, 41; D. 44, 7, 52.

CAPÍTULO II

De las distintas clases de obligaciones

1. OBLIGACIONES NATURALES

Hemos visto que uno de los elementos esenciales de las obligaciones civiles es la facultad que debe tener el acreedor para constreñir a su deudor a que cumpla la obligación, facultad que lleva el nombre de acción y que puede ejercitarse ante la autoridad.

Toda obligación civil debe, pues, estar provista de una acción destinada a hacerla judicialmente efectiva. Pero desde el derecho romano se ha conocido cierta clase de vínculos denominados *obligatio naturalis*, en que el acreedor carece de acción, es decir, de la facultad de exigir su cumplimiento. Propiamente y en rigor jurídico no debían llevar tales vínculos el nombre de obligaciones; pero teniendo en cuenta que a pesar de la falta de acción producen ciertos y determinados efectos jurídicos, se ha convenido en llamarlas obligaciones naturales, para distinguirlas de las llamadas obligaciones civiles, en las cuales el acreedor tiene acción para exigir su cumplimiento por parte del deudor. Se dice que las obligaciones puramente naturales obligan al deudor en conciencia y en el terreno de la equidad. Las principales causas generadoras de estas obligaciones fueron las siguientes:

1. Las convenciones o pactos que no alcanzaban a reunir los requisitos que el derecho romano exigía en ciertos casos para que constituyeran un contrato. El deudor quedaba entonces ligado por una obligación puramente natural.
2. Las obligaciones contraídas entre los padres y los hijos de familia entre personas sometidas a una misma patria potestad. Era esta una con-

secuencia de la copropiedad de familia, principio que imperó en el derecho romano.

3. Las obligaciones contraídas por los impúberes en la *major infancia*, sin la *auctoritas* de su tutor.

4. Las obligaciones que se extinguían por la *capitis deminutio* del deudor, desapareciendo como obligaciones civiles quedaban convertidas en obligaciones puramente naturales.

5. El fenómeno jurídico de procedimiento denominado *litis contestatio* extinguía la obligación materia del juicio, para transformarla en otra distinta, según veremos más adelante. Pero si antes de la sentencia se abandonaba el juicio, el deudor quedaba naturalmente obligado con respecto al objeto de la primera obligación.

6. Las obligaciones civiles que se extinguían por el transcurso del tiempo quedaban convertidas en obligaciones naturales.

7. Si el deudor demandado era absuelto por falta de pruebas, quedaba convertida la obligación civil que había sido materia de juicio en una obligación natural.

Los principales efectos jurídicos de las obligaciones naturales eran los siguientes:

1. Si el deudor natural, siendo plenamente capaz, pagaba voluntariamente la deuda, el acreedor gozaba de la *solutio retentio*, es decir, de la facultad de retener lo que se le había pagado voluntariamente, sin que el deudor pudiera, en ese caso, ejercitar la *condictio indebiti*, o sea la acción de pago de lo no debido, puesto que se había pagado lo que en conciencia y en el terreno de la equidad se debía.

"La obligación natural permanece y lo pagado no puede pedirse".

"Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest" (Pomponio, D. 12, 6, 19).

2. La obligación natural podía oponerse en compensación a la obligación civil. Así, pues, si un acreedor natural era a la vez deudor civil con respecto a una misma persona, podía oponerse la acreencia natural en compensación a la deuda civil cuyo pago le fuera exigido.

3. La obligación natural era susceptible de novarse, esto es, de transformarse en otra obligación distinta, y mediante esa transformación podía llegar a convertirse en obligación civil.

4. La obligación natural podía ser garantizada con una seguridad civil accesoria, verbigracia, una hipoteca, una fianza o una prenda.

El Código Civil colombiano ha consagrado de manera expresa la teoría de las obligaciones naturales en sus artículos 1527, 1528 y 1529, siguiendo generalmente los principios del derecho romano sobre la materia.

2. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Los principios en que se funda esta clasificación de las obligaciones fueron conocidos en el derecho romano. Desde entonces se ha dicho que la obligación es divisible cuando su objeto es susceptible de dividirse, ya sea material o intelectualmente, entre varios deudores o a favor de varios acreedores; y es indivisible en el caso contrario, es decir, cuando el objeto por su naturaleza no admite división material ni intelectual⁽⁶⁾. Así, por ejemplo, si el objeto de la obligación es la cantidad de 10.000 sestercios, la obligación es divisible porque ese objeto puede dividirse en partes materiales, y habiendo varios deudores, puede exigirse a cada uno de estos una parte de la cantidad debida.

Pero si el objeto de la obligación es la ejecución o no ejecución de un hecho, por ejemplo, la del arrendador consistente en procurar que el arrendatario, durante el contrato, use y goce tranquilamente la cosa arrendada, la obligación es indivisible porque aquel hecho no puede dividirse en partes materiales ni de cuota, y, por consiguiente, si hay varios arrenda-

(6) C.C., art. 1581 y ss.

dores, todos y cada uno de ellos deben responder de la totalidad del hecho debido.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende, pues, de la naturaleza misma del objeto de ella y no de las estipulaciones de las partes. De aquí se deduce que si el objeto de la obligación se transforma, convirtiéndose de indivisible en divisible, la obligación se transforma igualmente de indivisible en divisible. Así, por ejemplo, si el objeto de la obligación es un hecho determinado, y ese hecho no se ejecuta por culpa del deudor, el objeto de la obligación cambia y viene a ser entonces la indemnización de los perjuicios provenientes de la no ejecución del hecho convenido. Ahora bien, como esa indemnización se traduce en el pago de una cantidad de dinero, es susceptible de dividirse en partes esa cantidad y, por consiguiente, la primera obligación de ejecutar el hecho, que era indivisible, se ha venido a convertir en divisible, por causa de la transformación del objeto de ella. Y si eran varios los deudores del hecho prometido, podía exigírsele a cada uno de ellos la ejecución total del hecho, puesto que este era indivisible; pero no podía exigírsele a cada uno sino la parte que le correspondía en la suma de dinero equivalente a los perjuicios por la no ejecución culpable del hecho.

Como regla general puede decirse que si el objeto de la obligación consiste en una cosa material, aquella es divisible por cuanto las cosas materiales son susceptibles de división, ya en porciones materiales, ya en cuotas pro indiviso. Pero si el objeto de la obligación no consiste en la entrega de una cosa, sino en la ejecución o no ejecución de un hecho, la obligación es indivisible porque generalmente ese hecho no puede dividirse en porciones materiales, ni en cuotas partes pro indiviso. Así, por ejemplo, una de las obligaciones del vendedor, según tendremos ocasión de verlo, es la de defender al comprador, en cualquier acción judicial que tienda a privarlo de la posesión de la cosa, por causa anterior a la venta. Si hay varios vendedores, esa obligación de hacer es indivisible entre ellos, porque el hecho no puede dividirse, y, por consiguiente, puede exigirse la totalidad de su cumplimiento a todos y a cada uno de los deudores (vendedores).

Esta clasificación de las obligaciones tiene, como se ve, su importancia principal, para el caso en que haya pluralidad de deudores o de acreedores. Porque si la obligación es divisible y hay pluralidad de deudores,

no podrá exigirse a cada uno de estos sino la parte que le corresponda en el objeto de la obligación; y a su turno, si hay varios acreedores, no podrá cobrar cada uno de estos sino su parte en la deuda. Pero si la obligación es indivisible podrá exigirse a todos y a cada uno de los deudores el total cumplimiento de ella, y a su vez, cada uno de los acreedores podrá exigir la totalidad del objeto.

3. OBLIGACIONES ACUMULATIVAS, ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

La obligación acumulativa era aquella que tenía varios objetos distintos, exigibles todos a la vez, por ejemplo, el esclavo A, el fundo B y 10.000 sestercios. El acreedor podía exigir todos y cada uno de los objetos de la obligación, y mientras no se pagaran todos, la obligación no se entendía debidamente cumplida.

Era obligación alternativa aquella que tenía varios objetos distintos, pero de los cuales no se podía pedir sino uno solo, a elección del deudor o del acreedor⁽⁷⁾. Los términos indicativos de los objetos se hallaban gramaticalmente unidos por la conjunción *aut* (o), o cualquiera otra equivalente, con lo cual se expresaba el carácter alternativo de la obligación. Por ejemplo, si esta nacía de una estipulación se decía: *Equus aut decem aureos dare spondes?* (Prometes darmel un caballo o diez monedas de plata?).

La elección del objeto correspondía al deudor, pero podía convenirse que fuera hecha por el acreedor. Antes de hacerse la elección por el deudor o por el acreedor, todos los objetos eran materia de la obligación. De aquí se desprende que si la elección correspondía al deudor y llegaba a percibir por caso fortuito alguno de los objetos alternativamente debidos, la obligación se extinguía respecto del objeto perdido, pero subsistía respecto de los otros, puesto que el deudor podía en este caso circunscribir su elección únicamente a los objetos restantes y elegir uno de ellos, del mismo modo que lo hubiera hecho si el objeto de que hablamos no hubiera percibido. Pero si la elección pertenecía al acreedor, era preciso distinguir: pere-

(7) C.C., art. 1566 y ss.

ciendo uno de los objetos sin culpa del deudor, subsistía la obligación únicamente respecto de los objetos restantes; pero si perecía por culpa o dolo del deudor, el acreedor podía hacer su elección entre la indemnización de perjuicios por pérdida del objeto, o uno de los objetos restantes.

Era obligación facultativa aquella que tenía por objeto uno determinado, pero en que el deudor se reservaba la facultad de pagar con otro distinto⁽⁸⁾.

Existen diferencias esenciales entre la obligación alternativa y la facultativa. Dichas diferencias son las siguientes:

1. En la obligación alternativa todos y cada uno de sus objetos se hallan afectos a ella mientras no se haga la elección por el deudor o por el acreedor. En la obligación facultativa, el objeto propio de ella es el principalmente debido, no aquel con que el deudor se ha reservado la facultad de pagar. Se decía que en la obligación alternativa todos los objetos se hallaban *in obligatione*, al paso que en la obligación facultativa no se hallaba *in obligatione* sino el objeto principalmente debido. Aquel con que el deudor se reservaba la facultad de pagar, si así lo quería, no se hallaba sino *in facultate solutionis*. El acreedor, tratándose de una obligación facultativa, no podía, pues, en ningún caso, pedir uno cualquiera de los dos objetos, sino únicamente el que era objeto propio y directo de la obligación.
2. Si en la obligación alternativa perecía por caso fortuito antes de la elección uno de los objetos debidos, la obligación subsistía sobre los objetos restantes. Al paso que en la obligación facultativa, si el objeto perecía, en términos que el deudor quedaba libre, la obligación no podía subsistir respecto del objeto con que el deudor se había reservado la facultad de pagar, puesto que la obligación había quedado extinguida en su objeto propio.
3. Si la obligación alternativa era nula por imposibilidad u otro defecto inherente a uno de sus objetos, no por eso era nula respecto de los demás, puesto que todos se hallaban *in obligatione*. Pero si la obligación

(8) C.C., art. 1562 y ss.

facultativa era nula por defecto o vicio de su objeto propio, no podía subsistir como válida respecto del objeto que solo se hallaba *in facultate solutionis*, aun cuando ese objeto no participara del vicio, puesto que no pudiendo subsistir la obligación en su objeto propio, tampoco podía existir la facultad de pagar con otro.

4. OBLIGACIONES CORREALES

a) *Definición.* Según hemos visto, cuando hay pluralidad de acreedores o de deudores y el objeto de la obligación es divisible materialmente o por cuotas, cada uno de los deudores no es obligado sino a la parte que le corresponde en la deuda, y cada uno de los acreedores no puede exigir a su vez sino la parte que le corresponde en el crédito. Pero la voluntad de las partes podía estipular lo contrario, es decir, que aun cuando el objeto fuera por su naturaleza divisible, a cada deudor podía exigírsele la totalidad de él, y cada acreedor, si había varios, podía exigirlo en su totalidad.

“De este modo en tales obligaciones la cosa estipulada se debe en su totalidad a cada uno de los estipulantes, o en su totalidad por cada uno de los prometientes”.

“Ex huius modi obligationibus, et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur” (Inst., 3, 16, 1).

A esta clase de obligaciones se dio en el derecho romano el nombre de obligaciones correales, y de ellas trataremos en seguida.

La palabra correal viene de *correus*, término este con que los juristas solían designar en general los sujetos activos y pasivos de esta clase de obligaciones. Vimos al principio que en el derecho romano solía comprenderse bajo la denominación general de *reus* el sujeto activo o pasivo de la obligación. De ahí vino la palabra *correus*, para designar los sujetos, activos o pasivos del vínculo jurídico, cuando existiendo en número plural se hallaban ligados por la correalidad.

La correalidad se dividía en activa y pasiva. Había correalidad activa cuando existían varios acreedores correales en presencia de un deudor

común. Había correabilidad pasiva en el caso contrario: varios deudores correales en presencia de un acreedor común:

"Dos o varias personas pueden ser partes conjuntamente en la estipulación y en la promesa".

"Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt" (Inst., 3, 16).

En el derecho romano existía diferencia entre obligaciones correales y obligaciones solidarias, aun cuando sus efectos eran en un todo semejantes. Desde ahora podemos decir que en nuestro derecho civil no se establece diferencia alguna entre correabilidad y solidaridad de las obligaciones, o más bien que las obligaciones solidarias de que trata el Código Civil tienen su verdadero origen en las obligaciones correales del derecho romano y se inspiran en los mismos principios generales que sirvieron de fundamento a estas últimas.

5. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Según dijimos al principio, en el derecho romano no eran exactamente iguales las obligaciones correales y las obligaciones solidarias, aun cuando producían efectos en un todo análogos.

Los jurisconsultos romanos llamaban obligaciones solidarias a un conjunto de obligaciones en que cada una tenía un objeto consistente en dinero o cosas fungibles igual al de las otras y en que una vez satisfecho ese objeto por uno cualquiera de los codeudores quedaba extinguida la obligación para todos los demás. El acreedor a su vez podía exigir el cumplimiento a uno cualquiera de los deudores solidarios.

Entre la solidaridad y la correabilidad existían en el derecho romano varias diferencias, de las cuales las principales son:

1. La correabilidad nacía siempre de la voluntad de las partes; tenía origen directo en los contratos. La solidaridad no nacía de contrato, sino de otros actos y en virtud de la ley.

2. La correabilidad podía presentarse, según hemos visto, en forma activa o pasiva, al paso que la solidaridad solamente existía en forma pasiva; no había acreedores sino deudores solidarios.

3. En la correabilidad no había sino un solo objeto que era común a todos los sujetos activos o pasivos. En la solidaridad cada obligación tenía su objeto propio, aun cuando igual a los otros; y si en caso de pago por uno de los deudores se extinguía la deuda para los otros, no era por la unidad del objeto, sino porque el acreedor solo tenía derecho de exigir uno de los objetos de la obligación solidaria, considerándose que si los hubiera podido exigir todos, se habría enriquecido injustamente en daño de otros.

Las obligaciones solidarias nacían principalmente de los delitos o cuasidelitos cometidos conjuntamente por varias personas.

Podían también nacer de un cuasicontrato del cual resultara pluralidad de deudores, y de ciertos actos de administración de bienes ajenos realizados conjuntamente por varias personas, por ejemplo, la administración de varios tutores o curadores respecto de los bienes de los incapaces.

Nuestro derecho civil ha borrado toda diferencia entre obligaciones correales y obligaciones solidarias, y bajo esta última denominación las reglamenta todas, siguiendo los principios generales del derecho romano sobre obligaciones correales, y haciéndolas surgir, ya de los contratos, ya del testamento o de la ley⁽⁹⁾.

(9) C.C., art. 1568 y ss.

CAPÍTULO III

Obligaciones accesorias

1. DEFINICIÓN

Las obligaciones accesorias, como su propio nombre lo indica, eran aquellas que accedían a otra obligación llamada principal. De tal suerte que no podían existir sino al lado de esta última, y podían presentarse en forma activa o pasiva. De ahí que hubiera en el derecho romano acreencias accesorias y deudas de la misma clase. Trataremos separadamente de unas y de otras.

2. ACRENCIAS ACCESORIAS

Nacían estas acreencias de una estipulación accesoria a la que se daba el nombre de *adstipulatio*. Una vez que el acreedor principal hubiera hecho la pregunta correspondiente a la estipulación, y el deudor hubiera contestado afirmativamente, el acreedor accesorio preguntaba: *idem dare spondes?* Y mediante la respuesta afirmativa del deudor quedaba formada la acreencia accesoria. El acreedor accesorio se denominaba *adstipulator*.

El *adstipulator* era, pues, un acreedor accesorio que en calidad de mandatario del acreedor principal estipulaba a su favor el mismo objeto de la acreencia principal.

3. CARÁCTERES ESENCIALES DE LA "ADSTIPULATIO"

La *adstipulatio* presentaba tres caracteres esenciales, a saber:

1. El *adstipulator* era un verdadero acreedor del mismo objeto de la acreencia principal. Por consiguiente, tenía acción para exigir el cumpli-

miento de la obligación tanto como el acreedor principal, y el pago que hiciera el deudor al *adstipulator* extinguía tanto la acreencia principal como la acreencia accesoria, puesto que el objeto era uno mismo para ambas.

2. El *adstipulator* era un acreedor accesorio; por consiguiente, si se extinguía la acreencia principal quedaba extinguida por el mismo hecho la accesoria, o sea el crédito del *adstipulator*, pero no al contrario; la extinción de la acreencia accesoria no siempre producía la de la acreencia principal. Tal efecto no se producía en ambas acreencias sino cuando provenía del objeto mismo de ellas, mas no cuando provenía de una causa inherente a la persona del acreedor accesorio.

Del carácter accesorio de la *adstipulatio* se deducía también que el *adstipulator* no podía estipular a su favor más de lo que había estipulado el acreedor principal, ni podía estipular en términos más gravosos para el deudor. Por ejemplo, si la estipulación principal había sido a plazo o bajo condición, la accesoria no podía ser pura y simple; tenía que someterse al mismo plazo o a la misma condición.

Pero podía el *adstipulator* estipular menos o en condiciones menos gravosas que el acreedor principal. Por ejemplo, si la acreencia principal era de 20, o pura y simple, la accesoria podía ser de 15, o estar sujeta a plazo o condición.

Del mismo carácter accesorio de la *adstipulatio* se deducía que si la acreencia principal era nula, no podía existir la accesoria, pero al contrario, la nulidad de la acreencia accesoria no producía la de la acreencia principal sino cuando emanaba del objeto mismo de las dos acreencias, mas no cuando decía relación tan solo a la persona del *adstipulator*, por ejemplo, la incapacidad personal de este.

3. El *adstipulator* era considerado como un mandatario del acreedor principal; por consiguiente, debía rendirle cuentas y entregarle lo que hubiera recibido en virtud de la acreencia.

La *Lex Aquilia* hizo extensiva la acción llamada *actio legis Aquiliae* para obligar en este caso al *adstipulator* a que entregara al acreedor principal lo que había recibido en pago de la acreencia, y aún estableció san-

ciones penales contra el *adstipulator* que se negara a ello. Pero cuando el *mandato* se elevó a la categoría de contrato, el acreedor principal podía ejercitar contra el *adstipulator* la acción *mandati directa*, para obligarlo a entregarle el objeto de la acreencia satisfecha.

Fuera de estos caracteres, presentaba la *adstipulatio* o estipulación accesoria otros caracteres distintivos que la diferenciaban de otras acreencias, a saber:

1. El crédito del *adstipulator* no era transmisible a los herederos de éste;

2. El esclavo no podía ser en ningún caso *adstipulator*, a pesar de que podía ser acreedor principal en beneficio del amo, y

3. El hijo de familia podía ser *adstipulator*, pero los efectos de la *adstipulatio* se fijaban en su propia persona y no en la del jefe de familia, aun cuando no podía cobrar la acreencia sino cuando fuera *sui iuris*, sin haber sufrido *capitis deminutio*.

Ciertos principios dominantes en el derecho romano hacían prácticamente útil la *adstipulatio* y la acreencia accesoria que de ella nacía. Podía servir en el caso de que el deudor principal se ausentara del lugar en que debía cumplirse la obligación, pues entonces podía hacer el cobro el acreedor accesorio.

Como en el derecho romano no se admitió en un principio la representación judicial, el *adstipulator* podía suplir aquella deficiencia cobrando como tal el crédito, y entendiéndose luego con el acreedor principal. Por último, por medio de la *adstipulatio*, el acreedor principal podía conseguir que la acreencia llegara a aprovechar después de su muerte a sus herederos, pues si bien no eran admitidas las estipulaciones para después de la muerte del estipulante o acreedor, no era, en cambio, prohibido que un acreedor accesorio estipulara a su favor, pero para después de la muerte del acreedor principal; y entonces, una vez llegada esa muerte, el *adstipulator* cobraba la acreencia y entregaba su objeto a los herederos del acreedor principal.

La evolución de los principios en el derecho civil moderno ha hecho de poca concurrencia las acreencias o créditos activos accesorios, pues su utilidad práctica es casi ninguna. En cambio, el desarrollo del crédito, que ha venido con el ensanche de los negocios, ha hecho de grande utilidad práctica las deudas accesorias o de garantía, de que nos ocupamos enseguida.

4. DEUDAS ACCESORIAS DE LA "INTERCESSIO" EN GENERAL

En el derecho romano se conoció con el nombre de *intercessio* la intervención de una persona en una relación jurídica determinada para obligarse en lugar del deudor o al lado de éste. De ahí que algunos expositores dividen la *intercessio* en privativa y acumulativa. Privativa se denomina cuando el intercedente excluye al deudor y ocupa su lugar. Acumulativa, cuando el intercedente viene a obligarse al lado del deudor sin excluirlo.

En la *intercessio* acumulativa, el intercedente puede obligarse de manera principal o accesoria. Se obliga de manera principal en las obligaciones correales, de que ya hemos hablado. Se obliga de manera accesoria en las deudas accesorias, de que vamos a tratar en seguida y que son el origen de lo que en el derecho civil moderno se designa con el nombre de cauciones personales, o deudas accesorias de garantía personal.

De la "adpromissio". Bajo la denominación general de *adpromissio* se designaba en el derecho romano toda promesa hecha en un contrato *verbis* destinada a constituir una deuda u obligación personal accesoria. Era el término correlativo de *adstipulatio* que, como hemos visto, era la estipulación accesoria *verbis* por medio de la cual se creaba la acreencia accesoria.

La *adpromissio* revistió tres formas jurídicas sucesivas durante la evolución del derecho romano. En los primeros tiempos se constituía por medio de la forma primitiva del contrato *verbis* denominado *sponsio*, y el que se obligaba accesoriamente en esa forma se denominaba *sponsor* accesorio.

Aquella forma primitiva no era accesible sino a los ciudadanos romanos, por lo cual fue creada otra forma *verbis* de *adpromissio* accesible a otras personas, que se denominó *fidepromissio*.

Finalmente, en el siglo VII de Roma se estableció una forma más amplia de constitución de las obligaciones personales accesorias, a la cual se dio el nombre de *fidejussio*, que no fue otra cosa que el origen de la moderna institución de la fianza.

5. REGLAS COMUNES A LA "SPONSIO" ACCESORIA Y A LA "FIDE PROMISSIO"

Aquellas dos formas primitivas de constitución de la deuda accesoria se hallaban sujetas a ciertos principios que someramente expondremos.

La *sponsio* accesoria y la *fidepromissio* no podían tener origen sino en un contrato *verbis*. Ni la una ni la otra daban lugar a obligaciones transmisibles a los herederos. El *sponsor* y el *fidepromissor* eran verdaderos deudores personales; pero eran deudores accesorios y se consideraban como mandatarios del deudor principal. De aquí se deducen las siguientes consecuencias:

1. El acreedor tenía acción directa contra el *sponsor* accesorio o el *fidepromissor* para exigirle el pago de la deuda, aun prescindiendo del deudor principal; si el deudor accesorio pagaba, quedaban extinguidas tanto la obligación principal como la accesoria, pues siendo uno mismo el objeto de ambas, al cancelarse este se extinguían aquellas.

2. Puesto que el *sponsor* y el *fidepromissor* eran deudores accesorios, no podían obligarse a cosa distinta ni a más de aquello a que se había obligado el deudor principal, pero podían obligarse a menos, ya que la parte se halla comprendida en el todo.

"En lo que es más siempre está lo menos".

"In eo quod plus sit semper inest et minus" (Dig., 50, 17, 110).

De la misma manera, ni el *sponsor* ni el *fidepromissor* podían obligarse en términos más gravosos que aquellos en que se había obligado el deudor principal, pero podían obligarse en términos menos gravosos.

“No puede haber más en lo accesorio que en el objeto principal”.

“*Nec plus in accessione esse potest quam in principali re*” (Gayo, 3, 113).

3. Puesto que el *sponsor* y el *fidepromissor* no eran sino deudores de garantía que se obligaban en interés del deudor principal para prestarle un servicio encaminado a la realización de determinado negocio que solo a dicho deudor aprovechaba, y puesto que los deudores accesorios de que venimos hablando llegaron a ser considerados como mandatarios del deudor principal, si llegaban a pagar la deuda debían tener alguna acción para hacerse reembolsar del deudor principal lo que por este habían pagado.

La Ley Publilia, estableció el procedimiento ejecutivo de la *manus injectio* contra el deudor principal que se denegara a reembolsar al deudor accesorio lo que este había pagado por aquel en cumplimiento de la obligación accesoria.

Y por último, cuando se reconoció la existencia del contrato de mandato, el *sponsor* y el *fidepromissor*, considerados como mandatarios del deudor principal, tenían la acción *mandati contraria*, o sea la del mandatario contra el mandante, en el caso de que llegaran a pagar la deuda en cumplimiento de la obligación accesoria.

Una serie de leyes posteriormente exageraron los beneficios de los deudores accesorios hasta el punto de desprestigiar aquellas dos formas primitivas de obligaciones accesorias, de que acabamos de hablar. Por otra parte, la estrechez del radio de aplicación de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, que no podían garantizar sino obligaciones nacidas de contratos *verbis*, hizo sentir la necesidad de crear una forma más amplia de obligaciones accesorias que estuviera de acuerdo con los progresos del derecho y con el ensanche de los negocios en la vida económica.

Así fue como, además de aquellas dos primitivas formas de obligación accesoria, se instituyó una nueva conocida con el nombre de *fideiussio*, que fue la institución de la *fianza*⁽¹⁰⁾ en el derecho romano y la figura principal de deuda accesoria bajo el derecho de Justiniano.

(10) C.C., art. 2361 y ss.

6. DE LA “FIDEIUSSIO” EN EL DERECHO ROMANO

La *fideiussio* o fianza era una obligación accesoria destinada a garantizar una obligación principal. Se creaba generalmente con la siguiente fórmula: *Idem fideiubus?: fideiubeo*.

“El que se obliga a nombre de otro se llama fiador”.

“*Qui alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur*” (Gayo, D. 44, 7, 1, 8).

Ahora bien, su aplicación no estaba limitada a las obligaciones nacidas del *contrato verbis*, pues podía garantizarse con la *fideiussio* toda clase de obligaciones, nacidas de cualquier contrato, y no solamente obligaciones civiles, sino aun obligaciones puramente naturales, por ejemplo, la del impúber en la *major infantia* contraída sin la *auctoritas* del tutor. En este caso la obligación principal era puramente natural, al paso que la obligación accesoria de la *fideiussio* o fianza, que garantizaba aquella, podía tener calidad de obligación civil.

Este principio impera en nuestra legislación, ya que nuestro Código Civil permite garantizar con fianza las obligaciones puramente naturales⁽¹¹⁾.

La *fidejussio* no estaba limitada a los ciudadanos romanos, sino que también era accesible a otras personas, y a diferencia de las dos primitivas formas de la obligación accesoria, la obligación nacida de la *fideiussio* se transmitía a los herederos del *fideiussor*.

7. CARACTERES ESENCIALES DE LA “FIDEIUSSIO”

De la misma definición que hemos dado se desprenden los siguientes caracteres esenciales de esta obligación accesoria:

(11) C.C., art. 2364.

1. Siendo una obligación accesoria, la *fideiussio* no podía subsistir sino mediante la coexistencia de la obligación principal. Por consiguiente, si la obligación principal era nula o llegaba a extinguirse, no podía existir la obligación accesoria:

"Liberado el deudor principal, en consecuencia también se desliga el fiador".

"Debitore liberato per consequentias fideiussor quoque dimititur"
(Papiniano, D. 4, 3, 19).

Pero de que la obligación accesoria fuera nula o llegara a extinguirse no se seguía necesariamente y siempre la nulidad o extinción de la obligación principal.

Otra consecuencia de este mismo carácter accesorio de la fianza era el hecho de que no podía existir antes que hubiera nacido la obligación principal. Y si bien era permitido garantizar con fianza una obligación futura, la obligación accesoria no se consideraba existente sino desde el momento en que naciera la obligación principal.

2. Era de la esencia de la *fidejussio* o fianza la unidad o identidad del objeto de las dos obligaciones, principal y accesoria. De aquí se deduce que el fiador no podía obligarse como tal a cosa distinta de lo que constitúa el objeto de la obligación principal. Tampoco podía obligarse como fiador a más de aquello a que se había obligado el deudor principal. Y si se obligaba a más, la fianza era nula como tal, no solamente en el exceso sino en la totalidad del objeto de la obligación accesoria:

"Los fiadores no pueden obligarse de manera que deban más que aquel por quien se obligan".

"Fideiussores ita obligari non possunt ut plus debeant queam debet is pro quo obligantur" (Inst., 3, 20, 5).

El fiador no podía obligarse en forma más gravosa que el deudor principal, verbigracia, obligándose pura y simplemente cuando la obligación principal era a plazo o bajo condición, pero podía, al contrario, obligar-

se en términos menos gravosos, por ejemplo, a término o bajo condición, cuando la obligación principal era pura y simple.

Sin embargo, vemos como excepción a este principio la posibilidad de garantizarse con fianza civil una obligación puramente natural, pues entonces el fiador quedaba más eficazmente ligado que el deudor principal, toda vez que contra este, siendo deudor natural, no existía acción, al paso que sí la había contra el fiador como deudor civil que era.

8. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EL ACREDOR Y EL FIADOR

El fiador era, respecto del acreedor, un verdadero deudor personal. De esta suerte, el acreedor podía exigirle el pago de la deuda, una vez que esta fuera exigible y sin que en un principio tuviera para ello necesidad de cobrarle primeramente al deudor principal.

Asimismo, el pago que hiciera el fiador libertaba al deudor principal, como consecuencia de la unidad de objeto en la deuda principal y en la accesoria.

Según puede verse, el fiador que, como hemos dicho, no era sino un deudor de garantía, que por tal concepto le había prestado un servicio al deudor principal, se hallaba en una situación jurídica desventajosa, viéndose expuesto a ser demandado directamente por el acreedor sin necesidad de tocar previamente con el deudor principal.

De allí la necesidad de que se establecieran ciertos beneficios a favor del fiador, tendientes a mejorar aquella situación desfavorable y a armonizar su calidad de deudor personal con la de deudor accesorio de simple garantía. De tales beneficios nos ocuparemos en seguida.

9. BENÉFICO DE ORDEN O EXCUSIÓN: SU ORIGEN Y DESARROLLO

Para mejorar la situación jurídica de los fiadores, se ideó primeramente una forma especial de mandato: el fiador que era demandado directa-

mente por el acreedor, sin haber contado primero con el deudor principal, confería una especie de mandato al acreedor para que en virtud de él procediera a demandar al deudor principal, comprometiéndose a pagar todo lo que no pudiera obtener de este; y en virtud de ese mandato el acreedor debía dirigirse primero contra el deudor principal, y solamente después que mediante esa demanda no pudiera obtener el pago de su acreencia, o solo una parte hubiera obtenido, podía demandar al fiador con la acción *mandati contraria*, por virtud del mandato en que el fiador, mandante, se había obligado a responder de cuanto no se pudiera obtener del deudor principal.

Más tarde se estableció una forma especialísima de fianza a la que se le dio el nombre *defideiussio indemnitatis*. Consistía en que el fiador no se obligaba en términos comunes y ordinarios, sino limitando su responsabilidad a todo aquello que el acreedor no pudiera obtener del deudor principal, una vez que aquel le exigiera el pago de la deuda. De esta suerte, en esta clase de fianza el acreedor debía primero exigir al deudor el pago de la deuda, pues solamente en lo que no fuera satisfecha por el deudor principal respondía el fiador. La obligación del fiador era en este caso subsidiaria y condicional, consistiendo la condición en que el deudor principal no pagara o pagara solo en parte.

Aquellos dos beneficios establecidos en favor del fiador presentaban el inconveniente de que para producir sus efectos necesitaban el consentimiento expreso del acreedor y no favorecían de pleno derecho a la generalidad de los fiadores; era necesario establecer un beneficio general para toda clase de fiadores y que no necesitara un convenio especial con el acreedor para que produjera sus efectos.

Así fue como en el año 539 se estableció por la Novela 4 de Justiniano lo que se ha llamado beneficio de orden o excusión, en cuya virtud el fiador demandado directamente por el acreedor tiene derecho a exigir que se persigan primero los bienes del deudor principal, y solamente en caso de que no existan tales bienes o sean insuficientes para el pago debe responder el fiador, ya por la totalidad de la deuda, si nada se ha obtenido del deudor principal, ya por la parte insoluta, si solo en parte se ha obtenido el pago de éste. Es el mismo beneficio de orden o excusión que con este

nombre se halla consagrado en el Código Civil colombiano en favor del fiador demandado⁽¹²⁾.

"El fiador no puede ser demandado antes que el deudor principal".

"*Fideiussor antequam reus debeat, conveniri non potest*" (Scaevola, D. 46, 1, 57).

10. BENEFICIO DE DIVISIÓN

Este beneficio no tenía lugar sino cuando había pluralidad de fiadores. En principio cada uno de los fiadores debía responder por la totalidad del objeto de la obligación. Pero por un decreto del emperador Adriano, que se conoce con el nombre de *Epistola Adriani*, se instituyó que el fiador perseguido tenía derecho a exigir que la deuda se dividiera con los demás fiadores solventes, a cuyo efecto tenía que probar la solvencia de los demás fiadores respecto de los cuales exigía la división.

El mismo beneficio se halla consagrado en nuestro derecho civil, siempre que los fiadores no se hayan obligado solidariamente⁽¹³⁾.

11. RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR PRINCIPAL

Para establecer estas relaciones, es preciso no perder de vista que el fiador no reportaba provecho personal del objeto de la obligación. No hacía sino prestarle un servicio al deudor principal sirviéndole de garantía para el cumplimiento de su obligación y facilitándole de esa manera la realización del respectivo negocio. Pero tampoco hay que creer que en su ánimo estaba hacer una donación al deudor principal en el caso de que llegara a pagar la deuda.

El fiador había puesto su confianza en el deudor principal, y si este no quería o no podía corresponder a ella, viéndose el fiador obligado a satis-

(12) C.C., art. 2383 y ss.

(13) C.C., art. 2392.

facer la deuda, debía tener algún recurso contra el deudor principal para reembolsarse de lo pagado, pues de lo contrario este último se habría enriquecido injustamente en detrimento de quien solo había querido prestarle un servicio.

De aquí que desde el derecho romano se hayan establecido recursos determinados en favor del fiador y contra el deudor principal, para el caso de que aquel llegue a satisfacer el objeto de la obligación. Y a este respecto es necesario contemplar tres hipótesis distintas:

1. Si el fiador se obligó por exigencia del deudor principal, se consideraba como mandatario de este y podía dirigirse contra el deudor principal pidiendo el reembolso de lo pagado mediante la acción *mandati contraria*, esto es, la del mandatario contra el mandante para el reembolso de lo que aquel haya pagado o gastado en ejercicio del mandato.

2. Si el fiador se había obligado sin consentimiento, pero no contra la voluntad del deudor principal, se le consideraba como *gestor oficioso de negocios ajenos*, en virtud del acto llamado *negotiorum gestio*, que más adelante estudiaremos; y en este caso si el fiador llegaba a pagar la deuda podía ejercitarse contra el deudor principal la acción *negotiorum gestorum contraria*, o sea la del gestor oficioso de los negocios contra el dueño de los bienes, para el reembolso de lo que hubiera pagado en cumplimiento de la gestión, dentro de la cual quedaba comprendido el otorgamiento de la fianza y el pago que tuviera que hacer de la deuda respectiva.

3. Si el fiador se había obligado contra la oposición del deudor principal, prevalecía entre los jurisconsultos romanos la tesis de que no tenía acción ninguna contra el deudor principal en caso de que llegara a pagar la deuda.

En nuestro derecho civil se han ampliado estos principios en beneficio del fiador que llega a pagar la deuda, pues en tal caso no tiene necesidad de probar más que la exigencia o la constitución de la fianza y el pago que en virtud de ella haya efectuado, para que de pleno derecho tenga acción contra el deudor principal para el reembolso de lo pagado, con intereses y gastos.

12. RELACIONES DEL FIADOR QUE PAGA, CON LOS DEMÁS FIADORES

En derecho estricto, el fiador que pagaba la deuda no tenía nada que ver con los demás fiadores, si los había. Pero en favor de la equidad, llegó a instituirse para este caso otro beneficio conocido con el nombre de *cesión de acciones*, y que tenía lugar del modo siguiente: el fiador reconvenido para el pago podía negarse a satisfacer la deuda mientras el acreedor no le cediera sus acciones contra el deudor principal y los demás fiadores; y si el acreedor se negaba a ello, el fiador reconvenido le oponía la excepción de dolo, la cual, si llegaba a triunfar, producía la absolución del demandado.

De esta manera el acreedor se veía obligado a ceder al fiador reconvenido sus acciones contra el deudor principal y los demás fiadores, a fin de poder obtener el pretendido pago del fiador a quien se lo exigía. Pero como se objetara que una vez hecho el pago por el fiador reconvenido se extinguía el crédito con sus acciones, y, de consiguiente, no quedaba ya qué ceder al fiador que había pagado, se le dio a aquella operación la forma de una *venta* del crédito hecha por el acreedor al fiador reconvenido, y en este caso lo que este último le pagaba al acreedor se hacía figurar como el precio de la venta del crédito. De esa manera podía pasar el crédito, sin extinguirse, del acreedor al fiador que en esa forma le pagaba.

Por medio de la cesión de acciones del acreedor al fiador que le pagaba la deuda, adquiría este último una doble ventaja: podía dirigirse contra los demás fiadores, si los había, o contra el deudor principal, en persecución del crédito que había adquirido con todos sus accesorios y seguridades, sin que para ello tuviera necesidad de probar otra cosa que la existencia del crédito originario y la cesión que de él le había hecho el acreedor.

En nuestro derecho civil no es necesaria esta cesión expresa de las acciones del acreedor al fiador que le paga la deuda, para que este último pueda demandar al deudor principal y a los demás fiadores, si los hay. En virtud del fenómeno jurídico llamado subrogación, el fiador que paga la deuda queda subrogado de pleno derecho en el crédito contra el deudor principal, con todos sus privilegios y seguridades, tales como fianzas, hipotecas y prendas; y en virtud de esa subrogación legal adquiere *ipso jure*

todos los derechos y acciones del acreedor contra el deudor principal y los demás deudores accesarios, si los hay, para obtener el pago de la acreencia⁽¹⁴⁾.

13. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Es necesario no olvidar que *el fideiussor* o fiador era un deudor personal, pero un deudor accesorio. De ahí que desde el derecho romano la fianza pueda extinguirse de dos maneras: directamente, o como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Como obligación civil que era la proveniente de la *fidejussio* o fianza, se extinguía de manera directa por todos los medios que extinguían las obligaciones, de que más adelante trataremos. Así, pues, la obligación del fiador podía extinguirse directamente por pago, compensación, novación, confusión, etc. Pero al mismo tiempo se extinguía por vía de consecuencia, como se dice en el derecho civil moderno, cuandoquiera que la obligación principal llegara a desaparecer, puesto que siendo la fianza una obligación accesoria y no pudiendo, por tanto, existir sino al lado de una obligación principal, si esta última llegaba a extinguirse, no quedaba materia a la cual pudiera acceder la obligación del fiador.

Se puede sentar sobre la materia de que tratamos la siguiente regla general: si la obligación principal se extinguía, la fianza quedaba extinguida junto con aquella; pero no al contrario: si la obligación accesoria de fianza se extinguía de manera directa, no se producía con ello la extinción de la obligación principal sino cuando el hecho extintivo de la fianza decía relación al objeto mismo del vínculo jurídico, y no solamente a la persona del fiador. Así, por ejemplo, si la extinción de la deuda se debía al pago que hiciera el fiador o a otro hecho equivalente, se extinguía al mismo tiempo la obligación principal; pero si la fianza se extinguía porque el acreedor principal celebraba un pacto de *non petendo* con la persona del fiador, y nada más que con ella, o si el fiador sufría una *capitis deminutio* que extinguiera toda obligación en su persona, no podía seguirse de allí la extinción de la obligación principal. Era una consecuencia de la unidad de ob-

jeto y de la pluralidad de vínculos jurídicos respecto del acreedor con el deudor principal y con el fiador.

14. OTRAS FORMAS DE DEUDA ACCESORIA

Fuera de las que hemos examinado, se conocieron en el derecho romano otras dos modalidades de deuda personal accesoria; tales fueron el pacto de *constituto* de deuda ajena y el *mandatum pecuniae credendae*.

El *constituto* de deuda ajena era un pacto por medio del cual una persona intervenía en una obligación personal preexistente entre dos personas, para sustituir al deudor o para garantizar la deuda contraída por este último. En este último caso era cuando el *constituto* de deuda ajena tenía el verdadero carácter de una deuda accesoria de garantía que producía casi los mismos efectos de la fianza, pero que por algunos aspectos le aventajaba, como vamos a verlo.

El pacto de *constituto* de deuda ajena se perfeccionaba por el solo consentimiento de las partes. No necesitaba formalidad alguna externa ni palabras solemnes para perfeccionarse. Si el deudor accesorio por virtud de este pacto se obligaba a más de aquello a que se había obligado el deudor principal, la obligación accesoria era nula únicamente en el exceso, pero valía hasta el límite del objeto de la obligación principal.

Si se perseguía judicialmente al deudor accesorio por virtud de este pacto, la *litis contestatio* no extinguía el derecho de perseguir al deudor principal si no se obtenía el pago de la acreencia.

15. "MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE"

Era una garantía accesoria constituida en forma de mandato para los casos de préstamos de dinero. He aquí cómo se constituía: A quería dar dinero en préstamo a B con garantía de C. En vez de constituirse una fianza en la forma común y ordinaria se hacía figurar un mandato conferido por C al prestamista A, comprometiéndose el mandante a responder de las consecuencias del mandato. De esta manera si el prestamista, después de

(14) C.C., art. 2395.

exigirle el pago de la deuda al prestatario, no obtenía el pago, podía dirigirse contra su mandante C para que le respondiera de la deuda en virtud del mandato que de él había recibido.

16. PERSONAS QUE NO PODÍAN SER DEUDORES ACCESORIOS

Vimos, al tratar de la capacidad para contratar, que había incapacidades generales para celebrar toda clase de contratos e incapacidades especiales para celebrar determinada clase de ellos. Entre estas incapacidades especiales se hallaba la que se refería a la mujer, cualquiera que fuese su condición o estado civil, para obligarse como deudor accesorio en el interés exclusivo de otra persona. Ninguna mujer, por consiguiente, podía ser fiador. Tal precepto fue introducido por un estatuto que se conoce con el nombre de *Senadoconsulto Veleyanus*, expedido hacia la mitad del siglo I de la era cristiana. Aquella disposición prohibitiva subsistió en el derecho romano aun después que la mujer había adquirido, mediante el *ius liberorum*, su plena capacidad civil general para contratar, quedando abolida la tutela perpetua a que anteriormente se hallaba sometida.

Parece haber sido una idea de protección a los intereses de la mujer lo que informó aquel precepto prohibitivo del *Senadoconsulto Veleyanus*. Si la mujer enajenaba sus propios bienes, siendo para ello capaz, o se obligaba en su propio y personal interés, podía apreciar mejor, de antemano, todas las consecuencias que aquellos actos producían para su patrimonio. Pero si se obligaba en interés de un tercero, tan solo para prestarle un servicio, constituyéndose garante de la deuda ajena, no estaba en la misma posibilidad de apreciar de cerca y de frente las consecuencias futuras de aquel acto, puesto que generalmente depositaba su confianza en el deudor principal y podía creer de esa manera que no llegaría el caso de tener que pagar la deuda ajena, que ningún provecho le había reportado.

CAPÍTULO IV

Modalidades a que podían estar sujetas las obligaciones

1. TÉRMINO Y CONDICIÓN

Las obligaciones en el derecho romano podían estar sujetas a ciertas y determinadas modalidades que afectaban, ya su existencia misma, ya la simple facultad de exigir su cumplimiento. Las principales modalidades que podían afectar las obligaciones eran el término y la condición. La obligación que no está sujeta a término o condición se llama *pura y simple*.

“Toda estipulación se hace o puramente, o a término, o bajo condición”.

“*Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit*” (Inst., 3, 15, 2).

2. DE LA OBLIGACIÓN PURA Y SIMPLE

En la obligación pura y simple no existe ninguna modalidad que afecte su existencia o su exigibilidad, por consiguiente, la obligación pura y simple existe desde el momento mismo en que se perfeciona el contrato o se consuma el acto destinado a darle nacimiento. Así, por ejemplo, si en el contrato de arrendamiento no se estipula plazo ni condición para que el arrendador entregue al arrendatario la cosa arrendada, aquella obligación nace y es exigible desde el momento en que queda perfeccionado el respectivo contrato. Es, por consiguiente, un error fundamental de derecho decir que una obligación determinada no es exigible porque no se ha señalado plazo ni condición para su cumplimiento, pues precisamente por la

falta de esas modalidades la obligación es pura y simple, y es exigible desde que nace a la vida jurídica.

3. DEL TÉRMINO

El término en el derecho romano era una modalidad consistente en un día, una época o un acontecimiento futuro y cierto, al cual se subordinaba la exigibilidad o la existencia de la obligación.

El término debía ser futuro y cierto, es decir que necesariamente debía sobrevenir, e igualmente debía ser fijo, es decir que debía saberse con precisión cuándo debía llegar. No sería término un día o un acontecimiento futuro pero incierto, esto es, que no se supiera si llegaba o no.

El término podía afectar la obligación de dos maneras: o bien suspendía la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación, o bien ponía fin a la existencia misma del vínculo jurídico. En el primer caso se decía que el término era estipulado *ex die*, lo que en el derecho civil moderno equivale al término llamado *suspensivo*, o lo que es lo mismo, al plazo señalado para el cumplimiento de la obligación. En el segundo caso se decía que el término era estipulado *ad diem*, lo que equivale al término *extintivo* en el derecho moderno, o sea aquel que extingue la obligación.

4. DEL TÉRMINO SUSPENSIVO

Se designaba también este término con el nombre de *dies a quo*. Podía ser expreso o tácito. Expreso, si se fijaba de manera expresa en el contrato; tácito, si resultaba de la naturaleza misma de la obligación, que no podía cumplirse sino en determinada época futura. Había término suspensivo expreso si, por ejemplo, en la obligación se estipulaba: *Decem aureos primis calendas martii dare spondes?*

Había término tácito si, verbigracia, se estipulaba la entrega de un esclavo que por ambas partes se sabía que estaba ausente y no debía regresar sino en un día futuro y cierto.

El término suspensivo, según decíamos, equivale al plazo, que en nuestro derecho civil es la época futura que se señala para el cumplimiento de la obligación, y de la misma manera el plazo puede ser tácito si la obligación por su naturaleza no puede cumplirse sino en determinada época⁽¹⁵⁾.

5. EFECTOS DEL TÉRMINO SUSPENSIVO. "DIES A QUO"

Es principio fundamental en materia de término suspensivo el siguiente: este término no suspende la existencia misma de la obligación, sino tan solo la facultad de exigir su cumplimiento; suspende la acción del acreedor, no la obligación misma. De aquí se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas:

1. El acreedor no puede demandar antes de la llegada del término suspensivo el cumplimiento de la obligación.

"No puede el acreedor pedir antes de que haya llegado el día".

"*Sed peti priusquam dies venerit non potest*" (Inst., 3, 15).

2. Como por regla general el término suspensivo se fija en beneficio del deudor, este puede renunciar a tal beneficio cumpliendo la obligación antes del vencimiento del término. En casos excepcionales, el término no se fija en beneficio del acreedor o de ambas partes a la vez. En ese caso el deudor no puede pagar sin el consentimiento del acreedor antes de la llegada del término suspensivo.

3. Si por error el deudor paga antes de la llegada del término suspensivo, no podrá pedir la devolución de lo pagado por medio de la *condictio indebiti* (acción de pago de lo no debido), puesto que existiendo la obligación no puede decirse que pagó lo no debido, aun cuando lo haya hecho antes del término convenido para efectuar el pago.

4. El acreedor no podía demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación a término suspensivo sino después de transcurrir el últi-

(15) C.C., art. 1551 y ss.

mo día del término sin que el deudor la hubiera satisfecho. Y si demandaba antes de transcurrido ese término, se producía el vicio de procedimiento conocido en el derecho romano con el nombre de *plus petitio tempore*, que en el procedimiento moderno da origen a una excepción conocida con el nombre de *petición antes de tiempo*.

6. TÉRMINO EXTINTIVO

Solía designarse este término con el nombre de *dies ad quem*. Era destinado a finalizar la existencia de la obligación una vez que el término se cumpliera. El derecho estricto no admitía semejante modalidad. Pero el pretor, en acatamiento a la voluntad de las partes contratantes que hubieran estipulado un término de semejante naturaleza, estableció que si una vez vencido el término extintivo el acreedor perseguía judicialmente al deudor, podía este rechazarlo haciendo insertar en la fórmula del juicio una excepción de pacto o de dolo; y, finalmente, se instituyó por el derecho pretoriano que en todos los contratos de buena fe se subentendía aquella excepción, y, por consiguiente, el deudor demandado después del vencimiento del término extintivo, debía ser absuelto aun cuando no hubiera hecho insertar expresamente en la fórmula la mencionada excepción.

7. DE LA CONDICIÓN

Se entendía por condición un acontecimiento futuro e incierto al cual se subordinaba el nacimiento de una obligación, o se destinaba a finalizar su actual existencia⁽¹⁶⁾.

Era, pues, elemento esencial en la condición la incertidumbre del acontecimiento futuro, esto es, que pudiera suceder o no, lo cual hacía distinguir jurídicamente la condición y el término, pues este, según hemos visto, debía ser cierto y fijo, es decir, destinado a realizarse de manera necesaria en tiempo determinado. La incertidumbre es entonces un elemen-

to esencial. Si se estipulaba lo que de todos modos iba a suceder, se consideraba que se hacía pura y simplemente:

“Qui estipula bajo condición lo que de todos modos será, se ve que estipula pura y simplemente”.

“*Qui sub conditione stipulatur quae omnimodo existatura est, pure vivetur stipulari?*” (Ulpiano, D. 46, 2, 9).

También era elemento esencial de la condición el que consistiera en un hecho futuro. No podía ser condición un hecho presente o pretérito, porque habiendo sucedido ya, aunque las partes lo ignoraran, no había incertidumbre objetiva acerca de su realización:

“Las condiciones que se refieren a un tiempo pretérito o presente, ora invalidan la obligación, ora de todos modos no la difieren”.

“*Conditiones quae ad preteritum vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnimodo non differunt*” (Inst, 3, 15).

La condición podía obrar de dos maneras sobre la existencia de la obligación sujeta a ella: o bien suspendía el nacimiento de la obligación, o ponía fin a la actual existencia de la misma.

En el primer caso se decía que la obligación se hallaba *sub condicione*, y en el segundo se decía estar *ad conditionem*. De allí han nacido las denominaciones modernas de condición suspensiva, cuando el nacimiento de la obligación se suspende hasta el cumplimiento de la condición, y resolutoria, cuando está destinada a poner fin a la existencia del vínculo jurídico⁽¹⁷⁾.

8. EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Para fijar estos efectos es preciso distinguir tres épocas con relación al hecho constitutivo de la condición:

(16) C.C., art. 1530 y ss.

1. Antes del cumplimiento de ella.
2. Despues de realizada o cumplida la condición.
3. Despues de no haber realizado o cumplido el hecho estipulado como condición.

1. Antes de cumplirse la condición no tenía existencia jurídica la obligación que a ella estaba subordinada y, por consiguiente, el pretendido acreedor no tenía ningún derecho adquirido contra el pretendido deudor. De aquí se deduce que antes de cumplirse la condición suspensiva, el posible acreedor no podía demandar al posible deudor para el cumplimiento de la obligación pretendida; y que si el pretendido deudor pagaba por error el objeto de la obligación condicional, pagaba lo que no debía y, por consiguiente, podía ejercitar la acción llamada *condictio indebiti*, o sea la acción conocida en el derecho moderno con el nombre de *acción de pago de lo no debido*:

"Pagada por error la deuda, bajo una condición pendiente, se repite".

"*Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur*" (Pomponio D. 12, 6, 16).

De este mismo principio se deduce que si antes del cumplimiento de la condición suspensiva se demandaba al presunto deudor y el demandante fracasaba en su acción, la *litis contestatio* no le hacía perder el derecho de volver a demandar una vez que se cumpliera la condición, puesto que antes había demandado algo que no existía, y de consiguiente la *litis contestatio* no había tenido materia sobre qué recaer o producir su efecto extintivo; si la obligación no existía, mal podía extinguirse.

Pero si antes del cumplimiento de la condición suspensiva no existía la obligación para el pretendido deudor, ni el derecho correlativo para el pretendido acreedor, sí existía una expectativa o germen de derecho, *spes debitum iri*, como se dice en los textos. Y esa expectativa producía ciertos y determinados efectos jurídicos, confiriendo al presunto acreedor algunas facultades tendientes a asegurar la efectividad de su futuro y posible derecho en el caso de que cumpliéndose la condición llegara a existir. Así, pues, podía el pretendido acreedor pedir que el pretendido deudor le

garantizara de alguna manera la efectividad de su posible derecho, para el caso de que llegara a tener existencia legal. Y de igual manera, aquella expectativa o germen de derecho, constituyendo un ente jurídico en potencia, era transmisible a los herederos del pretendido acreedor:

"Hay esperanza de lo que se deberá, proveniente de una estipulación condicional, y esa misma esperanza la transmitimos al heredero si antes de que exista la condición nos ocurre la muerte".

"Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si priusquam conditio existat, mors nobis contingere" (Inst., 3, 15).

2. La condición suspensiva se entendía cumplida cuando se había realizado totalmente el hecho de que se hacía depender la existencia de la obligación. Este hecho se consideraba como indivisible para los efectos de su realización. Si no se había cumplido sino en parte, la condición no se entendía cumplida.

Igualmente se entendía cumplida la condición si la no realización del hecho se debía al dolo o a la culpa del deudor condicional, pues de lo contrario quedaría en muchos casos a merced de ese deudor el que se realizara o no la condición y el que naciera o no la obligación.

Una vez realizado el hecho en que consistía la condición suspensiva, la obligación que de él se había hecho depender nacía a la vida jurídica y producía todos sus efectos. El acreedor podía exigir desde ese momento al deudor el cumplimiento de la obligación. El deudor debía satisfacer el objeto de ésta, pero era regla general que el objeto se debía en el estado en que se hallara en el momento de cumplirse la condición. Si se había deteriorado por caso fortuito, el acreedor debía soportar ese deterioro; y si había llegado a perecer totalmente y sin dolo ni culpa del deudor, la obligación no podía nacer, puesto que no había objeto debido. Pero si el deterioro o la pérdida del objeto se debía al dolo o a la culpa del deudor, este debía responder de los consiguientes perjuicios.

De la misma manera, y según la regla general que imperó en el derecho romano y que ya hemos expuesto, el acreedor tenía derecho a los

aumentos y mejoras que tuviera el bien en el momento de cumplirse la condición suspensiva.

Otro principio general que imperó en el derecho romano sobre el efecto de la condición suspensiva cumplida fue el siguiente: la persona en cuyo provecho había nacido la expectativa a que había dado lugar la obligación condicional debía ser la misma que adquiría el derecho, una vez que este llegara a tener existencia mediante el cumplimiento de la condición.

Tal cosa sucedía en el caso de una obligación condicional a favor de un hijo de familia; como la expectativa era adquirida por el padre de familia, si el hijo era emancipado antes del cumplimiento de la condición era siempre el padre de familia quien adquiría el derecho en que aquella expectativa llegaba a convertirse mediante la llegada de la condición.

De aquí que se haya sostenido que en el derecho romano el cumplimiento de la condición producía efecto retroactivo, en cuya virtud la obligación se entendía nacida, una vez realizada la condición, desde el momento en que se había perfeccionado el respectivo contrato. Sin embargo, ni en el mismo derecho romano se aplicó aquel principio de la retroactividad de una manera general con todas sus consecuencias, ni entre los expositores hay completo acuerdo sobre la materia, ni todas las legislaciones positivas han consagrado el mismo principio. Así, por ejemplo, el Código Civil colombiano, hablando de los frutos percibidos antes del cumplimiento de la condición, sienta una regla enteramente contraria al principio de la retroactividad, cuando dispone que aquellos frutos percibidos no son materia de restitución una vez cumplida la condición suspensiva o resolutoria. Bien se comprende que si hubiera consagrado el principio de la retroactividad, los frutos percibidos en el tiempo intermedio entre la perfección del contrato y el cumplimiento de la obligación habrían debido ser restituídos⁽¹⁸⁾.

3. Cuando la condición suspensiva llegaba a fallar, la obligación cuya existencia dependía de aquella no podía tener nacimiento. Se entendía fallar la condición suspensiva cuando el hecho no podía suceder sino

(18) C.C., art. 1545.

en determinado tiempo y había transcurrido este sin que se realizara. O bien podía suceder que las partes fijaran de antemano el espacio de tiempo dentro del cual debía ocurrir el hecho, caso en el cual se entendía no cumplida la condición, cuando transcurría ese tiempo sin que el hecho se hubiera realizado. Pero, según dijimos anteriormente, si la no realización del hecho era imputable al dolo o a la culpa del deudor, la condición debía entenderse cumplida.

Si el deudor había pagado por error antes del cumplimiento de la condición suspensiva, y esta llegaba a fallar, podía exigir la restitución de lo pagado por medio de la *condictio indebiti* o acción de pago de lo no debido.

9. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Según hemos dicho, la condición resolutoria estaba destinada a finalizar la existencia de la obligación. Lo mismo que en la condición suspensiva, se pueden distinguir tres casos para fijar los efectos de la condición resolutoria:

1. Antes de cumplirse la condición resolutoria, la obligación tenía existencia legal y producía todos sus efectos. La condición resolutoria no impedía el cumplimiento de la obligación mientras el hecho no se realizará. Así, pues, el contrato podía ejecutarse antes del cumplimiento de la condición resolutoria aun cuando ese cumplimiento tenía cierto carácter provisional y precario, por cuanto podía llegar a deshacerse en virtud del cumplimiento de la condición.

2. Una vez cumplida la condición resolutoria, la obligación a ella sujeta desaparecía. Si no se había cumplido la obligación, no podía ya exigirse el cumplimiento. Si la obligación se había cumplido, se deshacían los efectos de ese cumplimiento, restableciéndose las cosas al estado que tenían antes, como si el vínculo jurídico no se hubiera formado; de ahí el nombre de condición resolutoria. El advenimiento de la condición produce la resolución del vínculo jurídico, lo cual da idea, no solamente de la disolución o finalización de dicho vínculo, sino de la retroacción al estado jurídico existente antes de la celebración del contrato.

3. Si el hecho en que consistía la condición resolutoria no se cumplía en el tiempo en que según su naturaleza o el convenio de las partes debía cumplirse, claro está que no podía producir efectos resolutorios en cuanto a la obligación sujeta a dicha modalidad. La relación jurídica se consolidaba, y si la obligación se había cumplido, ese cumplimiento dejaba de ser provisional y precario, para trocarse en definitivo.

En principio, el derecho romano no reconocía la condición resolutoria; no admitía que la obligación válidamente nacida pudiera llegar a extinguirse por este medio. Pero aquel principio riguroso se modificó.

Primeramente el pretor estableció que si cumplida una condición resolutoria era demandado el pago, el deudor podía oponerse a ello alegando la excepción de dolo o de pacto. El derecho pretoriano interpretaba y hacía respetar en esa forma la voluntad libre de las partes contratantes.

Más tarde, cuando se reconoció la existencia de los contratos simplemente consensuales, el propio derecho civil reaccionó en esta materia mediante la siguiente consideración: puesto que en los contratos simplemente consensuales basta el simple consentimiento de las partes para su perfección, es lógico y natural que en virtud de ese mismo consentimiento puedan las partes deshacer el contrato cuando se cumpla determinado hecho señalado de antemano.

De esta manera, obrando la condición resolutoria sobre el contrato mismo, para deshacerlo una vez cumplida aquella, la obligación que de aquel contrato hubiera surgido quedaba extinguida como consecuencia de la finalización del contrato por causa de la llegada de la condición resolutoria. Así quedó admitida por el derecho romano la condición resolutoria en los contratos simplemente consensuales, aun cuando subsistió su desconocimiento para las otras clases de contratos.

10. OTRAS CLASES DE CONDICIONES

Desde el derecho romano se han dividido las condiciones, sean suspensivas o resolutorias, en posibles e imposibles; lícitas e ilícitas; potestativas, casuales y mixtas.

1. La condición es posible, como su nombre lo indica, cuando consiste en un hecho que puede realizarse física y jurídicamente:

"Considérase condición imposible aquella en la cual la naturaleza misma impide que se cumpla".

"Impossibilis conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat" (Inst., 3, 19, 11).

Es *imposible* en el caso contrario. Ni el derecho romano ni el derecho civil moderno han reconocido validez a una condición imposible:

"Es nula la condición de lo imposible".

"Impossibilium nulla obligatio est" (Celso. D. 50, 17, 185).

Pero en cuanto a los efectos que ella debe producir, no ha habido un completo acuerdo entre los expositores antiguos y modernos.

Según los *proculeyanos*, la condición imposible en todo caso anulaba el contrato mismo, puesto que quien contrataba en esa forma no estaba en el cabal uso de sus facultades mentales o no tenía una intención seria de contratar.

Pero, según los *sabinianos*, una condición imposible no podía tener más efecto que el de tenerse por fallida, es decir, se consideraba como si no hubiera sucedido el hecho. Por consiguiente, si era suspensiva no podía nacer la obligación; y si era resolutoria, la obligación nacía como pura y simple, puesto que de antemano se sabía que el hecho no llegaría a realizarse y, por lo tanto, no llegaría a resolverse el vínculo jurídico.

Y esta última solución es la adoptada por el Código Civil de Colombia, el cual distingue entre condición suspensiva y resolutoria para señalar los efectos del hecho imposible en que una y otra consistan. Así, la regla primera del artículo 1537 de dicho Código establece que si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida, es decir, se considera no cumplida la condición. Y la regla cuarta de dicho artículo estatuye que si la condición resolutoria es un hecho imposible, se tiene por no escrita; por consiguiente, la obligación nace en tal caso como pura y simple.

2. Los expositores antiguos y modernos llaman condición ilícita a aquella que consiste en un hecho reprobado por la ley o por la moral. Pero como, según veremos, no siempre el hecho ilícito es prohibido como condición en una relación jurídica, nos parece conveniente hacer la siguiente distinción: una cosa es la ilicitud del hecho considerado en sí mismo, y otra la ilicitud del mismo hecho como condición en un contrato, es decir, la prohibición de aceptar ese hecho ilícito como condición.

No todos los hechos ilícitos son inaceptables como condición en un contrato. Desde el derecho romano impera la siguiente regla: el hecho ilícito no es prohibido como condición en un contrato sino cuando puede provocar o inducir a las partes a la ejecución de un hecho inmoral o ilegal. Así, pues, no podía aceptarse como condición un hecho ilícito del acreedor, porque este último estaría interesado en la ejecución de ese hecho; pero eso tratándose de condición suspensiva: porque si de condición resolutoria se trataba, el acreedor estaría más bien interesado en la no ejecución del hecho ilícito, para que no se resolviera el vínculo que le había dado su condición de acreedor.

Si se consideraba por el aspecto del deudor, el hecho ilícito de este podría servir de condición suspensiva, porque estaría interesado más bien en su no realización para que así no naciera la obligación a su cargo; pero tratándose de condición resolutoria, el hecho ilícito del deudor no podría aceptarse como tal condición, porque en este caso estaría interesado en la realización del hecho para que se resolviera el vínculo que le hacía soportar la calidad de deudor.

Siendo el hecho ilícito de un tercero, podía en el derecho romano admitirse como condición, siempre que las partes no pudieran influir en alguna forma en su realización.

En síntesis, podemos decir que en el derecho romano el hecho ilícito era prohibido como condición, siempre que imprimiera al contrato un carácter ilegal o inmoral; y en ese caso, no solamente se anulaba la condición, sino la obligación misma que a ella estaba sujeta.

3. Se ha dado el nombre de condición potestativa a aquella que consiste en un hecho dependiente de la voluntad de una de las partes. Se llama

ma casual la condición que no depende de la voluntad de una de las partes, sino del acaso o de un tercero; y mixta, cuando depende a la vez de la voluntad de una de las partes y del acaso o de un tercero.

A cualquiera de estas condiciones se ha reconocido validez, tanto en el derecho moderno como en el derecho romano. Pero a ellas se ha agregado otra clase de condición, que no es admisible como tal en un contrato: es la que los expositores han denominado puramente potestativa, la cual consiste, no en un hecho voluntario de una de las partes, sino en la simple voluntad de una de ellas. Ejemplo: Ticio se obliga a dar a Cayo diez cargas de trigo, si aquel o este lo quieren. Tratándose de la simple voluntad del deudor, esta condición no vale y anula la propia obligación; así lo establece el artículo 1535 del Código Civil colombiano. El deudor que en tales condiciones se obliga, en realidad no contrae la obligación en el momento en que dice obligarse; no hace sino aplazar o posponer su consentimiento, y sin este no puede haber obligación:

"Hecha consistir la condición en el [simple] arbitrio del que promete, la estipulación no vale".

"Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione" (Ulpiano, D. 45, 1, 17).

CAPÍTULO V

De la sucesión en las obligaciones

1. SU TRANSMISIBILIDAD

Siendo la obligación una relación jurídica entre dos o más personas determinadas, ¿podía transmitirse a otras personas distintas conservando su individualidad primitiva?

Para considerar esta cuestión es preciso contemplar la relación jurídica separadamente, por su aspecto pasivo y su aspecto activo.

Contemplando la obligación desde el punto de vista del sujeto pasivo, o sea el deudor, el derecho romano no admitió la transmisibilidad sino tratándose de la sucesión por causa de muerte. Se consideraba que la obligación era una relación inalterable por lo que hace a la persona del sujeto pasivo, y de ahí qué no se admitiera que pudiera pasar a otro sujeto pasivo distinto sin que se formara una nueva obligación, quedando extinguida la primera.

Mas, como el heredero sucedía a la persona del difunto *in universum ius*, venía a considerarse como la continuación de aquella persona y se fijaban en él todas las relaciones jurídicas, así activas como pasivas, de que había sido sujeto el causante.

De suerte, pues, que como regla o principio general puede decirse que el derecho romano admitió la transmisión de las obligaciones por su aspecto pasivo únicamente tratándose de sucesión por causa de muerte, pero rechazó esa transmisibilidad por acto entre vivos.

Considerada la relación jurídica desde el punto de vista del sujeto activo o acreedor, el principio se modifica.

El derecho romano admitió sin limitaciones, según acabamos de ver, la transmisión de los créditos activos por causa de muerte. Pero la transmisión de dichos créditos entre vivos no fue reconocida en un principio, como consecuencia rigurosa de lo que ya se ha dicho. El crédito implicaba una relación jurídica inalterable entre dos o más personas determinadas, de suerte que si se cambiaba alguna de esas personas, dejaba de existir la respectiva relación jurídica para convertirse en otra distinta, y de esa manera no había transmisión del crédito, sino creación de uno nuevo.

Pero siendo el crédito activo un bien incorpóral que pertenece al patrimonio de una persona y que por lo mismo es apreciable en dinero, el desarrollo económico del pueblo romano hizo sentir bien pronto la necesidad de comerciar con los créditos, y, por consiguiente, de cederlos, traspasarlos o transmitirlos a otras personas, por acto entre vivos. Para llegar a este fin se acudió en un principio a medios indirectos, con objeto de no alterar el principio que ya hemos visto sobre la inmutabilidad de los sujetos activo y pasivo de la obligación.

Aquellos medios indirectos fueron: la *novación* por cambio de acreedor y la *procuratio in rem suam*. De ellos trataremos en seguida.

2. NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

Si una persona quería ceder su crédito a otra, tenía que formar primeiramente una convención tripartita con el cessionario y el deudor, elevándola en seguida a la forma solemne de estipulación en la cual el deudor prometía al nuevo acreedor la misma cosa objeto de la deuda primitiva, quedando al propio tiempo libre con respecto al primer acreedor. De esta manera el crédito primitivo quedaba extinguido y nacía, en cambio, el crédito a favor del nuevo acreedor.

Este primer medio de traspaso tenía la única ventaja de conceder al nuevo acreedor un derecho definitivo contra el deudor, pero al mismo tiempo presentaba serios inconvenientes.

En realidad no era una transmisión del crédito, sino la creación de uno nuevo distinto del primero. Por consiguiente, el primer crédito quedaba ex-

tinguido con todos sus accesorios y seguridades, que no pasaban al segundo si no se constituían expresamente. Además, este medio requería el consentimiento del deudor, que podía negarse a prestarlo, haciendo imposible la operación. Por último, el deudor no podía oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones que tenía contra el primero, puesto que se trataba de un crédito jurídicamente distinto.

3. "PROCURATIO IN REM SUAM"

Para remediar aquellos inconvenientes se ideó esta nueva forma de cesión de créditos, que se realizaba mediante la siguiente operación jurídica: el acreedor que quería ceder su crédito confería un mandato al pretendido cessionario para que demandara al deudor, pero autorizándolo al mismo tiempo para que hiciera suyo el objeto del crédito una vez obtenido el pago.

Bien se comprende que esta forma de cesión no pudo tener lugar sino cuando fue admitida en el procedimiento romano la representación en juicio, lo que se efectuó bajo el sistema formulario.

Con esta forma de cesión de créditos se realizó un progreso en la materia, pero no dejó de presentar en un principio otros inconvenientes en cuanto a la seguridad y a la consistencia de la cesión para el nuevo acreedor. Si bien el pretendido cessionario debía hacer suyo el objeto del crédito una vez satisfecho, antes que esto se realizara no era sino un mandatario del acreedor, quien podía revocar el mandato antes de la *litis contestatio*, haciendo de ese modo nugatoria la cesión. Además, conservando su carácter de mandante y dueño del crédito, podía el acreedor recibir el pago de la deuda o hacer remisión de ella, con prescindencia del procurador, burlando de ese modo los derechos de este último.

Y, finalmente, terminándose el mandato por la muerte del mandante o del mandatario, se frustraba la pretendida cesión en perjuicio de quien había negociado el crédito para hacerse dueño de él. Para obviar estos inconvenientes de la *procuratio in rem suam*, se estableció la formalidad denominada *denuntatio*, que consistía en una denuncia o notificación hecha al deudor, del mandato conferido al pretendido cessionario, a fin de que en

adelante no pudiera hacer el pago sino a este último, y, en una palabra, todos los efectos del crédito se fijaran en una sola cabeza: la del procurador o mandatario.

Por eso mismo, a partir de la *denuntiatio*, el acreedor no podía hacer remisión de la deuda, y aun cuando revocara el mandato podía siempre el mandatario cesionario perseguir al deudor para el pago. Vemos aquí el origen de lo que en el derecho civil moderno se llama notificación de la cesión del crédito al deudor, que tiene por objeto el que la relación jurídica se fije definitivamente en cabeza del cesionario. Antes de dicha notificación el crédito se considera existente en cabeza del primitivo acreedor, salvo que el deudor haya aceptado la cesión expresamente.

Finalmente, para completar la evolución del derecho romano en materia de cesión de créditos, fueron creadas ciertas acciones llamadas *útiles*, a favor del mandatario *in rem suam*, y tendientes a asegurar la efectividad de su derecho sobre el objeto del crédito, puesto que, según hemos dicho, ese objeto debía ser suyo, una vez satisfecha la obligación por el deudor.

Mediante estas acciones útiles, el mandatario *in rem suam* podía demandar al deudor, tal como si el crédito mismo hubiera nacido en su persona, y a pesar de la muerte o de la revocación del mandante. En una palabra, estas acciones consideraban al mandatario *in rem suam* como verdadero dueño del crédito, puesto que en realidad era dueño del objeto de este, una vez que el deudor efectuara el pago.

De esta manera vino a consagrarse, aunque por medios indirectos, la figura jurídica denominada en el derecho moderno cesión de créditos⁽¹⁹⁾.

(19) C.C., art. 1959.

CAPÍTULO VI

Del efecto de las obligaciones

1. INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El efecto propio y natural de toda obligación es el cumplimiento de ella por parte del deudor. Lo común y ordinario es que el deudor satisfaga el objeto de la obligación, una vez que esta sea exigible. Se dice entonces que el deudor *paga*, y la obligación queda extinguida por este hecho, del cual trataremos al hablar de la extinción de las obligaciones.

Pero bien puede suceder que la obligación no se cumpla, o que se retrasde su cumplimiento. Debemos, pues, examinar las causas y las consecuencias de la inejecución de las obligaciones, y el retardo en el cumplimiento de ellas, o sea la *mora del deudor*, con las consecuencias jurídicas que este fenómeno produce.

Las obligaciones no se cumplen o ejecutan por tres causas principales: primera, por caso fortuito o fuerza mayor; segunda, por el dolo del deudor, y tercera, por la culpa del mismo.

2. DEL CASO FORTUITO Y DE LA FUERZA MAYOR

Se entiende por caso fortuito, en materia de inejecución de las obligaciones, todo hecho imprevisto e independiente de la voluntad del deudor, que trae como consecuencia la imposibilidad de cumplir la obligación. Si este hecho era de tal naturaleza que el deudor no pudiera resistirlo, se denominaba *vis major* (fuerza mayor). *Quod humano captu praevideri non potest, aut cui praeviso non potest resisti. Tales sunt aquarum inundationes, incursum hostium, incendia, mortes animalium* (Lo que la mente hu-

mana no puede prever, o lo que, previsto, no se puede resistir. Tales son las inundaciones, las incursiones de los enemigos, los incendios, las muertes de los animales) (Ulpiano, L. 15, 2).

Existía, pues, distinción jurídica entre caso fortuito y fuerza mayor, distinción que el estatuto civil colombiano no consagra, pues reúne los dos fenómenos en un solo hecho diciendo que *fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto* a que no se puede resistir; de donde se deduce que el hecho debe reunir dos condiciones esenciales para que pueda producir los efectos jurídicos que la ley le asigna en materia de incumplimiento de la obligación: que sea imprevisto y que el deudor no haya podido resistirlo.

Por lo que hace a las consecuencias del caso fortuito y de la *vis major*, en el derecho romano imperó el principio general de que el deudor quedaba libre de su obligación, en caso de que se produjera uno de estos fenómenos. Pero aquel principio no era absoluto. En primer lugar, si el caso fortuito o la *vis major* se producían por el dolo o por la culpa del deudor, *este no quedaba libre*, puesto que entonces la imposibilidad de cumplimiento de la obligación se debía indirectamente al dolo o a la culpa del deudor, esto es, a hechos que le eran imputables.

En segundo lugar, el convenio de las partes podía modificar el principio general, estableciendo en determinado contrato que el deudor no quedaría libre a pesar del advenimiento de un caso fortuito o de un hecho de fuerza mayor, o bien podrían convenir las partes contratantes que el deudor no se liberara sino en determinado caso fortuito o de *vis major*, o que solamente con el advenimiento de uno de estos fenómenos quedara libre y subsistiera su responsabilidad civil en el otro.

En cuanto a la prueba del hecho constitutivo de caso fortuito o de *vis major*, imperó la misma regla que consagra el derecho positivo colombiano: el deudor que pretendía su liberación por un caso fortuito o de *vis major* debía probar el hecho respectivo y mientras no lo probara subsistía su responsabilidad civil.

3. EL DOLO

Ya vimos qué cosa es el dolo en relación con el consentimiento de los contratantes. Vamos a examinarlo ahora desde el punto de vista del incum-

plimiento de la obligación. Considerado desde este aspecto podemos decir que el dolo consiste en los actos u omisiones que llevan en sí la intención de causar perjuicio al acreedor y que proceden como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Es, pues, elemento esencial en el dolo la intención de causar daño al acreedor.

En cuanto a las consecuencias del dolo sobre la responsabilidad civil del deudor, imperó en el derecho romano el principio general y absoluto de que todo deudor debía responder de su dolo que trajera como consecuencia el incumplimiento de la obligación. Ningún deudor quedaba libre de su obligación si el no cumplimiento de ella se debía a su propio dolo. Ya veremos en qué forma se hacía efectiva esa responsabilidad cuando por consecuencia del dolo se hacía imposible satisfacer el objeto propio y directo de la obligación.

A diferencia de lo que sucedía tratándose de la fuerza mayor y del caso fortuito, las partes contratantes no podían convenir, en ningún caso, en que el deudor no respondiera de su dolo. El principio general que hemos expuesto no podía, pues, ser modificado en el contrato por la voluntad de las partes. *A nadie le es lícito alegar su propia inmoralidad*. Pero, una vez que el dolo se hubiera realizado por parte del deudor, podía muy bien el acreedor renunciar a las consecuencias civiles de él, prescindiendo de hacer efectiva la responsabilidad civil del deudor.

Es el mismo principio consagrado en el Código Civil de Colombia. “*La condonación del dolo futuro no vale*”, —dice nuestro Código— para indicar que en un contrato no pueden las partes convenir en que el dolo futuro del deudor lo liberte de su obligación; pero esta regla no impide que, sin haber sido renunciadas en el contrato las consecuencias del dolo, pueda el acreedor, después de que aquel sobrevega, renunciar a hacer efectiva la responsabilidad civil del deudor. Por lo que hace a la prueba del dolo, si el acreedor pretendía que su deudor lo había cometido, debía probarlo para que se produjeran todas sus consecuencias civiles.

El mismo principio consagra nuestro Código Civil, cuando dice que “*el dolo no se presume sino en los casos expresamente previstos por la ley; en todos los demás deberá probarse*”. Y en materia de incumplimiento de la obligación deberá probarlo quien pretenda que el deudor lo ha cometido.

4. DE LA CULPA

Desde el punto de vista del incumplimiento de la obligación se ha considerado como culpa todo acto u omisión del deudor, que sin llevar en sí la intención de causar perjuicio al acreedor, produce, sin embargo, el incumplimiento de la obligación por no poderse satisfacer el objeto propio de ella. La diferencia entre el dolo y la culpa estriba, pues, en que en aquel existe en el deudor la intención dañosa, y en esta hay apenas descuido o negligencia del deudor sin intención de dañar, ya consista en hecho positivo o negativo que produzca como consecuencia la no satisfacción del objeto propio de la obligación. *Culpa est quod cum a diligente praevidere potuit, non est praevisum* (“Constituye culpa el no haber previsto cuando pudo preverse por persona diligente”) (Paulo, D. 9, 2, 31).

5. DISTINTOS GRADOS DE CULPA

Desde el derecho romano se han considerado en la culpa del deudor diferentes grados. En primer lugar, se clasifica la culpa en *grave* o *lata* y *leve*.

a) *Culpa grave o lata*. Era aquel hecho u omisión del deudor en que no incurrián ni aun las personas negligentes o descuidadas. Así, pues, sería culpa grave del deudor de un esclavo el que no le diera de comer, y, como consecuencia de ello, éste pereciera. *Lata culpa est nimia negligentia id est non intelligere quod omnes intellegunt* (“Culpa lata [grave] es la negligencia excesiva, esto es, no comprender lo que todos comprenden”) (Ulpiano, D. 50, 16, 2, 13).

b) *Culpa leve*. Era aquel acto u omisión imputable al deudor en que no habría incurrido un buen administrador de sus negocios. Pero esta última culpa no se apreciaba en el derecho romano de una misma manera, pues se consideraba ya en abstracto, ya en concreto; de ahí la subdivisión de la culpa leve en *culpa levís in abstracto* y *culpa levís in concreto*, subdivisión que es propia y exclusiva del derecho romano.

Para apreciar la *culpa levís in abstracto* se tomaban como modelo las capacidades o cualidades de un *buen padre de familia*. En la *culpa levís*

in concreto se consideraba como tipo o modelo de comparación la persona misma del deudor en la administración de sus negocios propios. Así, esta clase de culpa era la omisión o el acto del deudor en que él mismo no habría incurrido en el manejo de sus propios bienes. *Diligentia quam suis rebus adhibere solet* (“Diligencia que suele aplicar en sus propias cosas [el deudor; *in concreto*]”).

La culpa grave o lata se asimilaba en sus efectos civiles al dolo. *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est* (“La gran negligencia es culpa, la gran culpa es dolo [se asimila a este]”) (Paulo, D. 50, 16, 226). Por consiguiente, todo deudor debía responder de su culpa grave, sin que la convención de las partes pudiera eximirlo de dicha responsabilidad. Pero tratándose de la *culpa levís* no imperaba el mismo principio; no todo deudor respondía de su *culpa levís*, y entre los que de ella respondían se apreciaba unas veces *in abstracto* y otras *in concreto*. Para fijar las reglas de este respecto es preciso distinguir primeramente entre los contratos de buena fe y los de derecho estricto.

6. CONSECUENCIAS DE LA CULPA DEL DEUDOR EN LOS CONTRATOS DE BUENA FE

En esta clase de contratos imperaron los siguientes principios sobre la materia:

a) En todos los casos en que el contrato producía beneficio no solo al acreedor sino al deudor, este respondía de su culpa grave y también de la leve. Tenía, pues, en el derecho romano, el *maximum* de responsabilidad civil. Tal sucedía, por ejemplo, en las obligaciones nacidas del contrato de compraventa, de arrendamiento, y generalmente de los contratos bilaterales, puesto que, produciendo obligaciones recíprocas entre las partes, producía beneficio tanto para el deudor como para el acreedor. Con mayor razón debía suceder lo mismo en los contratos que solo producían beneficio para el deudor, como el comodato o préstamo gratuito de uso.

b) Si el deudor no había reportado beneficio alguno del contrato generador de la obligación, no respondía sino de su culpa grave. Tenía en este caso el mínimo de responsabilidad civil. Esto sucedía, por ejemplo,

en el contrato de depósito, que siendo esencialmente gratuito, no producía beneficio alguno al depositario, el cual se encargaba sin remuneración ninguna de guardar y custodiar la cosa en beneficio del depositante. De consiguiente, el depositario tenía, en cuanto a su obligación de restituir la cosa, el mínimo de responsabilidad civil, y, por lo tanto, no respondía sino de culpa grave.

7. DE LAS DOS CLASES DE CULPA LEVE

Se consideraba por regla general en los contratos la *culpa levis in abstracto*, esto es, aquella en que se tomaba como modelo el tipo abstracto de un buen padre de familia, para apreciar la responsabilidad del deudor en un caso determinado. Solamente se apreciaba la *culpa levis* del deudor *in concreto*, es decir, tomando como tipo de comparación la persona misma del deudor en el manejo de sus negocios, en ciertos actos y contratos que implicaban la administración de negocios comunes, tales como la sociedad y el cuasicontrato de comunidad, así como también en la administración de los bienes dotales por parte del marido. Se decía en estos casos que el deudor estaba obligado a manejar la cosa materia de la obligación con el mismo cuidado que empleaba en el manejo de sus propios bienes, tomando en consideración su propia personalidad y no la de un tipo abstracto.

8. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR CULPA EN LOS CONTRATOS DEL DERECHO ESTRICTO

En esta clase de contratos, que, como hemos visto, eran aquellos en que imperaban los principios rigurosos del derecho civil por sobre toda otra consideración de equidad, las reglas anteriormente expuestas sufrían modificación. En primer lugar, había que distinguir si el objeto de la obligación era la ejecución de un hecho (obligación de hacer) o la entrega de una cosa determinada. En las obligaciones de hacer, el deudor era responsable de toda culpa, ya fuera por acción u omisión. Tan solo el caso fortuito y la fuerza mayor podían eximirlo de la obligación.

Si la obligación era de dar o entregar una cosa determinada, se hacía otra distinción: el deudor no era responsable de la culpa negativa, es decir,

de sus omisiones o negligencias, aun cuando tuvieran por consecuencia el incumplimiento de la obligación; pero, en cambio, era responsable de toda culpa positiva, es decir, de todo hecho o acción que produjera como consecuencia la no satisfacción del objeto de la obligación.

Además, como imperaba el principio riguroso y absoluto de que el deudor quedaba libre entregando el mismo objeto de la obligación, considerado en su individualidad, se deducía de allí que el deudor no era responsable de la culpa que tan solo hubiera deteriorado ese objeto, siempre que conservando su individualidad pudiera ser entregado al acreedor. Sin embargo, para corregir el rigor de aquel principio se crearon ciertas acciones pretorianas encaminadas a resarcir al acreedor el perjuicio recibido en tales casos.

9. CONSECUENCIAS DE LA CULPA EN LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO

Cuando el deudor no estaba obligado a entregar una especie determinada o cuerpo cierto, sino una cosa *in genere, por ejemplo*, determinada cantidad de trigo o de vino, o una suma líquida de dinero, no producían consecuencia alguna los hechos que, según hemos visto, podían colocar al deudor en la imposibilidad de cumplir la obligación en su objeto propio y directo. Así, pues, ni el caso fortuito, ni el dolo, ni la culpa del deudor de cosas de género, tenían influencia sobre su responsabilidad civil, con respecto a la entrega de cosas de la misma calidad y en la misma cantidad. El que debía dinero no podía alegar, para eximirse de su obligación, el haber perdido el que tenía, puesto que no eran determinadas especies el objeto de su obligación, sino una cantidad equivalente a la que hubiera sido estipulada. *Genera non pereunt* ("Las cosas de género no perecen").

10. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DEL DERECHO ROMANO Y EL DEL DERECHO CIVIL COLOMBIANO EN MATERIA DE CULPA

Tratándose de la culpa grave, nuestro derecho civil consagra el mismo principio que el derecho romano: todo deudor es responsable de su cul-

pa grave, culpa que en sus efectos civiles equivale al dolo. Pero tratándose de la culpa leve se ha consagrado en nuestro derecho un sistema distinto y más equitativo que el del derecho romano. La culpa leve es apreciable siempre en abstracto, es decir, tomando en consideración un tipo abstracto de buen administrador, pero se subdivide en *culpa leve* y *levísima*, para aplicar a una u otra según el beneficio que el deudor reporte del acto o contrato. Puede sentarse sobre el particular el siguiente principio: *A mayor beneficio del deudor, corresponde mayor responsabilidad civil del mismo en el manejo de la cosa objeto de la obligación y, por consiguiente, responderá hasta de un grado menor de culpa.*

Así, si el contrato por su naturaleza no produce beneficio sino para el deudor, y ninguno para el acreedor, el deudor responderá hasta de su *culpa levísima*, tendrá el máximo de responsabilidad civil, toda vez que el acreedor no ha hecho sino prestarle un servicio gratuito sin beneficiarse en nada. Esto sucede, por ejemplo, en el contrato de comodato o préstamo gratuito de una cosa determinada.

Pero si el contrato, por su naturaleza, está llamado a producir beneficio para ambas partes, es lógico y natural que el deudor no tenga la misma responsabilidad civil que cuando él solo reporta beneficio. Así sucede, por ejemplo, en el contrato de venta o en el de arrendamiento, y en general en todos los contratos bilaterales. Entonces responde solamente hasta de la *culpa leve*. Tiene una responsabilidad media.

Finalmente, puede suceder que el beneficio del contrato sea íntegramente para el acreedor y ninguno para el deudor. Esto sucede en el contrato de depósito, que es esencialmente gratuito. En este caso, es lógico y natural que el deudor tenga el mínimo de responsabilidad civil en materia de culpa y, por consiguiente, no responderá sino de su dolo y de culpa grave en la custodia y conservación de la cosa depositada, puesto que no recibiendo por ello remuneración alguna, todo el beneficio del contrato es para el acreedor o depositante.

Como decimos, es más lógico este sistema que el del derecho romano, puesto que permite una mejor graduación de la culpa con el mayor o menor beneficio que el deudor haya reportado del acto o contrato.

CAPÍTULO VII

Del retardo en el cumplimiento de las obligaciones

1. DE LA MORA EN GENERAL

Fuera del caso en que sobreviniera la inejecución absoluta de la obligación por parte del deudor, podía suceder que este retardara injustamente el cumplimiento de la obligación exigible, a pesar de que para ese cumplimiento fuera requerido por el acreedor. Se decía entonces que el deudor incurría en *mora de pagar* o de cumplir la obligación.

De la misma manera podía suceder en el terreno de los hechos que el acreedor impidiera injustamente el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, negándose a recibir el objeto de ella, cuando el deudor quería y podía satisfacerlo. Se decía entonces que el acreedor incurría en mora de recibir.

De ahí que haya dos situaciones jurídicas distintas que contemplar: la *mora del deudor (mora debitoris)* y la *mora del acreedor (mora creditoris)*.

2. "MORA DEBITORIS"

Era, según hemos dicho, la situación jurídica en que se colocaba el deudor que había retardado injustamente el cumplimiento de la obligación, una vez que fuera exigible y el acreedor lo hubiera requerido para dicho cumplimiento. De ahí se desprende que para que esta situación jurídica se produjera eran indispensables los siguientes elementos:

1. *Que la obligación fuera exigible.* Por consiguiente, si la obligación era a plazo o bajo condición suspensiva y no se había vencido el pl-

zo ni había llegado la condición, no podía producirse la mora del deudor que en este estado dejara de cumplir la obligación. Pero si la obligación era pura y simple, siendo, por lo tanto, exigible desde que tenía existencia jurídica, podía sobrevenir la mora del deudor, una vez que fuera requerido por el acreedor para su cumplimiento. Otro tanto sucedía si la obligación era a plazo o bajo condición suspensiva, y había vencido el plazo o llegado la condición.

2. *Que hubiera culpa o dolo.* Era necesario que el retraso en el cumplimiento de la obligación se debiera a dolo o culpa del deudor. Por consiguiente, si el retraso se debía a un caso fortuito o de fuerza mayor, no podía decirse que el deudor incurriera en mora, puesto que aquellos hechos llegaban aun a dispensarlo del cumplimiento de la obligación, según hemos visto.

3. *Que hubiera "interpellatio".* Por la sola exigibilidad de la obligación, y el retraso culpable o doloso del deudor, no se producía la mora de este último; era indispensable, además, que se realizara lo que en derecho romano se llamaba la *interpellatio*, o sea el *requerimiento* que debía hacer el acreedor al deudor para que cumpliera la obligación. *Morafieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit* ("Se entiende que la mora se produce no de parte de la cosa sino de la persona, esto es, si requerido el deudor en el lugar adecuado, no hace el pago") (Marciano, L. 32, D. XXII, 1). Solamente a partir de ese requerimiento se producía la mora del deudor, aun cuando se hubiera vencido el plazo o se hubiera cumplido la condición suspensiva, siempre que se reunieran los otros dos elementos ya enumerados.

Tan solo en dos casos *no era necesaria la inierpellatio* del acreedor, al deudor, para que se produjera la *mora debitoris*: cuando el deudor se había ausentado sin dejar representante, con intención de perjudicar al acreedor, y cuando la obligación provenía de un delito de hurto.

En estos casos, la mala fe manifiesta del deudor lo colocaba en una situación excepcional en cuya virtud se le consideraba en mora, sin necesidad de requerimiento previo del acreedor.

La necesidad de requerimiento previo del acreedor para que se produjera la mora del deudor patentiza la diferencia o distinción jurídica en-

tre dos situaciones que es preciso no confundir: la exigibilidad de la obligación y la mora del deudor.

La exigibilidad de la obligación es la posibilidad jurídica de pedir el cumplimiento de ella. La mora es el estado en que se coloca el deudor por su dolo o culpa cuando retarda el cumplimiento de la obligación exigible, una vez requerido de pago por su acreedor.

La exigibilidad de la obligación es elemento esencial de la mora, pero no se confunde con ella. Una obligación podrá ser exigible y, sin embargo, no hallarse el deudor en mora. Esto sucedía cuando había llegado el momento de cumplir la obligación y el acreedor no había hecho la *interpellatio* al deudor, para que procediera a su cumplimiento; pues, según hemos visto, la mora no se producía sino a partir de la *interpellatio*, y para hacer dicha *interpellatio* era indispensable que la obligación fuera exigible.

La *interpellatio* del derecho romano equivale al requerimiento o reconvención judicial, que nuestro derecho civil exige en algunos casos para constituir al deudor en mora. Y este caso se presenta tratándose de una obligación pura y simple, es decir, no sujeta a término ni a condición. El deudor no incurre en mora en este caso, sino a partir del requerimiento judicial que le haga el acreedor para que efectúe el pago.

Pero siendo la *obligación pura y simple* exigible desde que tuvo existencia jurídica, aparece de manifiesto la misma distinción que ya hemos expresado, colocándonos en el terreno del derecho romano, entre exigibilidad de la obligación y mora del deudor.

Hay un caso que patentiza aún más esta diferencia: en el contrato de arrendamiento, una vez vencido el término estipulado para su duración, es exigible al arrendatario la obligación de restituir la cosa arrendada. Pero, según disposición expresa de nuestro Código Civil, el arrendatario no se considera en mora de restituir la cosa arrendada sino desde que sea requerido por el arrendador para la entrega.

Sucede, sí, que tratándose de obligaciones a término o bajo condición suspensiva la mora del deudor se produce, a diferencia de lo que sucedía en el derecho romano, desde el cumplimiento mismo del término o de la

condición, sin necesidad de requerimiento judicial por el acreedor; pero lo que hay entonces es que los dos fenómenos –exigibilidad de la obligación y mora del deudor– principian a un mismo tiempo, lo cual no quiere decir que sean una misma e idéntica cosa.

Hemos recalcado sobre la distinción jurídica entre exigibilidad de la obligación y mora del deudor, para prevenir contra errores en que a menudo se incurre en la práctica, confundiendo aquellos dos conceptos. Así, cuando se ha demandado el cumplimiento de una obligación pura y simple, se ha pretendido contradecir la acción alegándose que no puede pedirse el cumplimiento de tal obligación porque el deudor no está en mora, toda vez que no ha precedido requerimiento judicial hecho por el acreedor.

Semejante teoría es errónea, y la oposición del deudor en este sentido no puede prosperar, porque para exigir el cumplimiento de una obligación, aun por vía judicial, no es necesario que el deudor esté en mora; basta que la obligación sea exigible, y ya hemos visto que la obligación pura y simple es exigible desde que ha nacido a la vida jurídica.

De suerte que puede demandarse judicialmente el cumplimiento de una obligación pura y simple sin necesidad de que haya precedido a la demanda la reconvenCIÓN judicial que la ley exige para que el deudor esté en mora.

De la misma manera se había dicho anteriormente por juzgados y tribunales que si se demandaba ejecutivamente el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato bilateral no podía librarse ejecución, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla sus obligaciones o no se allane a cumplirlas en el lugar y tiempo debidos.

Semejante doctrina es errónea y contra ella ha reaccionado la jurisprudencia en los últimos tiempos. De que el deudor en un contrato bilateral no se halle en mora de cumplir mientras el otro contratante no cumpla o no se allane a cumplir sus obligaciones, no se sigue que la obligación no sea exigible, aun por vía judicial, si no está sujeta a término o condición; y lo que la ley requiere para ordenar judicialmente la ejecución de una obligación determinada no es sino que se pruebe su existencia y que la obli-

gación sea exigible. En parte alguna exige la ley para librar ejecución que el deudor se haya constituido en mora de cumplir. Aquel error provenía, según puede verse, de la confusión entre la mora del deudor y la exigibilidad de la obligación.

3. CONSECUENCIAS DE LA "MORA DEBITORIS"

Una vez que el deudor se había colocado en la desfavorable situación de mora, se modificaban los principios que ya hemos visto sobre responsabilidad civil en caso de que se hiciera imposible el cumplimiento de la obligación por caso fortuito.

Hemos visto que en circunstancias ordinarias el deudor quedaba libre si un caso fortuito o de fuerza mayor hacía imposible el cumplimiento de la obligación. Pues bien: desde el momento mismo en que el deudor quedara constituido en mora, soportaba el riesgo del cuerpo cierto objeto de la obligación; es decir, si ese cuerpo cierto llegaba a perecer, así fuera por caso fortuito o fuerza mayor, subsistía en todo caso su responsabilidad civil. Algunos jurisconsultos romanos expresaron esta idea diciendo que la mora del deudor perpetuaba su obligación. Pero habiéndose hecho imposible el cumplimiento de esta en su objeto propio, se transformaba en la de indemnización de los perjuicios provenientes del no cumplimiento de la obligación.

El principio general de que en el estado de mora ni aun el caso fortuito o la fuerza mayor libertaban al deudor, tuvo una limitación: si se probaba que el caso fortuito o la fuerza mayor habrían sobrevenido igualmente aun habiendo ido la cosa a poder del acreedor por cumplimiento oportuno de la obligación, se volvía a la regla general de la liberación del deudor, puesto que no habiendo tenido influencia la mora del deudor en la inejecución de la obligación, tal resultado no era efecto de ella.

Es el mismo principio que sobre la materia consagra el Código Civil colombiano, cuando dispone que en el estado de mora el deudor responde aun del caso fortuito que destruya o haga perecer la cosa debida, a menos que se pruebe que el caso fortuito habría sobrevenido igualmente hallándose la cosa en poder del acreedor.

Si el objeto de la obligación era una suma determinada de dinero, las consecuencias de la mora del deudor *eran distintas*. No podía hablarse entonces del caso fortuito que destruyera el objeto de la obligación, puesto que el dinero se consideraba como cosa de género, y en virtud del principio *genera non pereunt* (los géneros no perecen) no se aplicaban entonces las reglas sobre la liberación del deudor por pérdida o destrucción de la cosa debida. Pero como el acreedor sufría indudablemente perjuicio por el retardo en el cumplimiento de la obligación de dinero, la equidad imponía que el deudor moroso le indemnizara de tales perjuicios. Se consideró que los perjuicios moratorios equivalían al interés que el acreedor hubiera podido hacer producir a la suma debida, desde la constitución del deudor en mora; y así fue como se estableció que el deudor moroso debía pagar al acreedor un interés a determinada tasa legal, desde el momento en que hubiera sido constituido en mora. Estos son los intereses que nuestro derecho civil llama legales y a que queda obligado el deudor moroso a favor del acreedor.

4. CONSECUENCIAS DE LA “MORA DEBITORIS” EN CASO DE PLURALIDAD DE DEUDORES

Si había varios deudores, y uno de ellos incurriía en mora, ¿debían los otros sufrir las consecuencias de esta?

Para resolver esta cuestión es preciso recordar que la mora es una situación jurídica producida por culpa o dolo del deudor que ha retardado injustamente el cumplimiento de la obligación; y como las consecuencias del dolo y de la culpa son personales para el deudor culpable o doloso, debe concluirse que las consecuencias desfavorables de la *mora debitoris* no se producían en caso de pluralidad de deudores, sino para aquel que en ella hubiera incurrido.

Esta conclusión era la misma, ya fuera que los deudores estuvieran ligados por los vínculos de correabilidad o no lo estuvieran, y ora se tratase de un objeto divisible o indivisible de la obligación. Pero este principio general sufría una modificación importante en el caso de los deudores accesorios. Si el deudor principal en una obligación garantizada con fianza incurriía en mora, el fiador sufría también las consecuencias de ella, por

cuanto estaba subordinado al deudor principal en razón del vínculo de dependencia que hacía de aquél un deudor accesorio; y aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, el fiador seguía al deudor principal cualesquiera que fuesen las situaciones jurídicas en que este llegara a colocarse. *Mora rei fideiussori quoque nocet* (“La mora del deudor principal también perjudica al fiador”) (Dig., XLV, 1).

Para expresar este principio general, los textos romanos decían: *mora rei fideiussori quoque nocet* (la mora del deudor perjudica o daña al fiador); así como también para significar que, fuera del caso de deuda accesoria, la mora de uno o de varios deudores no perjudica a los otros, se decía en el derecho romano: *si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet* (si hay varios deudores que prometen, la mora de uno no perjudica a los otros), *nicuique sua mora nocet* (a cada cual le perjudica su mora) (Marciano, L. 32, D. 22, 1; Paulo, L. 173, D. L, 17).

5. PURGACIÓN DE LA “MORA DEBITORIS”

La mora del deudor no era una situación permanente e inmutable; *era solamente transitoria* en cuanto perduraba mientras subsistiera el retardo culpable o doloso en el cumplimiento de la obligación. Pero una vez que ese retardo cesara, la situación de mora debía terminar también. Se decía entonces que el deudor purgaba la mora, y ese hecho jurídico se denominaba *purgatio morae debitoris*.

Pues bien: la mora del deudor se purgaba, ya porque cumpliera la obligación demorada, ya porque manifestara por hechos indudables estar dispuesto a satisfacer debidamente el objeto de la obligación. Pero esa intención debía aparecer de manera evidente, de suerte que si no se cumplía la obligación, ello se debiera ya al dolo o culpa del acreedor que se negara a recibir el pago.

La *purgatio morae* no producía efecto retroactivo, es decir, obraba solo para el futuro, haciendo cesar las consecuencias de la mora en adelante, pero no destruía los efectos producidos por la mora pasada. Así, los daños y perjuicios consecuenciales de la mora debían pagarse desde cuando ella hubiera sobrevenido hasta cuando se hubiera realizado la *purgatio morae*.

6. "MORA CREDITORIS" (MORA "IN ACCIENDO")

Según hemos dicho, la mora del acreedor consistía en el retardo injusto de este en aceptar el pago que debidamente le ofreciera el deudor. La *mora creditoris* debía resultar, pues, del dolo o de la culpa del acreedor, no podía producirse por caso fortuito ni por fuerza mayor que hubiera impedido al acreedor aceptar el pago válido ofrecido por el deudor.

Según esto, para que se produjera la *mora creditoris* se requería lo siguiente:

- Que la negativa del acreedor a recibir el pago fuera injusta, esto es, culpable o dolosa.
- Que el ofrecimiento del deudor fuera válido, por hacerse en un todo de conformidad con los términos de la obligación. No podía, por tanto, producirse la *mora creditoris* si la oferta del deudor no comprendía la totalidad del objeto de la obligación, o se hacía en un lugar distinto de aquel en que debía cumplirse, porque entonces la negativa del acreedor no era injusta.

7. EFECTOS DE LA "MORA CREDITORIS"

El principal efecto de la *mora creditoris* era que los riesgos de la cosa debida, ya fuera ésta un cuerpo cierto o una *cosa de género*, pertenecían al acreedor desde el momento en que incurriera en mora de recibir. Si, por consiguiente, la cosa debida perecía durante la *mora creditoris*, el acreedor moroso soportaba la pérdida. El deudor no era responsable, en ese estado, sino por su dolo o su culpa grave. Y este principio imperaba, según hemos dicho, aun cuando el objeto de la obligación fuera cosa de género; lo que no sucedía antes de la mora del acreedor, puesto que, según hemos visto, la destrucción de las cosas de género debidas no liberaba al deudor.

Había, pues, una derogación de este principio en el caso de mora del acreedor. Se decía o se consideraba que en este caso la *mora creditoris* producía en cierto modo una individualización de las cosas de género mate-

ria de la obligación, lo que hacía que si se destruían sin dolo ni culpa grave del deudor, este quedara libre.

Si se trataba de una obligación de pagar determinada suma de dinero, la *mora creditoris* hacía cesar los intereses que estuviera produciendo dicha suma.

8. PURGACIÓN DE LA "MORA CREDITORIS"

Del mismo modo que la mora del deudor, la mora del acreedor podía cesar en sus efectos una vez que el acreedor se hallara dispuesto a recibir el pago válidamente ofrecido por el deudor. Pero esta *purgatio morae* del acreedor no destruía retroactivamente los efectos que hubiera producido anteriormente.

CAPÍTULO VIII

De los daños y perjuicios

1. SU INDEMNIZACIÓN

Hemos visto que cuando el cumplimiento de la obligación no podía llevarse a cabo por el dolo o la culpa del deudor, subsistía la responsabilidad civil de este para con el acreedor.

Hemos visto igualmente que cuando el deudor retardaba culpable o dolosamente el cumplimiento de la obligación, era civilmente responsable de las consecuencias de su mora. Pero, ¿cómo podían hacer efectivas aquellas responsabilidades del deudor? ¿Cómo podía constreñirse a ejecutar una obligación cuyo cumplimiento en su objeto inicial se había hecho imposible por destrucción o pérdida de este? A llenar esta necesidad vino la institución civil de la *indemnización de los daños y perjuicios*, conocida desde el derecho romano y que, basada en los principios generales de este, ha pasado al derecho civil moderno.

Si el deudor no ejecutaba la obligación por culpa o dolo, debía indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la no ejecución; y si incurría en mora debía indemnizar los daños y perjuicios provenientes de ella.

En uno y otro caso la indemnización consistía en el pago de una cantidad de dinero que representaba el perjuicio sufrido por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación o de la mora en ejecutarla. He aquí por qué, según expusimos al tratar del *objeto de la obligación*, entre los requisitos esenciales de él está el *que sea apreciable en dinero*, pues, si no lo fuera, no habría modo de hacer efectiva la responsabilidad civil del deudor en caso de incumplimiento culpable o doloso de la obligación.

2. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

Desde el derecho romano se ha considerado que en la indemnización de daños y perjuicios entran dos elementos constitutivos:

1. El *daño emergente*, o sea la pérdida que representa para el acreedor el verse privado del objeto propio de la obligación, y

2. El *lucro cesante*, es decir, la ganancia que el acreedor habría reportado de este objeto en su poder, y que no ha reportado a consecuencia del incumplimiento o de la mora del deudor. El daño representa, pues, el equivalente en dinero del objeto de la obligación, y el lucro cesante el de la utilidad perdida del mismo objeto.

La indemnización por daños y perjuicios podía fijarse de tres modos: *por el juez, por la ley o por las partes*.

a) Se fijaba por el juez cuando sobrevenía un litigio ocasionado por la mora o el incumplimiento del deudor, no habiendo fijado la ley ni las partes el monto de la indemnización. En este caso el acreedor debía probar durante el juicio la consumación de los perjuicios, y correspondía al juez en la sentencia fijar el monto de la indemnización, según su prudente arbitrio.

Por una constitución de Justiniano se dispuso que cuando la obligación tenía por objeto la entrega de una cosa determinada, la indemnización no podía exceder del doble de su valor.

b) La indemnización era fijada por la ley en el caso de mora en el pago de una cantidad de dinero. La indemnización se ha llamado en este caso *interés legal moratorio*, y el tipo más comúnmente establecido bajo el imperio del derecho romano fue el del 12% anual. Nuestro derecho lo fija en un 6%.

c) La indemnización era fijada por las partes contratantes cuando estas convenían en que el deudor pagara al acreedor determinada suma de dinero en el caso de que no ejecutara la obligación o demorara su cumplimiento.

La indemnización así convenida se conocía en el derecho romano con el nombre de *stipulatio poenae* y en el derecho civil moderno con el de *cláusula penal*. Así la establece y define el artículo 1592 del Código Civil de Colombia.

La *stipulatio poenae* podía, pues, establecerse para el caso de incumplimiento absoluto de la obligación, y era este el caso más frecuente, o para el caso de simple retardo o mora del deudor. En el primer caso se ha designado con el nombre de *cláusula penal compensatoria*, y representa el *valor del objeto* propio de la obligación y de la utilidad perdida, esto es, los dos elementos constitutivos de los daños y perjuicios.

En el segundo caso se le ha dado el nombre de *cláusula penal moratoria*, y no lleva envuelto el valor del objeto propio de la obligación, sino tan solo el perjuicio sufrido por la demora en satisfacer ese objeto.

La *stipulatio poenae* ha tenido desde el derecho romano el carácter de una obligación accesoria y condicional. Es accesoria porque accede siempre a una obligación principal, y es condicional porque la obligación que de allí surge no llega real y jurídicamente a existir sino una vez que no se cumpla la obligación principal o se retarde su cumplimiento. La condición consiste, pues, en el no cumplimiento de la obligación principal o en el retardo de su ejecución. Asimismo se dijo que no habría lugar a la *poena* si el objeto era imposible. *Nec poena rei impossibilis committetur* ("No haya lugar a pena [a causa de] un objeto imposible") (Ulpiano, L. 69, D. XLV, 1).

Del carácter accesorio de la *stipulatio poenae* se deduce que si la obligación principal es nula o llega a extinguirse, es nula o se extingue consecuentemente la *stipulatio poenae*. Y del carácter condicional de esta resulta que antes del incumplimiento o de la mora del deudor no puede hacerse efectiva, y que una vez sobrevenido el incumplimiento o la mora el acreedor tendrá acción para hacer efectiva la *stipulatio poenae*, pero con una diferencia: si la cláusula penal es compensatoria no podrá exigir a la vez el cumplimiento de esta y de la obligación principal, puesto que la *stipulatio poenae* envuelve el valor del objeto de la obligación principal. Mas si se trata de cláusula penal moratoria puede exigirse a la vez el cumplimiento de la obligación principal y el de la *stipulatio poenae*, puesto que en esta no se comprende el valor del objeto de la obligación principal. Este principio aparece consagrado en el artículo 1594 de nuestro Código Civil.

No siendo la *stipulatio poenae* otra cosa que la estimación convencional de los perjuicios que al acreedor se causaran en caso de incumplimiento de la obligación o la mora del deudor, es lógico concluir que llegado el caso de ese incumplimiento o de ese retardo no podía pedirse a la vez la indemnización de los perjuicios y la pena estipulada, sino una de estas dos cosas, pues bien podía el acreedor prescindir de la pena estipulada para atenerse a la fijación de los perjuicios por el juez.

Sin embargo, llegó a admitirse, para los contratos de buena fe, que si el acreedor había escogido hacer efectiva la pena bien podía después ejercitarse acción de perjuicios, pero limitada a lo que la *stipulatio poenae* no hubiera alcanzado a indemnizar.

¿En qué momento era exigible la obligación nacida de la *stipulatio poena*? Si se trataba de una pena compensatoria y no moratoria, siendo aquella sustitutiva del objeto mismo de la obligación principal, era exigible desde el momento en que lo fuera esta última y no se cumpliera por el deudor.

En este caso no era necesario para la exigibilidad de la pena que el deudor se colocara en el estado de mora. Bastaba que la obligación principal fuera exigible. Así, pues, si la obligación principal era pura y simple, siendo, por lo tanto, exigible desde que había tenido nacimiento, la pena era exigible desde ese momento si el deudor no cumplía la obligación principal. Y si la obligación era a término o bajo condición suspensiva, la pena era exigible desde el momento mismo en que, habiendo llegado el término o la condición, el deudor no satisfacía el objeto de la obligación principal.

Mas si la *stipulatio poenae* había sido convenida para el caso de mora del deudor únicamente, envolviendo en sí los perjuicios provenientes de la *mora debitoris*, no era exigible sino cuando el deudor se había colocado en la situación jurídica de mora.

Por consiguiente, es lógico concluir que en este caso la pena no era exigible sino a partir de la *interpellatio* o requerimiento de pago al deudor, elemento que según hemos visto era indispensable en la generalidad de los casos para que el deudor se colocara en estado de mora.

Este sistema del derecho romano no ha sido seguido exactamente por nuestro derecho civil, pues el Código sobre la materia dispone en su artículo 1595, de una manera general y sin distinguir entre cláusula penal compensatoria y moratoria, que la pena no puede exigirse sino una vez que el deudor se constituya en mora de cumplir.

De consiguiente, si se trata de una obligación pura y simple, la pena estipulada no podrá exigirse sino después del requerimiento de pago al deudor, puesto que en esa clase de obligaciones ese requerimiento es indispensable para constituir en mora al deudor.

Finalmente diremos que en el derecho romano imperó el principio de que existiendo la *stipulatio poenae*, el acreedor no tenía necesidad de probar que había sufrido perjuicios con el incumplimiento de la obligación para exigir el pago de la pena; obraba en este caso por la sola virtud de la estipulación penal, sin que el deudor pudiera contradecir la acción alegando que el incumplimiento o la mora no habían causado ningún perjuicio al acreedor. Este principio sí aparece consagrado de manera absoluta en el artículo 1599 de nuestro Código Civil.

CAPÍTULO IX

Extinción de las obligaciones

1. NOCIONES GENERALES

El vínculo de derecho entre el acreedor y el deudor no estaba llamado a perpetuarse indefinidamente. Debía llegar un momento en que el deudor se liberara de la carga de su obligación, y entonces esta última quedaba extinguida.

El medio propio y natural de extinguirse toda obligación era el pago, es decir, la satisfacción del objeto de aquella por parte del deudor. Pero en el derecho romano no en toda época fue suficiente el pago para que el deudor quedara libre de la obligación y esta se extinguiera.

En los primeros tiempos del derecho, que en materia de obligaciones y contratos se caracterizaron por la primacía de las fórmulas externas, era indispensable, para que el vínculo de la obligación se extinguiera, el empleo de determinadas formalidades en un todo análogas a las que habían servido para constituir el vínculo jurídico.

Así, la obligación nacida del *nexum*, primitiva forma de contratar, no podía extinguirse sino mediante la realización de la ceremonia ritual *per aes et libram*, en que mediante el símbolo del cobre y la balanza se figuraba el pago hecho por el deudor al acreedor. De la misma manera la obligación nacida de la *stipulatio* no podía extinguirse sino poranáloga fórmula en que el acreedor declaraba libre de su obligación al deudor.

Y así también, si la obligación había nacido del *contrato litteris*, no podía extinguirse sino por medio de la escritura. Nada importaba en es-

tos casos que el deudor pagara el objeto de su obligación para quedar libre de esta. Si no se habían empleado las respectivas solemnidades rituales, según la clase de contrato, el deudor no era liberado; la obligación no quedaba extinguida.

El advenimiento de los contratos formados *re*, de que ya hemos hablado, trajo la primera evolución sobre la materia de que venimos tratando. Habiendo bastado en estos contratos la entrega de la cosa materia de ellos al deudor para que naciera la obligación a cargo de este último, era lógico admitir que dicha obligación se extinguiera a su vez con la entrega de la cosa hecha por el deudor al acreedor, sin necesidad de otro requisito, puesto que ninguno otro se había necesitado para dar nacimiento a la obligación. De suerte que en esta clase de contratos vino a consagrarse el pago como acto jurídico que por sí solo producía la extinción de la obligación.

Finalmente, habiendo llegado a admitirse por el derecho civil que el simple consentimiento de los contratantes en determinada clase de contratos bastaba para la perfección de estos, se admitió como consecuencia lógica que ese mismo consentimiento debía bastar por sí solo para extinguir las obligaciones nacidas de los contratos simplemente consensuales. Y a este medio de extinción de las obligaciones se le ha dado el nombre de *mutuo disentimiento* de los contratantes. *Quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur* ("Las obligaciones que se contraen por el solo consentimiento se disuelven por la sola voluntad contraria") (Inst., 3, 29, 4).

En el derecho antiguo imperó, pues, según lo dejamos expuesto, el principio de que una relación entre acreedor y deudor debía extinguirse por los mismos medios que habían servido para constituirla. Y los jurisconsultos romanos solían expresar este principio diciendo: *Nihil tam naturale est quam eo genere quique disolvere quo coligatum est* ("Nada es tan natural como disolver un vínculo de la misma manera como se formó") (Ulpiano, L. 25, D. L, 17).

2. DIVERSOS MEDIOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En la última época del derecho romano llegó a generalizarse el principio de que el *medio natural de extinguir toda obligación es el pago válido*.

damente hecho al acreedor. Pero fuera de este acto jurídico se conocieron otros medios de extinción de las obligaciones, y todos ellos se clasificaron, según el modo como producían sus efectos liberatorios, en dos grupos: los que extinguían la obligación *ipso iure* y los que solo producían su efecto extintivo por vía de excepción: *exceptionis ope*.

Los medios que extinguían la obligación *ipso jure eran*: *el pago*, la *novación*, la *aceptilación*, la *confusión*, la *pérdida de la cosa debida*, la *capitis deminutio* y el *mutuo disentimiento*.

Extinguían la obligación *exceptionis ope*: *el pacto de remisión* o de *non petendo*, la *compensación*, la *litis contestatio*, el *juramento* y la *prescripción*.

Los medios de extinción *ipso iure* extinguían la obligación y libertaban al deudor de una manera absoluta, sin que hubiera necesidad de alegar expresamente y de formular la respectiva excepción en el proceso en que el deudor libertado fuera demandado. Era suficiente que durante el juicio apareciera haberse realizado el medio extintivo de la obligación para que el deudor demandado fuera absuelto.

No así los medios de extinción que solo producían sus efectos *exceptionis ope*. El deudor no quedaba libertado ni la obligación se extinguía de manera absoluta. Tan solo confería al deudor una excepción que debía proponer en legal forma y a su debido tiempo para que probando el hecho durante el proceso, pudiera producir los efectos absolutorios a favor del deudor. Si este no alegaba formal y oportunamente la excepción, no podía ser absuelto, aun cuando llegara a probar el hecho durante el proceso.

3. DEL PAGO

El acto jurídico de pagar se designaba en el derecho romano con la palabra *solutio*. En sentido amplio este término significaba la ruptura del vínculo jurídico de la obligación, cualquiera que hubiese sido el medio por el cual se había efectuado; y en este sentido podía aplicarse a cualquier medio de extinción de las obligaciones. *Solutio est omnis liberatio quoque modo facta* ("Pago es toda liberación hecha de algún modo") (Dig., 46, 3,

54). Pero en sentido estrictamente jurídico, el término *solutio* no se aplicaba sino al hecho de satisfacer el deudor el objeto de su obligación. De allí viene el nombre de solución o pago efectivo con que en la terminología moderna se designa el acto jurídico de pagar.

Según hemos dicho, el pago era el medio propio y natural de extinguir toda obligación. Era el acto que producía al acreedor el beneficio que debía reportar de su acreencia; *era la finalidad propia de la obligación*. El deudor se obligaba para pagar y a su vez el acreedor adquiría su acreencia para que se le pagara; pero como acto jurídico que era, el pago debía reunir determinados requisitos para que produjera sus efectos liberatorios a favor del deudor. Y a este respecto, es preciso examinar tres cuestiones distintas:

1. Quién podía hacer el pago;
2. A quién debía pagarse, y
3. Qué cosa debía pagarse.

1. *Quién podía hacer el pago.* Por regla general, al acreedor lo que le interesa es que se le satisfaga el objeto de su acreencia. De esta suerte, si se le hace el pago en condiciones satisfactorias, de conformidad con la obligación, nada importa que se haga por el deudor mismo o por cualquier otra persona. De ahí el principio general de que puede hacerse el pago no solo por el deudor, sino por un tercero, y no solo con el consentimiento del deudor, sino también sin él y aun contra su voluntad. Tal principio general imperó en el derecho romano y está consagrado expresamente por nuestra legislación civil. *Nec tamen interest quis solvat, utrum, ipse qui debet, an alio pro eo: liberatur enim el alio solvente sive scientie, sive ignorantie debitore del invito* ("Y no interesa quién pague, si sea el mismo que debe u otro por él; se libera también cuando otro paga así lo sepa o lo ignore el deudor, o contra su voluntad") (Inst., III, 29).

Si el tercero extrafío a la obligación pagaba en virtud de un mandato del deudor, podía exigir de este último el reembolso de lo pagado mediante la acción *mandan contraria*. Si pagaba sin el consentimiento expreso del deudor, pero no contra su voluntad, se consideraba como agente oficioso o

gestor del negocio y podía pedir el reembolso ejercitando la acción *negotiorum gestorum contraria*. Mas si pagaba contra la voluntad del deudor, ningún recurso tenía contra este para el reembolso de lo pagado.

El pago debía además conferir al acreedor sobre las cosas pagadas el beneficio y las facultades que según la clase de obligación estaba llamado a adquirir. Hemos visto que las obligaciones podían tener por objeto transmitir la propiedad de las cosas materia de ellas (*dare*), o bien entregar la simple tenencia (*praestare*), o ejecutar un hecho determinado (*facere*). Si la obligación era de *dare*, el pago no era válido sino cuando el que pagaba era dueño de las cosas pagadas, pues de otra manera no podía transferir el dominio en beneficio del acreedor. Por consiguiente, el pago hecho por quien no era dueño de lo pagado no libertaba al deudor, y el dueño de las cosas pagadas podía reivindicarlas. Sin embargo, este principio admitía limitaciones. Si el acreedor que recibía un pago en estas condiciones llegaba a adquirir por usucapión la propiedad de las cosas pagadas, el deudor quedaba libre, pues se había conseguido la finalidad propia del pago. Igualmente producía sus efectos liberatorios el pago de cosa ajena, si el acreedor había consumido de buena fe las cosas pagadas por un incapaz.

Consecuencia lógica y jurídica de lo que dejamos expuesto era que la persona que pagaba debía ser capaz de realizar este acto jurídico. Un incapaz, verbigracia, un menor, no podía pagar válidamente, porque al hacerlo se desprendía de la propiedad de las cosas pagadas. Y si en tales condiciones pagaba, podía, por regla general, exigir la devolución de lo pagado, pero solo en cuanto el pago le hubiese causado perjuicio, pues si pretendía aprovecharse de su incapacidad para perjudicar a su acreedor, era rechazado con la excepción de dolo, en virtud del principio de que nadie puede enriquecerse injustamente en daño de otro. De la misma manera si el acreedor había consumido de buena fe las cosas pagadas por un incapaz, no podía este exigir la devolución de lo pagado.

Si la obligación era de *praestare*, no debiendo el deudor transferir la propiedad de las cosas materia de ella, no era necesario que fuera dueño de lo pagado; bastaba que fuera simple tenedor. Pero era preciso que tuviera capacidad legal para realizar el acto jurídico del pago.

Si la obligación era de *facere* se aplicaban, en cuanto lo permitiera su naturaleza, los mismos principios ya expuestos sobre el cumplimien-

to de ella por el deudor. *Solvere dicitur qui id facit quod facere promisit* ("Se dice que paga quien hace aquello que prometió hacer") (Dig., 46, 3, 54). Mas, en el caso de que la obligación se hubiese contratado en consideración a la persona determinada del deudor, no podía ejecutarse el hecho sino por esa persona. Esto sucedía cuando se encargaba la ejecución de una obra teniendo en cuenta las condiciones personales de quien se obligaba a ejecutarla. En este caso no era válido el pago o la ejecución de la obra por un tercero.

2. *A quién debía hacerse el pago.* Si, como hemos visto, por regla general al acreedor debía serle indiferente la persona que le hiciera el pago, siempre que se efectuara de conformidad con los términos de la obligación, no sucedía lo mismo en cuanto a la persona a quien debía hacerse el pago.

La simple razón natural indica que el pago no podía ser válidamente hecho sino al sujeto activo de la relación jurídica, puesto que era él y no un extraño quien debía beneficiarse del pago de su acreencia. Pero al hablar de la persona del acreedor debe entenderse esta, no en su *sentido físico*, sino en su *sentido jurídico*, porque bien podía suceder que en el momento en que debía hacerse el pago el dueño del crédito no fuera la misma persona física a cuyo favor había nacido la obligación; por ejemplo, cuando el acreedor había fallecido antes de hacerse el pago, caso en el cual este debía efectuarse en la persona del heredero que sucediese en el crédito.

Otro tanto ocurría cuando por acto entre vivos el crédito había pasado a poder de otra persona mediante las normas jurídicas de la cesión que ya hemos estudiado.

Igualmente podía suceder que el acreedor confiriera un mandato para recibir el pago de su acreencia, caso en el cual era válido el pago hecho al mandatario. Y ese mandatario podía designarse en el contrato mismo que había dado nacimiento a la obligación, caso en el cual se le daba el nombre de *adjectus solutionis gratia*.

Para que fuera válido el pago, considerado por el aspecto de la persona del acreedor, era también indispensable que ella tuviera la *libre disposición* de sus bienes, pues al recibir el pago extinguía su acreencia, de-

jando esta de pertenecer a su patrimonio. Por consiguiente, si el acreedor era incapaz, debía recibir con la intervención de su respectivo guardador. Si recibía sin este requisito, la obligación no se extinguía, pero aplicando el principio del enriquecimiento injusto en daño de otra persona, no podía el incapaz preveralser de su incapacidad para obtener de esta manera que, habiéndose hecho el pago sin los requisitos legales, se le pagase de nuevo, pues entonces era rechazado con la excepción de dolo. Únicamente podía alegar el incapaz la invalidez del pago hasta concurrencia del perjuicio que hubiese recibido con él, y tan solo para obtener el *resarcimiento de ese perjuicio*, pero no para enriquecerse injustamente haciendo pagar dos veces al deudor.

3. *Qué cosa debía pagarse.* Por lo que hace al objeto de la obligación, esta debía cumplirse pagando la misma cosa que se había prometido o que había sido materia de ella y entregándola en su totalidad. El acreedor no podía ser obligado a recibir cosa distinta de lo que constituía el objeto propio de su acreencia, ni a recibir ese objeto por partes si así no se había estipulado. *Aliud pro alio invito creditoris solvi non potest* ("No se puede obligar al acreedor a recibir una cosa por otra") (Paulo, L. 2, D. XII, 1).

Pero de que el acreedor no pudiera ser obligado a una ni a otra cosa no se deduce que en virtud de su libre voluntad no pudiera consentir, ya en recibir cosa distinta del objeto de la obligación, ya en aceptar un pago parcial de la deuda.

El acreedor ha tenido siempre esa facultad, porque la obligación constituida a su favor mira únicamente a su interés individual y, por consiguiente, impera en este caso el principio de la soberanía de la voluntad. En cuanto el acreedor conviniera en recibir cosa distinta del objeto inicial de la obligación, se realizaba el acto jurídico denominado en el derecho romano *datio in solutum*, equivalente a la moderna denominación *dación en pago*, con que se designa el mismo acto jurídico de pagar con el consentimiento del acreedor una cosa distinta de aquella a que el deudor se ha obligado, y que produce todos los efectos jurídicos del pago ordinario.

A los anteriores requisitos del pago, que, como se ha visto, dicen relación directa a los elementos constitutivos del vínculo jurídico de la obligación, como son el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto, deben agre-

garse otros exigidos desde el derecho romano y que se refieren más bien a elementos accidentales de la obligación, tales como el lugar y el tiempo en que esta debía cumplirse.

Deben, pues, examinarse las siguientes cuestiones adicionales: 4. Cuándo, y 5. Dónde debía hacerse el pago.

4. *Cuándo debía hacerse el pago.* Este punto se relaciona íntimamente con la teoría de la ejecución y exigibilidad de las obligaciones, que ya hemos expuesto. Si la obligación era pura y simple, es decir, no sujeta a modalidades de término o condición, el pago debía hacerse tan pronto como lo exigiera el acreedor. Esa exigencia podía ser hecha desde que la obligación tuviera existencia.

Pero si la obligación era a término o bajo condición suspensiva, el deudor no era obligado a hacer el pago sino una vez cumplido el término o realizada la condición.

5. *Dónde debía hacerse el pago.* Las partes podían convenir o acordar libremente el lugar en donde debía efectuarse el pago de la deuda, pero sin necesidad de estipulación expresa, el lugar del pago podía resultar de la naturaleza misma de la obligación, cuando esta no podía ser ejecutada sino en determinado lugar.

Y en caso de que el lugar no resultara del convenio de las partes ni de la naturaleza de la obligación, era regla general que el pago debía efectuarse en el mismo lugar en que al no cumplirse la obligación debiera ser demandado el deudor, y ese lugar era generalmente el domicilio de este último.

6. *Efectos jurídicos del pago.* El efecto propio y directo del pago válidamente hecho es la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor. La obligación se extinguía *ipso jure*, sin que el deudor tuviera necesidad de alegar expresamente la respectiva excepción para que, habiendo sido demandado, fuera absuelto; bastaba probar el hecho del pago para que obtuviera la absolución.

Mas este principio del efecto extintivo del pago no era absoluto sino con respecto al deudor que pagaba y al acreedor que recibía.

En el caso de pluralidad de deudores principales o accesorios, el principio admitía y admite determinadas limitaciones. Así, por ejemplo, si un deudor correal pagaba la deuda, pero al mismo tiempo invocaba el beneficio de *cesión de acciones*, la obligación no se extinguía sino para dicho deudor que pagaba, pues si el acreedor le hacía cesión de sus acciones contra los otros deudores, la obligación de estos cambiaba de sujeto activo, pero no quedaba extinguida.

Otro tanto sucedía con el pago que un fiador hiciera mediante el mismo beneficio de *cesión de acciones* del acreedor contra el deudor principal y los demás fiadores, pues en este caso la obligación de estos y del deudor principal quedaba vigente, aun cuando ya no a favor del acreedor que recibía, sino del deudor accesorio que había pagado.

Sucede otro tanto en el derecho moderno con el fenómeno jurídico de la *subrogación* legal efectuada en virtud del pago hecho por un *deudor solidario o accesorio*. Es esta una figura jurídica especial en que mediante el pago hecho por el deudor solidario o accesorio, se extingue la obligación para el deudor que paga y respecto del acreedor que recibe. Pero al mismo tiempo y de pleno derecho queda subsistente para los otros deudores solidarios o accesorios y a favor del deudor que ha pagado, quien de esta manera viene a ocupar el lugar del acreedor primitivo.

Así mismo corresponde examinar el pago por consignación:

7. *Pago por consignación.* Si bien es cierto que el pago es para el deudor una obligación, puede decirse que al propio tiempo tiene derecho de libertarse de la carga que la obligación implica, haciendo al acreedor un pago con todos los requisitos que anteriormente hemos anotado. Y si el acreedor se negaba injustamente a recibir el pago válidamente ofrecido por el deudor, desconocía el derecho de este último, quien debía tener algún medio para hacerlo valer. Con este fin el deudor tenía la facultad de hacer ofrecimientos sucesivos de pago al acreedor; y si a pesar de ellos éste insistía en rechazar el pago, el juez autorizaba la consignación o el depósito del objeto de la obligación en determinado lugar, que generalmente era un templo.

Este acto jurídico se denominaba *obsignatio*, y equivale al pago por consignación reconocido por el derecho civil moderno. Si los ofrecimien-

tos y la consignación reunían todos los requisitos para la validez del pago, la *obsignatio* producía todos los efectos de aquél; la obligación quedaba extinguida y el deudor libre de ella.

4. DE LA NOVACIÓN

Se ha entendido por *novación*, así en el derecho romano como en el derecho civil moderno, la extinción de una obligación preexistente y la simultánea creación de otra, jurídicamente distinta de la primera y que a ella sustituye. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est cum ex precedenti causa ita nova constituantur, ut prior perimitur* ("La novación es transfusión y traslación de una obligación precedente en otra obligación, ya civil, ya natural; esto es, cuando de causa precedente se constituye una nueva, para que la primera desaparezca") (Ulpiano, L. 1, D. XLV, 2).

En el derecho romano la novación podía ser *voluntaria* o *forzada*. La primera resultaba de la libre voluntad de las partes. La segunda era efecto necesario del fenómeno de procedimiento conocido con el nombre de *litis contestatio*, que extinguendo la obligación llevada al juicio daba nacimiento a otra distinta.

a) *Formas de la novación*. La forma más comúnmente empleada para efectuar la novación voluntaria era la *stipulatio verbis*, forma general de contratar en el derecho romano, derivada de la *sponsio* primitiva y consistente en una pregunta hecha por el acreedor y una respuesta afirmativa dada por el deudor, en términos solemnes.

Mediante estas solemnidades de palabra, las partes convenían en extinguir la obligación anterior para crear al mismo tiempo otra distinta, y de esa manera se realizaba la novación voluntaria. También podía llevarse a efecto la novación voluntaria por medio del *contrato litteris* haciendo constar, con las formalidades escritas propias de esta clase de contratos, la extinción de la obligación anterior y la creación simultánea de una nueva que nacía directamente de la escritura.

b) *Elementos esenciales de la novación*. Según la definición que hemos dado, para que hubiera novación se requería la concurrencia de los siguientes elementos esenciales:

1. Una *obligación preexistente*, válida, pero que podía ser civil o simplemente natural;
 2. Una *obligación nueva*, válida, jurídicamente distinta de la primera;
 3. Identidad de objeto en la obligación que se extinguía y en la que se creaba, y
 4. La intención claramente expresada de extinguir la obligación preexistente para crear otra distinta. Era lo que se conocía con el nombre de *animus novandi*, o sea la intención de novar.
1. De la necesidad de la existencia de una obligación preexistente se deduce que si aquella obligación era nula, no podía haber novación, puesto que esta no tenía causa generadora válida; pero según hemos dicho, la obligación anterior podía ser puramente natural, puesto que siendo susceptible de pago voluntario nada impedía que se extinguiera para transformarse en otra distinta.
 2. Puesto que era indispensable el nacimiento de una nueva obligación, esta última debía reunir todos los requisitos necesarios para su validez, por lo menos como obligación puramente natural. Si, por consiguiente, la nueva obligación era nula, no había novación.
- La nueva obligación debía ser jurídicamente distinta de la anterior, que quedaba extinguida. Esta distinción podía resultar:
- a) Del cambio de naturaleza de la obligación, aun cuando se conservasen los sujetos activo y pasivo, y el objeto;
 - b) Del cambio de acreedor;
 - c) Del cambio de deudor, y
 - d) De la adición o supresión de una modalidad.
- a) Con frecuencia ocurría en el derecho romano el caso de que una obligación preexistente, no nacida de la forma solemne de la estipulación,

se quisiera elevar a esta forma que presentaba grandes ventajas para el acreedor.

Entonces por medio de las solemnidades externas de la *stipulatio verbis*, se declaraba extinguida la obligación anterior y creada otra distinta que nacía directamente de dicho contrato solemne.

La nueva obligación podía conservar en este caso todos los elementos intrínsecos de la primera, pero cambiando de origen cambiaba de naturaleza y se consideraba como obligación jurídicamente distinta.

Otro tanto sucedía cuando se quería convertir en *obligatio litteris* una obligación preexistente que no había tenido nacimiento en esta clase de contratos. Revestida de la formalidad de la escritura, nacía directamente de esta última y se consideraba como obligación jurídicamente distinta de la anterior, que en el mismo escrito se declaraba extinguida.

b) Si se quería cambiar el sujeto activo de una obligación preexistente, el acreedor por medio de la *stipulatio verbis* o del *contrato litteris* declaraba libre a su deudor, y, en cambio, se estipulaba o se escribía, según el caso, que el mismo deudor quedaba obligado para con el nuevo acreedor. Fue esta la forma primitiva de obtener el traspaso de las acreencias de una persona a otra, según lo vimos al tratar de la cesión de créditos.

c) Si se quería cambiar el sujeto pasivo de la obligación preexistente, el acreedor, por medio de la *stipulatio* o del *contrato litteris*, declaraba libre al deudor primitivo y, en cambio, por los mismos medios o formas solemnnes, verbales o escritas, el nuevo deudor se obligaba para con el acreedor a satisfacer el mismo objeto de la obligación anterior.

Si este cambio de deudor se efectuaba con el consentimiento y por mandato del deudor anterior, la operación jurídica se denominaba *delegatio* (delegación), pues el deudor primitivo delegaba la obligación al nuevo deudor, quedando aquél, en consecuencia, libre de ella. Si la sustitución del deudor se operaba sin el consentimiento del deudor primitivo, el acto se denominaba *expromissio*, lo que daba a entender que el nuevo deudor prometía, no uniéndose al anterior como en la *adpromissio*, sino excluyéndolo.

d) La novación podía limitarse a agregar o suprimir una modalidad en la nueva obligación. Así, por ejemplo, si la obligación anterior era pura y simple, la novación podía limitarse a transformarla en obligación condicional, o viceversa: si la obligación anterior era condicional, la novación podía transformarla en obligación pura y simple.

La adición o supresión de una modalidad hacía, pues, que la nueva obligación se considerara jurídicamente distinta de la primera. Pero es preciso recordar que la obligación bajo condición suspensiva no tenía existencia jurídica sino una vez realizada la condición. Por consiguiente, si la novación consistía en agregar esta clase de condición, no podía considerarse realizada en sus efectos, sino una vez cumplida la condición, porque antes de ello una de las dos obligaciones necesarias para que hubiera novación carecía de existencia jurídica.

3. En el derecho romano era indispensable, para que hubiera novación, la identidad de objeto en la obligación que se extinguía y en la nueva que se creaba. No reconocía, como sí reconoce el derecho civil moderno, la novación por cambio del objeto de la obligación preexistente.

Se consideraba que el efecto extintivo de la novación se realizaba precisamente porque pasando el objeto de la primitiva obligación a la nueva, aquella quedaba sin él y, por consiguiente, no podía subsistir. Pero no sucediendo lo mismo cuando el objeto de la nueva obligación era distinto, la primera conservaba el suyo propio, y por esto decían los jurisconsultos que no había razón para que la primera obligación se extinguiera. El derecho moderno, como hemos dicho, coloca por sobre estos principios la voluntad libre de las partes, quienes bien pueden declarar extinguida la obligación anterior y crear simultáneamente otra con un objeto distinto.

4. No bastaba que se reunieran los elementos anteriormente relacionados para que hubiera novación. Era indispensable la concurrencia del elemento intencional en la voluntad claramente manifestada de extinguir la obligación anterior para crear otra distinta. Era el *animus novandi* o intención de novar, como se dice en nuestro derecho civil. Si esa intención no aparecía claramente manifestada, la nueva obligación no se consideraba sustitutiva de la primera, si bien podía subsistir al lado de ella, reuniendo los elementos necesarios para su validez.

c) *Efectos jurídicos de la novación.* La novación extinguía *ipso iure* la obligación preexistente. No era, pues, necesario que el deudor demandando la alegara en forma de excepción; bastaba que resultara de las pruebas del proceso para que el demandado fuera absuelto. El efecto extintivo de la novación era además *absoluto*, ya que se producía para todos los deudores principales, como también para todos los acreedores. Así, la novación efectuada entre uno de varios deudores correales y el acreedor, libertaba a los otros, y lo mismo sucedía con la novación realizada entre el deudor principal y el acreedor, que libertaba consecuentemente al fiador.

Del mismo modo la novación *extinguía la obligación junto con cualesquiera otras seguridades con que estuviera garantizada*, como la hipoteca y la prenda. Pudiéramos decir que el efecto extintivo de la novación se producía objetivamente, haciendo desaparecer la obligación en sí misma con todos sus accesorios.

5. DE LA "ACCEPTILATIO"

La aceptilación era una figura jurídica destinada a extinguir *ipso iure* una obligación. En su forma era semejante a la *stipulatio*, pero en el fondo era de efectos contrarios, puesto que esta última era destinada a crear obligaciones y la aceptilación a extinguirlas.

La aceptilación consistía en la liberación del deudor hecha por el acreedor mediante el empleo de determinadas palabras solemnes. Era, pues, una forma verbal de extinción de las obligaciones, pero a diferencia de la *stipulatio* no era el acreedor quien preguntaba al deudor para que este prometiera el objeto de la obligación, sino que el deudor formulaba una pregunta al acreedor para que lo declarara libre o diera por recibido el objeto de la obligación preexistente.

Así, el deudor preguntaba al acreedor: *Quod ego tibi promisi habesne acceptum?* Y el acreedor contestaba: *Habeo* (lo he recibido).

Mediante esta pregunta del deudor y esta respuesta afirmativa del acreedor, la obligación quedaba extinguida de pleno derecho. El deudor quedaba libre porque el acreedor así lo declaraba, aun cuando no se le hu-

biera en realidad satisfecho la obligación. Aún más: este medio extintivo de las obligaciones se empleaba generalmente cuando, sin que en realidad se hubiera satisfecho el objeto de ellas, el acreedor quería libertar al deudor dando por recibido lo que este le debía. En cuanto a sus efectos, la *acceptilatio* producía exactamente los mismos del pago efectivo, que ya hemos estudiado.

La *acceptilatio* no podía extinguir sino obligaciones nacidas de un *contrato verbis*; pero bien podía transformarse mediante la novación en *contrato verbis* uno que no lo fuera, para que adquiriendo esta nueva naturaleza, pudieran extinguirse por la aceptilación las obligaciones que de él surgieran.

6. DE LA CONFUSIÓN

Hemos visto que para la existencia de toda obligación es indispensable la concurrencia de dos elementos personales: el sujeto activo o acreedor y el sujeto pasivo o deudor. Cuandoquiera que esa dualidad de sujetos llegue a desaparecer, la obligación no puede subsistir. En este principio se funda la figura jurídica denominada *confusión*. Llegando a reunirse en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, desaparece la dualidad de sujetos del vínculo jurídico, y la obligación queda extinguida de pleno derecho. *Confusione extinguitur obligatio ac solutione* ("La obligación se extingue por confusión lo mismo que por pago") (Terencio Clemente, L. 21, D. XXXIV, 3).

El caso más frecuente de confusión ocurría cuando el deudor heredaba al acreedor, o este a aquél, en la respectiva acreencia, viniendo en este caso a concurrir en una misma persona, la del heredero, la doble calidad de acreedor y deudor. Por tanto, la obligación tenía necesariamente que desaparecer; pero los romanos consideraban este fenómeno más bien como una imposibilidad de ejecutar la obligación, puesto que nadie podía pagarse a sí mismo. De allí deducían las siguientes consecuencias:

1. Si llegaba a desaparecer esa imposibilidad de existencia o pago de la deuda, podía resurgir la obligación. Esto sucedía, por ejemplo, si el testamento de donde el deudor o el acreedor derivaban su calidad de heredero era declarado nulo y pasaba la herencia a otra persona.

2. La confusión que se realizaba entre el acreedor y el deudor principal extinguía consiguientemente la obligación del fiador, puesto que esta no podía subsistir sin una obligación principal. Pero la confusión que se operaba entre el acreedor y el fiador no extinguía sino la obligación de este último, puesto que tan solo con relación a su persona desaparecía la dualidad de sujetos activo y pasivo, que hacía imposible la existencia de la obligación.

3. Si la confusión se realizaba entre el acreedor y uno de varios deudores correales, la obligación se extinguía únicamente en cuanto a este deudor correal, puesto que tan solo en él venían a concurrir las calidades de deudor y acreedor.

7. DEL MUTUO DISENTIMIENTO

Aplicando el principio romano de que toda obligación puede extinguirse por medios análogos a aquellos que sirvieron para crearla, debe concluirse que si el mutuo acuerdo entre acreedor y deudor había bastado para formar el vínculo jurídico, ese mismo acuerdo de voluntades era suficiente para extinguir la obligación. Mutuo disentimiento se ha llamado este medio extintivo de las obligaciones. Pero en el derecho romano no podía producir por sí solo sus efectos extintivos sino tratándose de obligaciones nacidas de los contratos simplemente consensuales, esto es, aquellos que se perfeccionaban por el simple consentimiento de los contratantes sin ninguna otra solemnidad externa, pues si la obligación había nacido de un contrato solemne o real no podía extinguirse sino mediante el empleo de formalidades análogas a las que habían servido para dar nacimiento al contrato y consiguientemente a la obligación.

8. DE LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

El cumplimiento de la obligación consistía en el hecho de satisfacer al acreedor el objeto de aquella. Si ese objeto perecía, la obligación no se podía cumplir tal como se había pactado, o tal como había nacido. Pero hemos visto que, a pesar de esa pérdida del objeto, el deudor no siempre quedaba libre para con su acreedor. Esa liberación no se producía sino

cuando la pérdida de la cosa había sobrevenido sin dolo ni culpa del deudor de que debiera responder, según las reglas que expusimos al tratar de la teoría de las culpas.

Así, por ejemplo, el depositario, que no reportaba utilidad alguna del contrato, quedaba libre siempre que la cosa pereciera sin su dolo ni culpa grave. Pero, en cambio, el arrendatario, que reportaba utilidad tanto como el arrendador, no quedaba libre por la pérdida de la cosa, sino cuando estaba exento de dolo y de toda culpa.

El principio de la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida no se aplicaba sino a las obligaciones de especie o cuerpo cierto, pues tratándose de obligaciones *in genere*, no se producía la extinción, por cuanto se aplicaba en ese caso el principio *genera non pereunt*. Si se debía, pues, determinada cantidad de trigo, de dinero, etc., sin individualización alguna de dichos objetos, aun cuando sin su culpa ni su dolo llegara a perder el deudor toda la existencia que de aquellas cosas tuviera, no se extinguía su obligación.

El principio general de que la obligación se extinguía cuando era de especie o cuerpo cierto por la pérdida de la cosa sin culpa ni dolo del deudor, dio lugar a la enunciación del principio *res perit creditoris* (la cosa perece para el acreedor).

Si la cosa había sido entregada ya al acreedor y llegaba a perecer, se le aplicaba otro principio distinto: *res perit domino* (la cosa perece para su dueño). Pero recordando lo que hemos dicho acerca de las distintas finalidades del objeto de la obligación, agregaremos que el principio últimamente enunciado solo podía aplicarse cuando el pago había hecho dueño de la cosa al acreedor.

9. DE LA "CAPITIS DEMINUTIO"

Según se dijo antes, la *capitis deminutio* era un fenómeno jurídico que afectaba esencialmente la personalidad del *capite minutus*; la persona civil de este se extinguía o transformaba, y con ella todas sus relaciones jurídicas civiles, así fueran activas o pasivas. De aquí se deduce que las obliga-

ciones preexistentes a cargo del *capite minutus* debían quedar extinguidas, y así vino a ser la *capitis deminutio* un medio de extinguir *ipso iure* las obligaciones. Mas sin embargo, el principio no era absoluto. En primer lugar, no extingüéndose por la *capitis deminutio* sino la personalidad civil, pero no la natural, el *capite minutus* deudor quedaba naturalmente obligado. En segundo lugar, no se extinguían por este medio sino las obligaciones nacidas de contratos o cuasicontratos. Y en tercer lugar, el pretor moderó los efectos generales de la *capitis deminutio*, estatuyendo que si era máxima o media debían responder de aquellas deudas las personas o entidades a cuyo poder fuera a dar el patrimonio del *capite minutus*; y que si la *capitis deminutio* era mínima, los acreedores seguían teniendo una acción pretoriana contra la nueva persona del *capite minutus*.

10. DE LA COMPENSACIÓN

Si A era deudor de B por la cantidad de diez mil sestercios, pero al mismo tiempo B debía a A la misma cantidad, en vez de pagarle cada deudor a su respectivo acreedor dicha cantidad, A decía a B: páguese los diez mil sestercios que yo le debo con los que usted me debe, e igual cosa decía B a A. De esta manera las dos cantidades se compensaban y mediante esa compensación quedaban extinguidas las dos obligaciones. De ahí que la compensación no sea sino una forma especial de pago que produce los mismos efectos extintivos de este. La compensación es, pues, un medio de extinguir las obligaciones en que el deudor y el acreedor son recíprocamente deudores y acreedores entre sí. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* ("La compensación es una contribución entre sí de una deuda y un crédito") (Modestino, L. 1, D. XVI, 2).

En nuestro derecho civil, las dos deudas se extinguían de pleno derecho hasta concurrencia de sus respectivos valores. En el derecho romano la compensación no fue admitida siempre con la misma amplitud. Se desarrolló mediante una evolución progresiva, en la cual hay que distinguir tres épocas distintas: antes de Marco Aurelio, bajo Marco Aurelio y en el derecho de Justiniano.

a) *Antes de Marco Aurelio*. En aquella época primitiva, la compensación como medio extintivo de las obligaciones tenía un radio de aplica-

ción bastante limitado. No tenía lugar sino respecto de las deudas nacidas de contratos de buena fe, y siempre que las dos obligaciones provinieran de una misma causa. Así, por ejemplo, el depositario deudor del depositante podía oponer en compensación lo que el depositante le saliera a deber a causa del mismo depósito, verbigracia, por valor de las expensas necesarias de conservación de las cosas depositadas; pero, en cambio, no podía el depositario oponer al depositante en compensación lo que este último le debiera por causa de un contrato de mutuo o de compraventa, porque se trataba entonces de causa distinta.

Mas era preciso ya en aquella época, para que pudiera operarse la compensación, que las dos deudas fueran exigibles, toda vez que, como hemos dicho, la compensación no era sino una forma de pago, y para exigir este último es elemento indispensable la exigibilidad de la respectiva obligación.

No se requería, en la época que estudiamos, que las dos deudas fueran de cosas de una misma naturaleza. La razón de esto es que en aquella época la condenación del deudor demandado era siempre pecunaria; y como la compensación no era de los medios que extinguían *ipso iure* la obligación, sino que debía ser alegada en juicio en forma de excepción, al pronunciarse la sentencia las dos deudas se reducían a dinero, cualquiera que hubiese sido su objeto inicial: y una vez reducidas a dinero era factible la compensación de ellas.

Por excepción y a manera de privilegio se admitió la compensación con una mayor amplitud, en la época de que venimos hablando, a favor de los banqueros y sus clientes, y en el caso del *emptor bonorum*, o sea el que compraba en masa los bienes de un deudor concursado. En estos dos casos era admitida la compensación aun tratándose de contratos de derecho estricto y aun cuando las deudas provinieran de distintas causas; pero se conservó siempre el principio de que las obligaciones que trataban de compensarse debían ser ambas exigibles.

Si, por consiguiente, el comprador en masa de los bienes del concursado encontraba entre esos bienes un crédito activo a cargo de determinada persona, que a su vez era acreedora del concurso, se efectuaba la compensación de las dos deudas, aun cuando provinieran de distintas causas y de contratos de derecho estricto.

b) *En tiempos de Marco Aurelio.* Por un rescripto de este emperador, se amplió el radio de acción de la compensación como medio extintivo de las obligaciones y se admitió en toda clase de deudas, ya hubieran nacido de un contrato de derecho estricto o de buena fe, ya provinieran de una misma causa o de causas distintas. Así, el mutuario demandado para el pago de una cantidad de dinero prestada por el mutuante podía oponer en compensación lo que el mutuante le debiera por causa de un contrato de compraventa o de otro contrato de mutuo distinto.

Pero siempre se conservó el principio de que las dos deudas debían ser ambas exigibles, aun cuando podían tener objetos de distinta naturaleza, puesto que todavía la condena del demandado era pecuniaria y, por consiguiente, las dos deudas se reducían a dinero en la sentencia. Es preciso recordar a este respecto que la compensación no podía obrar sino alegándola en juicio en forma de excepción cuando el deudor era demandado.

c) *La compensación en el derecho justiniano.* La condena pecuniaria del deudor, mediante la cual se transformaba siempre en una suma de dinero el objeto inicial de la obligación, llegó a desaparecer, quedando establecido el sistema de la condena sobre el objeto propio y directo de la obligación materia del juicio. De aquí se ha deducido, como consecuencia necesaria, que, al menos en la práctica, la compensación en el derecho de Justiniano no podía operarse sino cuando las dos deudas eran de dinero, o de otras cosas de género de una misma naturaleza, pues de lo contrario se haría prácticamente imposible la compensación en la sentencia.

Verdad es que algunos textos dictados bajo aquel régimen hablan de la compensación aun tratándose de acciones reales; pero es lo cierto que si la compensación llegaba a oponerse en el caso de una acción real contra el poseedor de la cosa, por quien al mismo tiempo fuera acreedor del demandante, de cosas de distinta naturaleza, la compensación que se opusiera al demandante no podía llegar a tener otro efecto que el de un derecho de retención a favor del demandado, derecho en virtud del cual podía retener lo que se le demandaba mientras el demandante no le pagara las cosas que le debía.

Por lo que hace a la manera como obraba la compensación bajo el derecho de Justiniano, no son claras las *Instituciones* de este sobre el particu-

lar. Algunos comentadores sostienen que encontrándose en aquellos textos la expresión *ipso iure*, referente a los efectos extintivos de la compensación, esta debía producir de pleno derecho la extinción de la obligación. Tal es la opinión de los expositores más antiguos, y seguramente de allí pasó a las legislaciones modernas el principio general de que la compensación extingue de pleno derecho la obligación. Pero otros textos de las *Instituciones* de Justiniano dan a entender que la compensación no extingue de pleno derecho el vínculo, toda vez que en aquellos textos se daban instrucciones al juez sobre los requisitos necesarios para que pudiera llevar a efecto la compensación en la sentencia.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que entre los requisitos necesarios para que pudiera operarse la compensación estaba el de que las dos deudas fueran líquidas, esto es, susceptibles de expresarse por un guarismo determinado, y que ambas fueran exigibles, aun cuando provinieran de causas distintas. Principios todos que han sido consagrados por nuestras legislaciones.

Fuera de lo anterior, el derecho de Justiniano estableció, además, que el depositario no podía oponer en compensación de las cosas depositadas lo que el depositante le debiera. Así como tampoco podía alegar compensación quien fuera demandado por retención indebida de una cosa ajena.

11. "PACTUM DE NON PETENDO"

Era este un medio extintivo de las obligaciones que producía sus efectos por vía de excepción en juicio. Por medio del *pactum de non petendo* el acreedor declaraba no exigir al deudor el objeto de la obligación, libertándolo, en consecuencia, de la deuda. Esta declaración se hacía sin el empleo de ninguna fórmula solemne y por consiguiente era operante en cualquier medio que la pusiera de manifiesto. Era la remisión o condonación de la deuda, acto jurídico reconocido con estos nombres por nuestra legislación civil como medio de extinguir las obligaciones.

Tratándose de varios deudores o de varios acreedores, el pacto podía tener mayor o menor extensión según fuera la voluntad expresa o presunta de las partes. De allí que se distinguiera el *pactum de non petendo in rem* y el de *non petendo in personam*. El primero extinguía la obligación para

todos los deudores o acreedores que en ella figuraban. El segundo la extinguía solamente respecto de la persona con quien el pacto se hubiera celebrado. De ahí se deducían las siguientes consecuencias:

1. Si había varios acreedores correales, y uno solo de ellos celebraba el *pactum de non petendo* con el deudor, se presumía *in personam*; por consiguiente, no se entendía condonada la deuda sino en lo que correspondiera a ese acreedor.
2. Si había varios deudores correales, y uno solo de ellos obtenía *pactum de non petendo*, se presumía *in personam*, mientras no se declarara expresamente que era *in rem*. Por consiguiente, los demás deudores correales no se aprovechaban del pacto.
3. Si se celebraba *pactum de non petendo* con el deudor principal habiendo fiador, se presumía *in rem*, y por consiguiente quedaba extinguida la obligación del fiador; pero si el pacto se celebraba con el fiador, se presumía *in personam*, y por consiguiente no se deducía de allí la extinción de la obligación principal.

12. DEL JURAMENTO

Dada la existencia de una obligación determinada, el acreedor podía someterse a lo que el deudor afirmase solemnemente bajo juramento acerca del hecho de haberse cumplido o no.

Si mediante esa fórmula solemne el deudor afirmaba no deber nada al acreedor por haberse extinguido la respectiva obligación, el derecho romano daba a este acto jurídico los efectos de un medio extintivo de la obligación preexistente, efectos que se asimilaban a los del pago, salvo en cuanto a la manera de obrar, pues el juramento solo extinguía *exceptionis ope*, es decir, por vía de excepción, el vínculo jurídico respectivo; la excepción que podía oponer el deudor en caso de haber prestado juramento se denominaba *exceptio iuris iurandi*.

13. DE LA "LITIS CONTESTATIO"

En su oportunidad veremos cómo la *litis contestatio* era la etapa del procedimiento civil romano en que, mediante la comparecencia de las dos

partes militantes en un juicio, demandante y demandado, quedaban sentadas definitivamente las bases del proceso y fijados los elementos materia de él, sobre los cuales debía recaer el fallo.

Y uno de los efectos importantes de aquel acto procedural era en el derecho romano la extinción de la obligación que había sido llevada al juicio, para crear, en cambio de ella, otra obligación distinta, y que tenía por objeto el que el deudor se sometiera al proceso y a las resultas del fallo.

En el primer sistema de procedimiento, aquel efecto extintivo de la *litis contestatio* se producía *ipso iure* y ese mismo principio prevaleció como regla general hasta los últimos años del segundo sistema, o sea el sistema formulario, que oportunamente estudiaremos.

Pero en el último sistema, llamado extraordinario, la *litis contestatio* no llegó a extinguir sino por vía de excepción la obligación preexistente llevada al juicio. Así, pues, si el acreedor demandaba al deudor para el cumplimiento de la obligación y se producía la *litis contestatio* sin que el proceso llegara a finalizarse por sentencia, el demandado adquiría a su favor una excepción denominada *rei in judicium deducias* (cosa deducida en juicio), excepción que podía proponer si el mismo acreedor volvía a demandarlo por la misma obligación, pues se consideraba que habiendo sido esta deducida en juicio, había quedado extinguida por medio de la *litis contestatio*.

Según puede verse, los efectos extintivos de la *litis contestatio* no eran absolutos, puesto que no hacía sino transformar la obligación anterior en otra distinta. Por esta razón, bien puede tenerse más bien como una forma de novación; es la novación necesaria, puesto que, al menos para el deudor, se produce independientemente de su voluntad.

14. PRESCRIPCIÓN

Antes del emperador Teodosio II, el transcurso del tiempo no tuvo influencia alguna sobre la efectividad de las obligaciones y de las acciones personales. Solamente existía la *praescriptio longi temporis*, especie de excepción que el poseedor de una cosa podía oponer a quien lo de-

mandara en acción real de dominio y que tendía a paralizar dicha acción por no haber sido ejercido durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Por una constitución del emperador Teodosio II, del año 424, se estableció una excepción semejante conocida con el nombre de *praescriptio triginta annorum*, la cual podía oponer un deudor demandado para el cumplimiento de una obligación personal cuando la acción no se había ejercitado durante treinta años.

De esta manera vino a consagrarse por primera vez la extinción de las acciones personales por el transcurso del tiempo, lo que se conoce hoy con el nombre de prescripción extintiva de la acción.

Este medio extintivo no obraba directamente sobre la obligación misma, pero al destruir la acción del acreedor mediante la excepción correspondiente alegada en juicio, producía indirectamente, al menos en sus efectos, la extinción de la obligación respectiva como obligación civil.

Con todo, las obligaciones civiles de esta manera extinguidas quedaban convertidas en obligaciones simplemente naturales, y sujetas, por consiguiente, en cuanto a su cumplimiento, a la sola voluntad o conciencia del deudor.

CAPÍTULO X

Obligaciones nacidas de los contratos

1. NOCIÓN GENERAL DE LA OBLIGACIÓN Y DEL CONTRATO

La convención es base y elemento esencial del contrato:

“No hay contrato ni obligación que no tengan en sí una convención”.

“*Nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeant in se conventionem*” (Ulpiano, D. 2, 14, 1).

No puede haber contrato sin convención (pacto, acuerdo), aun cuando sí pueden existir convenciones que no constituyen contrato. Para formarnos idea clara de lo que es el contrato debemos principiar por saber lo que es convención desde el punto de vista jurídico.

Convención viene de *convenire* (*venire cum*), y, en efecto, en el derecho romano convención era sinónimo de convenio o de pacto:

“Consentimiento o acuerdo de dos o más personas acerca de un mismo propósito”.

“*Duorum pluriumve in idem placitum consensus*”. (Ulpiano, D. 2, 14, 1).

No es perfecta esta definición, porque abarca más de lo que quiere definirse. Si Pedro y Juan convienen en reunirse para dar un paseo o asistir a una función de teatro, hay un acuerdo de dos voluntades acerca de un mismo propósito, y sin embargo no puede decirse, desde el punto de vista jurídico, que aquellas dos personas han celebrado un contrato:

"El simple pacto no produce obligación civil".

"*Nuda pactio obligationem non parit*" (Ulpiano, D. 2, 14, 7).

Falta, pues, en la definición el objeto propio de la convención, que es lo que la distingue de otros actos.

Las personas que celebran una convención se proponen crear, modificar o extinguir una obligación. Por consiguiente, la definición no será completa y no dará idea perfecta de lo que es una convención sino diciendo que en el acuerdo de voluntades dos o más personas deben dirigirse a crear, modificar o extinguir una obligación.

En los primeros tiempos del derecho romano la simple convención, llamada también pacto o convenio, no bastaba por sí sola a producir obligaciones entre las partes. Era necesario para ello que la convención estuviera revestida de determinadas solemnidades exigidas por el derecho civil, para que elevándose a la categoría de contrato produjera los efectos de tal. Esas formalidades consistían, ya en determinadas palabras solemnes pronunciadas por las partes (*contratos verbis*), ya en la escritura (*contratos litteris*), ya en la entrega de la cosa materia de la convención, como en los contratos formados *re*, origen de los contratos reales que más adelante estudiaremos.

De suerte, pues, que en el derecho romano no eran una misma cosa contrato y convención. Hemos dicho que la convención era el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el fin de crear, modificar o extinguir una obligación. El contrato era una convención reconocida y sancionada por la ley, como generadora de obligaciones entre las partes. En los primeros tiempos del derecho, según hemos dicho, no se reconocían como contratos sino las convenciones revestidas de determinadas formalidades externas. Pero con la evolución de los principios llegó a reconocerse determinada clase de convenciones que bastaban, por sí solas, para formar un contrato generador de obligaciones civiles. Fue este el origen de los contratos simplemente consensuales, que no necesitaban solemnidad alguna para perfeccionarse. Basta para ello el consentimiento de los dos contratantes, unido a los otros dos elementos esenciales de todo contrato, o sea la capacidad y el objeto.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Se entiende por elementos esenciales de un contrato aquellas cosas sin las cuales no puede existir contrato alguno. Tanto en el derecho romano como en el derecho civil moderno ha habido elementos esenciales propios de todo contrato en general, y elementos esenciales propios de determinada clase de contratos, en particular.

Son elementos esenciales de todo contrato: el consentimiento, la capacidad y el objeto. Algunos expositores agregan la causa como elemento esencial de todo contrato, y esta doctrina se halla consagrada en la mayor parte de las legislaciones civiles, entre ellas la nuestra⁽²⁰⁾. Por ahora nos ocuparemos de los elementos esenciales comunes a toda clase de contratos; y al estudiar cada una de dichas clases veremos los elementos esenciales que les son propios.

(20) C.C., arts. 1502, 1524.

CAPÍTULO XI

El consentimiento

1. DEFINICIÓN Y REQUISITOS

La palabra “*consentimiento*” viene del verbo “*consentir*”, que entre otras significaciones tiene la de obrar o pensar unánimemente con respecto a un objeto determinado. Y como hemos visto que la convención, base del contrato, es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas, encaminadas a establecer entre ellas una relación jurídica, el consentimiento de los contratos debe radicar en la misma convención⁽²¹⁾.

De lo anteriormente expuesto se deduce que el consentimiento debe reunir las siguientes condiciones:

1. Debe emanar recíprocamente de las personas de los contratantes:

“Es necesario que concurra la voluntad de contratar de cada parte contratante”.

“*Concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium*” (Dig., 44, 7, 55).

No es consentimiento la promesa u oferta de uno solo de los contratantes no consentida por los otros. Esta promesa de una sola parte, que el derecho romano denomina *pollicitatio* y que en derecho civil moder-

(21) C.C., art. 1508.

no se conoce con el nombre de policitación, no produce por regla general efectos legales. (La policitación es promesa de un solo oferente: Ulpiano, D. 50, 12, 3).

2. El consentimiento de todos los contratantes debe dirigirse hacia un mismo objeto.

3. El consentimiento debe emanar de la voluntad libre de cada contratante y de un conocimiento pleno del objeto del contrato.

2. EL ERROR

Según estas condiciones del consentimiento, el derecho romano estableció ciertas y determinadas causas que lo anulaban totalmente y otras que solamente lo viciaban:

“No consiente el que yerra”.

“Non consentit errat” (Dig., 50, 17, 116, 2).

“Es nula la voluntad del que yerra”.

“Nulla voluntas errantis est” (Pomponio, D. 39, 3, 20).

Excluían o anulaban totalmente el consentimiento los siguientes hechos:

1. El error en cuanto a la naturaleza del contrato, llamado *error in natura conventionis* o *error in negotio*⁽²²⁾. Tenía lugar este error cuando las partes se equivocaban respecto de la clase de contrato que cada uno quería celebrar. Así, por ejemplo, si una parte entendía vender determinada cosa y la otra entendía tomarla en arrendamiento, no existía consentimiento de las partes, ni en cuanto al contrato de compraventa, ni respecto del arrendamiento.

(22) C.C., art. 1510.

2. El error en cuanto al objeto del contrato, denominado *error in corpore*. Tenía lugar cuando las partes contratantes discrepaban en cuanto al objeto mismo del contrato. Por ejemplo, si un contratante entendía vender cierto y determinado esclavo y el otro entendía comprar otro esclavo distinto, quedaba en ese caso excluido el consentimiento, porque no se dirigía hacia un mismo objeto.

Había otras clases de error que, si bien en derecho estricto no excluían totalmente el consentimiento, llegaron a asimilarse, por lo menos en ciertos casos, a las causas destructoras de aquél. Tales fueron:

a) El *error in substantia*, que tenía lugar cuando las partes se equivocaban respecto de una calidad esencial del objeto; por ejemplo, si una entendía vender una estatua de cobre y la otra entendía comprar la misma estatua de oro. En realidad había identidad en cuanto al objeto mismo y por eso el derecho estricto proclamaba que el consentimiento no quedaba anulado. Pero, en beneficio de la equidad, este error se asimilaba a las causas destructoras del consentimiento, siempre que se produjera en un contrato de compraventa y que fuera invocado por el comprador⁽²³⁾.

b) El *error in persona*, que tenía lugar cuando los contratantes se equivocaban respecto de la persona física determinada con quien querían contratar⁽²⁴⁾. No es uniforme ni clara la doctrina de los jurisconsultos sobre esta clase de error, pero parece que llegó a admitirse lo siguiente: el *error in persona* no excluía por regla general el consentimiento, pero en cierta y determinada clase de contratos se asimilaba en sus efectos a los fenómenos que excluían el consentimiento de los contratantes. Esto sucedía en los contratos gratuitos, por ejemplo, el comodato o préstamo gratuito de uso, y también en los contratos no gratuitos u onerosos en que para contratar se hubieran tenido en mira determinadas condiciones o cualidades de la persona con quien se quería celebrar el contrato. Se decía que esos contratos se celebraban *intuitu personae*, es decir, en consideración a determinada persona. Tal sucedía en el contrato de sociedad y en el arrendamiento de servicios o para la confección de una obra material, pues

(23) C.C., art. 1511.

(24) C.C., art. 1512.

teniendo en estos casos en mira el contratante aprovechar ciertas y determinadas cualidades de una persona, su consentimiento quedaba excluido si por una equivocación se asociaba con otra distinta o contrataba los servicios de otro distinto de aquel de quien había querido aprovecharlos. Y así también, si una persona quería prestarle gratuitamente una cosa a B y por equivocación le hacía el préstamo a C, el consentimiento quedaba excluido de dicho contrato.

3. DOLO Y VIOLENCIA

Viciaban simplemente el consentimiento de los contratantes, sin excluirlo, el dolo y la violencia.

a) *El dolo*. Entiéndese por dolo en esta materia los manejos fraudulentos desarrollados por una persona, con el fin de inducir a otra por medio de ellos a prestar su consentimiento en un contrato⁽²⁵⁾.

A este dolo lo llamaban los romanos *dolus malus* para distinguirlo del que llamaban *dolus bonus*, consistente este en las habilidades desarrolladas por los negociantes que, sin estar rigurosamente ceñidas a la verdad, no traspasaban el campo de lo lícito.

Nuestro Código Civil define el dolo diciendo que es la intención positiva de causar injuria a la persona o propiedad de otro. A primera vista parece imperfecta la definición, pues por sí solas las intenciones no producen efectos jurídicos; pero entendiéndose por intención positiva la traducida en actos externos, encontramos su verdadero sentido. Cuando esos actos externos se encaminan a producir un engaño y, mediante este, a hacer que un contratante preste su consentimiento, toman la denominación jurídica de dolo contractual. Así lo entendieron los romanos:

"No perjudica haber tenido intención, si no le ha seguido el hecho".

"*Consilium habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit*" (Paulo, D. 50, 16, 53).

En cuanto a los efectos del dolo contractual, se distinguieron en el derecho romano dos casos distintos: cuando el dolo provenía de una de las partes y cuando era obra de un tercero.

Primer caso. En los contratos de derecho estricto, que, como veremos adelante, eran aquellos en que el rigor de los principios jurídicos imperaba sobre toda razón de equidad, el dolo no viciaba el consentimiento sino cuando, celebrado el contrato por medio de la *stipulatio verbis*, el acreedor hacía insertar lo que se llamaba la *clausula doli*. Pero aquella cláusula no aprovechaba sirio al acreedor que quisiera deshacer el contrato. El deudor quedaba en completo desamparo contra el dolo contractual del acreedor.

Semejante sistema pugnaba con la equidad. Por eso el pretor reaccionó contra ello estableciendo para los contratos de buena fe un sistema distinto: dio al deudor que hubiera sido víctima del dolo contractual tres recursos distintos:

1. La *actio doli*, por medio de la cual el deudor que no hubiera sido demandado aún, podía tomar la iniciativa encaminada a anular en sus efectos el contrato que hubiera sido obra del dolo de su acreedor;

2. La *exceptio doli*, que tenía lugar cuando el deudor, víctima del dolo, era demandado para el cumplimiento de la obligación. En el lugar y en la forma legal correspondientes alegaba como excepción el dolo empleado por su demandante en el contrato, y si lo probaba era librado de la condena judicial; y

3. La *in integrum restitutio*, que era una acción extraordinaria encaminada a deshacer los efectos de un contrato ya cumplido, que hubiera sido obra del dolo del acreedor. Por medio de esta acción se restituían las cosas al estado que tenían antes como si el contrato no se hubiera celebrado.

Segundo caso. Cuando el dolo no era obra de uno de los contratantes, sino de un tercero, no viciaba el consentimiento. Solamente podía dar lugar a una indemnización de perjuicios por el tercero autor de él. Era que las consecuencias del dolo tenían cierto carácter de sanción civil contra el contratante que lo hubiera empleado, y consistiendo dicha sanción en la invalidez del contrato, no podía aplicarse cuando ninguno de los contratantes hubiera sido autor del dolo.

(25) C.C., art. 1515.

Nuestro Código Civil consagra la misma doctrina del derecho romano acerca de los efectos del dolo contractual. Para que el dolo vicie el consentimiento se requieren dos requisitos esenciales: en primer lugar, que sea obra de uno de los contratantes y no de un tercero; y en segundo lugar, que el contrato sea efecto del dolo, es decir, que aparezca claramente que si no se hubiera empleado el dolo, no se habría contratado.

b) *De la violencia.* La violencia consistía en actos de fuerza material o moral capaces de intimidar y obligar a una persona a prestar su consentimiento en un contrato, de suerte que sin aquellos actos de violencia no se hubiera contratado⁽²⁶⁾. La violencia hacía perder al consentimiento uno de sus requisitos esenciales, la libertad:

“Nada hay tan contrario al consentimiento como la fuerza y el miedo”.

“*Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus*” (Ulpiano, D. 50, 17, 116).

Pero el derecho estricto no la reconoció en un principio, como vicio del consentimiento: *tamen coactus volui*, decían los romanos, para significar que a pesar de la violencia el contratante había consentido. Aquel principio era igualmente contrario a la equidad. De ahí que el pretor reaccionara, en beneficio de esta, estableciendo determinados recursos a favor del deudor cuando el contrato había sido obra de la violencia del acreedor. Tales recursos eran:

1. La *actio quod metus causa*, por medio de la cual el deudor, víctima de la violencia en el contrato, podía adelantarse a demandar la nulidad de este, por causa de dicha violencia.
2. La *exceptio quod metus causa*, por medio de la cual el deudor demandado podía oponer, como excepción, el hecho de haber sido violentado a celebrar el contrato, y

(26) C.C., art. 1513.

3. La acción extraordinaria denominada *in integrum restitutio*, de que ya hemos hablado al tratar del dolo, y que tendía a deshacer los efectos del contrato ya cumplido.

La violencia viciaba el consentimiento de los contratantes, ya hubiera sido obra de uno de estos o de un tercero. Existe aquí una diferencia con los efectos del dolo que, como hemos visto, no viciaba el consentimiento sino cuando era obra de una de las partes.

¿Cuál es la razón de esta diferencia, que se halla consagrada igualmente en nuestro Código?

En nuestro sentir, estriba en el carácter de sanción civil que, según hemos dicho, tiene la nulidad del contrato afectado de dolo, pues si este no proviene de uno de los contratantes, no podría imponerse una sanción por hechos que estos no han ejecutado.

4. DIFERENCIA JURÍDICA ENTRE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO Y EL CONSENTIMIENTO VICIADO

Hemos visto que entre los hechos que, según el derecho romano, afectaban el consentimiento de los contratantes, unos lo excluían o anulaban totalmente y otros tan solo lo viciaban. ¿Cuál era la diferencia entre esos dos efectos? Cuando obraba una causa que excluyera el consentimiento, éste no tenía existencia alguna, y faltando ese elemento esencial del contrato, este último carecía igualmente de existencia legal. Al deudor demandado en este caso para el cumplimiento del contrato le bastaba alegar la inexistencia del consentimiento, y probándola durante el juicio debía ser absuelto, aun cuando no hubiera propuesto, en el lugar y en la forma correspondientes, la respectiva excepción. Al paso que tratándose de una causa que solamente hubiera viciado el consentimiento, este tenía una existencia imperfecta; el contrato existía de una manera relativa; podía llegar a producir efectos si no se alegaba como acción o excepción el vicio que afectaba el consentimiento. El deudor demandado por un contrato en estas condiciones, debía proponer oportunamente y en forma legal la correspondiente excepción, para que, probándola durante el juicio, pudiera ser absuelto. Era algo semejante a la diferencia que en nuestro dere-

cho civil existe entre nulidad absoluta por falta del consentimiento, y nulidad relativa por causa de un consentimiento viciado.

En el primer caso no existe el contrato a los ojos de la ley, no puede llegar a producir ningún efecto; en el segundo caso el contrato tiene una existencia imperfecta. El vicio puede sanearse por los medios establecidos en la ley, y el contrato puede así llegar a producir sus efectos.

Nuestro Código Civil establece que el error, la fuerza y el dolo son simplemente vicios del consentimiento. Por consiguiente, el contrato afectado de error de fuerza o de dolo no es absolutamente nulo; la nulidad en estos casos es relativa, y, de consiguiente, susceptible de sanearse por los medios que la misma ley establece.

CAPÍTULO XII

Capacidad de los contratantes

1. CONCEPTO GENERAL

Debe entenderse por capacidad, en materia de contratos, la aptitud jurídica de una persona para contratar⁽²⁷⁾. Tanto en el derecho romano como en el derecho civil moderno, la capacidad para contratar es la regla general, y la incapacidad es la excepción.

Es capaz de contratar toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz. Por eso no se establecen las causas de la capacidad, sino las de la incapacidad para contratar.

Existen incapacidades para contratar que abarcan toda clase de contratos, e incapacidades especiales para celebrar determinada clase de estos.

Aquí nos ocuparemos únicamente de las causas de incapacidad general para contratar.

En el derecho romano la incapacidad general para contratar podía depender de las siguientes causas: 1. De la edad de los contratantes. 2. De ciertas afecciones o alteraciones mentales. 3. De la prodigalidad. 4. Del sexo. 5. Del estado de esclavitud.

2. INCAPACIDAD PROVENIENTE DE LA EDAD

En el derecho romano se dividía la edad de las personas, para el efecto de su capacidad jurídica, en los siguientes períodos: infancia, mayor infancia, pubertad y edad mayor de veinticinco años.

(27) C.C., art. 1503.

a) *Primer período.* Se extendía el primer período, llamado de la infancia, hasta la edad de siete años. Durante este período el infante no tenía grado alguno de capacidad para contratar. Sus actos y contratos carecían, por consiguiente, de valor legal; eran, como se dice en el derecho moderno, absolutamente nulos. Algunos expositores dicen que en este caso lo que hay es falta de consentimiento por parte del menor, por cuanto su edad no le permite prestar su consentimiento con la plenitud de los requisitos necesarios para que sea válido.

A nuestro juicio, entre los dos hechos, falta de consentimiento e incapacidad absoluta de contratar, existe íntima relación de causalidad.

Hemos visto, en efecto, que entre los requisitos que debe reunir el consentimiento, para que sea válido, está el de que proceda de un conocimiento pleno del objeto del contrato; y como el infante no puede tener ese conocimiento pleno de dicho objeto, el derecho romano lo considera incapaz (absolutamente) de contratar. La imposibilidad de consentir es, pues, la causa de la incapacidad de contratar.

b) *Segundo período.* El período denominado mayor infancia comprendía la edad de los siete a los catorce años. El derecho romano reconocía al menor durante la *major infantia* cierto y determinado grado de incapacidad para contratar. Imperaba a este respecto la siguiente regla: el impúber en dicha edad era capaz de ejecutar actos o celebrar contratos en cuanto con ello hiciera su condición mejor; pero para hacer su condición peor necesitaba la formalidad denominada *auctoritas tutoris*, o sea la asistencia de su tutor en el acto o contrato.

Así, pues, aplicando esta regla, el impúber mayor infante podía contratar para hacerse acreedor, para obtener la condonación o remisión de una deuda, o para adquirir el dominio u otro derecho real sobre una cosa. Pero no podía contratar sin la *auctoritas tutoris* para constituirse deudor, para hacer condonación o remisión de un crédito a su favor, ni para transmitir a otro el derecho que tuviere sobre una cosa.

Verdad es que esta última clase de actos o contratos no siempre hacían peor la condición económica de una persona, pero sí existía la posibilidad de llevar a ese resultado, y bastaba la posibilidad de que la condición del menor se empeorara para que la ley fuera en su auxilio.

Era, pues, una idea de protección al menor lo que informaba esta incapacidad relativa de él durante el período de la *major infantia*.

¿Pero qué sucedía en aquellos casos en que el impúber en la *major infantia* celebraba un contrato por medio del cual se hacía acreedor y deudor?

El menor celebraba, verbigracia, un contrato de compraventa de una cosa de su propiedad por determinado precio. Como veremos al tratar de este contrato, el vendedor se hace deudor de la cosa vendida y acreedor del precio. Si, en el caso que contemplamos, se aplicara en todo su rigor el principio que regía la incapacidad relativa del impúber mayor infante, debería concluirse que el contrato de compraventa valía tan solo en cuanto hacia al menor acreedor del precio, pero no tenía validez en cuanto lo hacía deudor de la cosa vendida.

Semejante solución sería contraria a todo principio de equidad. Se aplicó entonces un principio universal de derecho, que los romanos enunciaron así: *Nemini licet locupletari cum alterius iniuria vel iactura* (a nadie le es lícito enriquecerse con la injuria o el daño de otro), principio que ha tenido amplísimas repercusiones en las legislaciones civiles modernas, y que aun se ha consagrado de manera expresa en algunos códigos civiles.

De conformidad con este principio, el menor, en el caso que contemplamos, no podía a un mismo tiempo cobrar el precio de la compraventa y negarse a entregar la cosa vendida, pues de ese modo se enriquecería injustamente a costa del daño de su comprador:

“Nadie debe lucrarse con daño ajeno”.

“*Nemo debet lucrari ex alieno damno*” (Gayo, 4, 3, 28).

Por eso se resolvió que si el menor quería cobrar el precio, debía ser obligado a entregar la cosa vendida; y que si, prevaliéndose de su incapacidad, la invocaba para no entregar la cosa vendida, no podía cobrar el precio de la venta.

Otro tanto sucedía en cierta clase de contratos que, haciendo entrar una cosa al patrimonio del menor, lo hacían al propio tiempo deudor. Por

ejemplo, si el menor recibía determinadas cosas en mutuo hacía su condición mejor, puesto que entraba una cosa a su patrimonio, pero al mismo tiempo se hacía deudor de las cosas recibidas. Como no podía sostenerse que el contrato valía en cuanto había proporcionado al menor las cosas recibidas en mutuo, y no valía en cuanto quedaba obligado a devolverlas, se aplicaba para resolver el conflicto el principio general que ya hemos enunciado: el menor no podía enriquecerse de esta manera a costa del daño de otro, y aun cuando el contrato no valiera por razón de su incapacidad, debía restituir aquello con que se hubiera hecho más rico, es decir, las cosas recibidas en préstamo.

El principio de que veníamos hablando no se halla consagrado de manera expresa en nuestra legislación positiva civil, pero como principio universal de derecho informa un buen número de sus disposiciones, y debe aplicarse en todos aquellos casos en que de no hacerlo resultaría el enriquecimiento injusto de una persona en daño o perjuicio de otra. Entre las disposiciones civiles sustantivas que se informan en este principio se halla el artículo 1747 de nuestro Código Civil, cuando dice que si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no podrá pedir reembolso o restitución de lo entregado o pagado por razón del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho con ello más rica esa persona (el menor). Se quebrantaría el principio de que veníamos hablando si se admitiera que una vez anulado el contrato celebrado con una persona incapaz, pudiera esta retener en su patrimonio las cosas con que, en virtud de aquel contrato, se había enriquecido, pues tal enriquecimiento vendría a producirse entonces en detrimento del contratante capaz.

Es entendido que la incapacidad del menor, de que veníamos tratando, tenía lugar únicamente cuando dicho menor obraba por sí solo sin la *auctoritas* de su tutor, pues obteniendo esta, su capacidad se completaba y el contrato era válido.

Así mismo, es de advertir que lo anteriormente dicho se refiere al menor que no se hallaba bajo la patria potestad. Si bajo esa potestad se encontraba el menor, imperaba la regla semejante a la del menor *sui juris*; podía contratar para hacer su condición mejor, por ejemplo, para hacerse acreedor o adquirir un derecho real, pero no para hacer su condición peor, verdigracia, para contraer una obligación.

Como la aplicación de esta regla, en la práctica podía causar perjuicios a terceros, toda vez que las adquisiciones del hijo aprovechaban al *pater familias*, y, en cambio, ni aquel ni este quedaban obligados para con sus contratantes, el pretor estableció, en beneficio de la equidad, reglas semejantes a las que ya hemos visto, al tratar del menor *sui juris*, para el caso en que el padre de familia pretendiera enriquecerse injustamente con las adquisiciones del hijo, en daño de otras personas que con este último contrataran.

c) *Tercer periodo.* Comenzaba este tercer período a la edad de los catorce años. La regla general en materia de capacidad en este tercer período era la siguiente: el mayor de catorce años era plenamente capaz de contratar. Pero aquella regla general tuvo ciertas limitaciones. Se principió por admitir que los mayores de catorce años y los menores de veinticinco podían pedir un curador para ciertos negocios determinados. Era una especie de consejero que no mermaba en nada la capacidad del menor. Más tarde, en la época de Marco Aurelio, se generalizó este sistema, admitiendo que el mayor de catorce años y menor de veinticinco podía pedir un curador permanente para toda clase de actos y contratos.

Pero todavía en aquella época esta curatela no cercenaba tampoco la capacidad del mayor de catorce años y menor de veinticinco. Era dada para inspirar confianza a las personas que quisieran contratar con el menor de veinticinco años y mayor de catorce y aumentar así el crédito de éste. Esta curatela era potestativa del mayor de catorce años que a ella quisiera someterse. Bajo el reinado de Diocleciano se acabó por establecer que el mayor de catorce años y menor de veinticinco que voluntariamente hubiera querido someterse a esta curatela quedaba afectado de una incapacidad relativa semejante a la del menor de catorce años y mayor de siete de que hemos hablado. Podía, en consecuencia, contratar libremente para adquirir; pero no podía obligarse sin el consentimiento del curador. Las mismas reglas que ya hemos visto sobre el enriquecimiento injusto en daño de otra persona se aplicaban en el caso del mayor de catorce años sometido a curatela.

En esta última época, la curatela era potestativa del mayor de catorce años; pero una vez que voluntariamente se hubiera sometido a ella tenía que soportarla hasta la edad de veinticinco años. Se decía que quien tal curatela solicitaba reconocía su incapacidad para contratar libremente y,

por tanto, no podía adquirir la plenitud de esa capacidad sino una vez llegado a los veinticinco años.

Sin embargo, hacia el final del siglo III de la era cristiana, ciertas constituciones imperiales decretaron lo que se denominó *vaenia aetatis*, que consistía en una especie de habilitación de edad al mayor de catorce años y menor de veinticinco que estuviera sometido a la curatela. En virtud de este beneficio que otorgaba el emperador y que no podía conferirse sino a la edad de dieciocho años para las mujeres y de veinte para los hombres, el menor bajo curatela quedaba plenamente capaz aun antes de cumplir los veinticinco años y cesaban completamente las funciones del curador.

d) *Mayor edad.* Llegado el hombre a la edad de veinticinco años, adquiría, de manera definitiva, su plena capacidad para contratar, sin que pudiera ya someterse a curatela, si no era por otras causas distintas e independientes de la edad.

Como puede verse, existen las siguientes diferencias entre el sistema del derecho romano y el de nuestro derecho civil en materia de incapacidad jurídica: los actos y contratos del *impúber* son absolutamente nulos, y no producen; por tanto, ningún efecto civil; su incapacidad para contratar por sí solo no es absoluta sino únicamente relativa, en cuanto sus actos y contratos pueden llegar a producir efectos civiles en determinadas circunstancias previstas en la ley⁽²⁸⁾.

3. INCAPACIDAD PROVENIENTE DE ANORMALIDADES MENTALES

Para los efectos de la incapacidad civil por causa de afecciones, alteraciones o anomalías mentales, el derecho romano habla de los *furiosi* y de los *mente capti*. Los primeros eran todos aquellos que se hallaban por completo privados de la razón, tuvieran o no intervalos lúcidos. Los *mente capti* eran aquellas personas que, sin estar totalmente privadas de razón, padecían ciertas afecciones mentales que las colocaban en incapacidad física de discernir en la medida suficiente para realizar un acto jurídico.

(28) C.C., art. 1504.

Tanto los *furiosi* como los *mente capti* eran incapaces de contratar, y debían estar provistos de un curador que administrara su patrimonio, toda vez que al consentimiento de aquellas personas le faltaba uno de los requisitos esenciales para que fuera válido: el conocimiento pleno del objeto y de las consecuencias del acto o contrato. En una palabra, aquellas personas eran incapaces, porque no podían válidamente consentir. El pretor asimiló a esta clase de incapaces a los sordomudos.

A diferencia de lo que sucede en nuestro derecho civil, no existía en Roma lo que se llama el decreto de interdicción de los incapaces por causas mentales. Así, pues, debía probarse que en el momento de ejecutar el acto o de celebrar el contrato la persona sufría la afección mental que la hacía incapaz; y si en ese momento se hallaba en un intervalo lúcido, el acto o contrato era válido.

4. INCAPACIDAD DEL PRÓDIGO

La persona que habitualmente disipaba su patrimonio era privada de la administración de este, por decreto judicial; era, pues, sometida a interdicción en el manejo de sus bienes, tal como sucede en el derecho civil moderno⁽²⁹⁾. Pero la incapacidad del pródigo o disipador interdicto no era absoluta: podía adquirir, pero no enajenar; hacerse acreedor, pero no obligarse:

“Ero suelen hoy los pretores y gobernadores si encuentran quien no es capaz de llevar cuenta del tiempo y límite de sus gastos, sino que arruina dilapidando y malgastando sus bienes, nombrarle un curador a ejemplo de lo que se hace con el loco”.

“*Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenierint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et disipando profudit, curatorem ei-dare exemplum furiosi*” (Ulpiano, D. 27, 10).

(29) C.C., art. 531.

5. INCAPACIDAD PROVENIENTE DEL SEXO

Durante los primeros siglos de Roma, la mujer fue considerada, por razón de su sexo, como relativamente incapaz, y se hallaba sometida a tutela perpetua. Los textos traen como fundamento de esta incapacidad la creencia acerca de la inferioridad natural de la mujer para el ejercicio de los actos de la vida civil. Con esto tratábbase de defender el patrimonio de la mujer en favor de sus agnados llamados a sucederla por causa de muerte.

La incapacidad de la mujer bajo tutela no era absoluta; no comprendía sino los actos de enajenación y los contratos en los cuales pudiera obligarse. Era una incapacidad semejante a la del impúber en la mayor infancia y se hallaba sometida a los mismos principios generales.

Pero si la mujer se hallaba sometida a la patria potestad o *in manu* respecto del marido, lo cual la colocaba en la condición de hija de familia, su incapacidad para enajenar u obligarse llegaba a ser absoluta, por cuanto no teniendo tutor que pudiera ratificar el acto o contrato, no había medio por el cual llegara a validarse.

La mujer hija de familia o *in manu* del marido podía adquirir, pero sus adquisiciones, siguiendo los principios generales sobre la patria potestad aprovechaban al jefe de familia o al marido, según el caso.

A mediados de la República, la incapacidad de la mujer por razón del sexo, y la consiguiente tutela perpetua principiaron a debilitarse y tendían cada vez más a desaparecer.

Mediante esa evolución progresiva a favor de la liberación de la mujer para los actos de la vida civil, llegó a concedérsele en el siglo IV de la era cristiana, por ciertas constituciones o decretos de Honorio y Teodosio, lo que se denominó el *ius liberorum*, mediante el cual cesó totalmente su incapacidad civil, y, en consecuencia, quedó abolida la tutela perpetua de la mujer, tornándose esta plenamente capaz.

6. INCAPACIDAD DEL ESCLAVO

Como el esclavo no era considerado persona en derecho, la regla general era que no tenía capacidad para contratar. En casos excepcionales

podía hacerlo, como cuando el amo lo ponía al frente de una empresa o le confiaba la administración de un peculio.

Mas, como fuera de esto el esclavo podía desarrollar ciertas actividades de hecho en la vida económica, era preciso fijar los efectos de ellas con relación al amo.

En el desarrollo de sus actividades se consideraba al esclavo como un instrumento de adquisición para el amo, pero no como medio de obligación. El amo podía, pues, adquirir por medio del esclavo, pero no obligarse. Si, por ejemplo, el esclavo compraba una casa, el amo la adquiría, pero no quedaba obligado al precio. Se aplicaba entonces el principio prohibitivo del injusto enriquecimiento en daño de otra persona y el que en tales condiciones contrataba con el esclavo podía ejercitarse contra el amo la acción llamada *in rem verso*, que tenía por finalidad el reembolso de todo aquello con que el amo hubiera enriquecido su patrimonio injustamente a causa de la aplicación de la regla estricta de que podía adquirir, pero no obligarse por medio del esclavo. Y aquella acción *in rem verso* ha llegado a constituir una denominación general en el derecho civil moderno, para designar todas aquellas acciones que, fundadas en el principio del enriquecimiento injusto o sin causa, tiendan a obtener el reembolso de las cosas objeto de ese enriquecimiento.

CAPÍTULO XIII

El objeto del contrato

1. ¿QUÉ ES EL OBJETO DEL CONTRATO?

Según hemos visto, el objeto es el elemento principal de toda clase de contratos. No puede existir jurídicamente un contrato sin objeto suficientemente determinado, y que, además, reúna determinados requisitos, que en seguida veremos.

Pero, ¿qué es el objeto del contrato?

Hemos dicho que cuando dos o más personas celebran un contrato, se proponen crear, modificar o extinguir una obligación. La obligación que se crea, modifica o extingue por medio del contrato viene a ser así el objeto directo o inmediato de aquél. Pero aquí no contemplamos el objeto del contrato por este aspecto.

Según hemos visto, la obligación tiene a su vez por objeto, bien la entrega de una cosa en propiedad, posesión o simple tenencia, bien la ejecución o no ejecución de un hecho determinado. Y esa entrega, ejecución o no ejecución vienen a constituir indirectamente el objeto del contrato. Pero materializando aún más el concepto, puede decirse que el objeto del contrato es la misma cosa o el hecho positivo o negativo que se trata de entregar, ejecutar o no ejecutar. En este último sentido toma la palabra "objeto" el artículo 1517 de nuestro Código Civil, al decir que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.

2. SUS REQUISITOS

Para que fuera válido el objeto del contrato en el derecho romano debía llenar los siguientes requisitos:

1. *El objeto debía ser posible.* El objeto que no era posible, era el física o jurídicamente imposible. Imposibilidad física era aquella que contrariaba las leyes de la naturaleza física, como la de entregar un astro; imposibilidad jurídica era la que provenía de la imposibilidad legal de que determinadas cosas fueran objeto de contratos, tales como las llamadas *divini iuris*.

Si la imposibilidad jurídica existía en el momento de celebrarse el contrato, este quedaba nulo, aun cuando dicha imposibilidad llegara a desaparecer posteriormente:

“No hay obligación de lo imposible”.

“*Impossibilium nulla est obligatio*” (Celso, D. 50, 17, 185).

No debe confundirse la imposibilidad física del objeto con la inexistencia del mismo en el momento de celebrarse el contrato. Puede una cosa no existir en ese momento y, sin embargo, no ser de imposible existencia. La inexistencia de la cosa en el momento del contrato puede ser absoluta o simplemente relativa. Es absoluta cuando el objeto no existe ni se espera su existencia; es relativa cuando la cosa no existe en el momento del contrato, pero se espera su existencia.

En el primer caso el contrato era nulo en el derecho romano, y lo es también en nuestro derecho civil. En el segundo, tenía y tiene validez, si se espera la existencia del objeto. ¿Por qué? Porque tanto en el sistema del derecho romano como en nuestro derecho civil los contratos, por regla general, no transfieren el dominio, la posesión o la tenencia de las cosas; no hacen sino generar obligaciones que tengan por objeto la transmisión de ese dominio, posesión o tenencia.

Por consiguiente, en nada afecta la validez del contrato el que la cosa no exista en el momento de perfeccionarse, con tal que llegue a existir en el momento de entregarse al acreedor en cumplimiento de la obligación surgida del contrato.

Sin embargo, es preciso exceptuar de aquel principio general los contratos llamados reales, pues siendo en ellos elemento esencial para su per-

feccionamiento la entrega del objeto, si este no existe, mal puede ser entregado y, por consiguiente, el contrato no puede surgir a la vida jurídica sino una vez que llegue a existir el objeto.

2. *El objeto del contrato debía ser lícito*⁽³⁰⁾. Era objeto ilícito el que contrariaba las leyes de la moral, del orden público o de las buenas costumbres.

“Es de indudable derecho que los pactos que se hacen contra las leyes y los decretos, o contra las buenas costumbres, no tienen fuerza alguna”.

“*Pacta quae contra leges constitucionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, in dubitate iuris est*” (Dig., 45, 1).

Esta condición se refiere especialmente a los casos en que el objeto del contrato es un hecho, es decir, a las obligaciones de hacer. Para que haya objeto ilícito no es indispensable que el hecho materia del contrato sea constitutivo de delito; basta que sea inmoral.

“No todo lo que es permitido es honesto”.

“*Non omne quod licet honestum est*” (Paulo, D. 50, 17, 144).

Por ejemplo, la prostitución no es un hecho delictuoso, y, sin embargo, no puede ser objeto de contrato, porque siendo inmoral vendría a constituir un objeto ilícito.

Algunos autores llaman imposibilidad moral la ilicitud del hecho materia del contrato, y nuestro Código Civil le da así mismo esta denominación cuando dice, en su artículo 1518, que si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible, agregando que es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

3. *El objeto del contrato debía ser suficientemente determinado.* Se dice suficientemente determinado porque no es necesario que la determi-

(30) C.C., art. 1519.

nación del objeto llegue hasta indicarlo en su individualidad. No solo un individuo determinado puede ser objeto del contrato. A este respecto se ha conocido, desde el derecho romano, la clasificación de cosas de género y especies o cuerpos ciertos, advirtiendo que la palabra "especie" no debe entenderse en el mismo sentido que tiene en filosofía.

Se ha entendido por cosas de género aquellas que, perteneciendo a determinada especie, no están señaladas en su individualidad, por ejemplo, diez carneros, cinco caballos, y por especie o cuerpo cierto se ha entendido un individuo determinado, como el caballo tal, ó la finca comprendida dentro de determinada demarcación.

4. *El objeto del contrato debía ser materia de una prestación apreciable en dinero, destinada al acreedor y no a otra persona.* No se celebran contratos por puro capricho. Deben tener alguna finalidad práctica y útil desde el punto de vista económico. Deben aprovechar al patrimonio de los que en el contrato han figurado como acreedores. Y como si no se cumple la obligación el deudor debe indemnizar perjuicios equivalentes al valor del objeto no satisfecho, y ese valor se estima siempre en dinero, sigue que el objeto de los contratos debe ser siempre apreciable en dinero, porque de lo contrario no podría hacerse efectiva la indemnización de perjuicios, en caso de no cumplirse las obligaciones nacidas del contrato.

El objeto debía ser destinado a aprovechar a quien había contratado como acreedor, y no a otra persona distinta. Por eso en el derecho romano no se permitieron las estipulaciones a favor de otro; *alteri stipulare nemo potest*, fue principio general que imperó sobre la materia. El riguroso tecnicismo del derecho romano no podía concebir cómo siendo el contratante A, pudiera aprovechar el objeto del contrato a un tercero que no había contratado por sí ni por medio de otro.

Este principio fundamental del derecho romano ha tenido modificación en la legislación civil moderna, y así vemos que el artículo 1506 de nuestro Código Civil consagra expresamente la teoría de la estipulación a favor de una tercera persona, reconociéndole validez, aun cuando el contratante no tenga poder para representar a este tercero; pero solo esa tercera persona, agrega el texto legal, podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

5. *El objeto del contrato debía ser materia de prestación propia del deudor que había contratado.* El derecho romano no admitía, en efecto, lo que el derecho civil moderno denominaba promesa por otro⁽³¹⁾. Si una persona no podía representar a otra para obligarla en un contrato, mucho menos podría obligarla sin ser su representante. Ya veremos que en el derecho romano no se admitía la representación contractual de una persona por otra. No podía, por consiguiente, el contratante A contratar con B y prometer que C, extraño al contrato, entregara, hiciera o no hiciera alguna cosa.

Este principio riguroso ha tenido también sustancial modificación en el derecho civil moderno. Y así, el artículo 1507 de nuestro Código Civil permite de manera expresa que una persona prometa por otra dar, hacer o no hacer alguna cosa, aun cuando no sea su legítima representante. Pero, en tal caso, el tercero extraño al contrato no quedará obligado sino en virtud de su aceptación expresa o tácita. Es, por consiguiente, esta aceptación posterior al contrato lo que viene a hacer posible y válida la promesa de una persona por otra.

3. DE LA CAUSA COMO ELEMENTO JURÍDICO DEL CONTRATO Y DE LA OBLIGACIÓN

No hay efecto sin causa. Los entes jurídicos contrato y obligación, considerados como efectos, no pueden sustraerse a este principio universal. Deben tener necesariamente una causa que los haga surgir a la vida jurídica.

De aquí ha surgido la teoría de la causa, aplicada al contrato y la obligación, aun cuando no todos los expositores la conciben de una misma manera, según veremos adelante.

En el derecho romano existió, sin duda, la noción de causa aplicada a los contratos y a las obligaciones. Así lo demuestran numerosos pasajes jurídicos en que de la causa se habla. Pero no se conoce una teoría defini-

(31) C.C., art. 1507.

da sobre el particular, ni jurisconsulto alguno definió expresamente lo que por causa debe entenderse respecto del contrato y de la obligación.

En los primeros tiempos del derecho, todo contrato, según hemos visto, debía estar revestido de determinadas formalidades externas para que se le considerara con vida jurídica. Y aquellas formalidades externas eran suficientes para la existencia del contrato, aun cuando en realidad no se hubieran efectuado los hechos a que ellas se referían. Se consideraba entonces que la causa del contrato y de la obligación se hallaba solamente en las formalidades externas, que en cada caso debían perfeccionar el contrato. Así, por ejemplo, si por el primitivo contrato solemne denominado *nexum* se celebraba un préstamo en dinero, poco importaba, para la existencia del contrato, que la cantidad de dinero hubiera sido realmente recibida por el deudor, si se había cumplido la plenitud de las formas externas propias de aquel contrato.

El deudor demandado debía pagar, sin que se le admitiera a probar que no había recibido la cantidad de dinero objeto del contrato. Otro tanto sucedía en los demás contratos solemnes primitivos, tales como la *sponsio* y el contrato *litteris*. El derecho pretoriano reaccionó primeramente contra aquella noción formalista y primitiva de la causa de los contratos, estableciendo la excepción de dolo, por medio de la cual el demandado por un pretendido contrato solemne exteriormente perfecto, pero en el cual no habían sucedido los hechos correspondientes, podía librarse de la condena judicial. De esa manera el pretendido deudor de dinero, en el ejemplo propuesto, podía probar, alegando la excepción de dolo, que no le había sido entregada la cantidad de dinero objeto del pretendido contrato.

El mismo derecho civil moderó el rigorismo primitivo sobre esta materia, creando la acción denominada *condicatio sine causa*, encaminada a invalidar en sus efectos un contrato en que, a pesar del cumplimiento de las respectivas formalidades externas, no se hubieran cumplido en la realidad los hechos a que tales solemnidades se referían.

Y por último se estableció también la acción denominada *ob turpem vel injustam causam*, para el caso de que el deudor se hubiera obligado por causa de un hecho ilícito de su pretendido acreedor:

“Lo que se ha prometido por causa deshonesta no vale”.

“*Quod turpi ex causa promissum est, non vale*” (Inst., 3, 19, 24).

Según puede verse, esta evolución del derecho romano modificó el concepto primitivo y formalista de la causa en los contratos, haciéndola depender, no ya de los elementos externos de forma, sino de los elementos de fondo necesarios para la perfección de todo contrato en general o de determinada clase de contratos. Pero bien sea que se considere la causa desde el punto de vista del primitivo derecho, o del más científico a que se llegó mediante la evolución que acabamos de señalar, es lo cierto que entre los romanos dominó siempre la idea de causa eficiente aplicada al contrato y a la obligación.

Se consideraba como causa, en esta materia, el conjunto de elementos que, según la ley, era necesario para que el contrato surgiera a la vida jurídica, ya se considerara el contrato en general, ya se tratara de determinada clase de ellos. Si aquellos elementos esenciales faltaban en todo o en parte, se consideraba que no había habido causa eficiente del contrato, y, por consiguiente, este no podía tener existencia legal.

Así, por ejemplo, si en un pretendido contrato de mutuo o préstamo de consumo no habían sido entregadas al mutuario o pretendido mutuario las cosas que se consideraban materia del contrato, faltaba un elemento esencial, la *mutui datio*, para que el contrato naciera a la vida jurídica, y se decía que aquel pretendido contrato carecía de causa.

Otro tanto sucedía con los demás contratos llamados reales, en los que faltaba la entrega de la cosa materia de ellos. Siendo esa entrega, como lo veremos más adelante, elemento esencial de esa clase de contratos, si ella faltaba no había causa jurídica en cuya virtud el contrato pudiera tener existencia legal.

De lo anteriormente expuesto deducimos que en el derecho romano la causa no era un elemento real y jurídicamente distinto de los otros tres, de que anteriormente hemos hablado, ni tampoco distintos de los elementos esenciales de determinada clase de contratos, sino que se hallaba refundida en aquellos mismos elementos esenciales para la existencia del contrato; lo que había no era otra cosa que la ausencia de uno o más de los elementos esenciales que la ley exigía para la existencia del contrato. Nuestro Código Civil consagra la causa como un cuarto elemento esencial del contrato en sus artículos 1502 y 1524, diciendo que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.

CAPÍTULO XIV

Desarrollo histórico y clasificación de los contratos

1. EL "NEXUM"

Hemos visto que en los primeros tiempos del derecho romano la simple convención o acuerdo de voluntades entre los contratantes no bastaba por sí sola para constituir un contrato, sino que se requería para ello el empleo de determinadas formas solemnes.

Parece que la primera de estas formas fue el *nexum*, que en un principio se aplicó únicamente a los préstamos de dinero. Consistía el *nexum* en una solemne ceremonia celebrada en presencia de las partes contratantes y a la que se daba el nombre *pér aes et libram*, que literalmente significa por el cobre y la balanza. Las partes comparecían ante cinco ciudadanos romanos púberes, pronunciaban determinadas e invariables palabras solemnes, destinadas a establecer la naturaleza y los efectos del contrato, y al mismo tiempo se pesaba en una balanza determinada cantidad de cobre, que, según parece, equivalía, en los primeros tiempos, al dinero prestado. Cuando se perfeccionó la acuñación de la moneda y se emplearon otros metales en su fabricación, no se pesaba esta, sino que se contaba, pero se conservó, sin embargo, la primitiva ceremonia solemne *pér aes et libram* como un medio solemne de perfeccionar el contrato de préstamo de dinero y aun llegó a emplearse la misma ritualidad para elevar a esa forma solemne otros contratos distintos del préstamo, pero que tuvieran por objeto sumas de dinero, a fin de comunicarles toda la fuerza que en el terreno legal tenía el *nexum* en los primeros tiempos.

Según hemos dicho, el *nexum* se aplicó en un principio tan solo a los préstamos de dinero, pues parece que este contrato fue el primero que se reconoció como tal en el derecho romano. Indudablemente no debían fal-

tar en aquellos primeros tiempos otras operaciones que se realizan aun en las sociedades más incipientes, como el cambio de una cosa por otra o el préstamo gratuito. Pero aquellas operaciones eran sancionadas únicamente por la costumbre, sin que el derecho interviniere en ellas, y el acuerdo de voluntades para llevarlas a efecto se consideraba como una simple convención no sancionada ni reconocida como contrato por el derecho civil.

Los efectos del *nexum* se caracterizan por su excesivo rigorismo. Los términos solemnes empleados en su celebración equivalían a una verdadera condena pronunciada contra el deudor. Si este no cumplía la obligación, quedaba sujeto al procedimiento denominado *manus injectio* en virtud del cual el acreedor podía tomar por su cuenta la persona misma del deudor, reducirlo a un estado de semiesclavitud y aun venderlo después de cierto tiempo como esclavo, para el pago de su acreencia.

Los abusos a que dio lugar esta institución hicieron que en el año 428 la Lex *Paetelia Papiria* aboliera la clase de los *nexi*, que eran los que en virtud del *nexum* habían caído en este estado de semiesclavitud.

2. LA "SPONSIO" Y LA "STIPULATIO"

Al lado del *nexum* se reconoció desde los primeros tiempos del derecho romano otra forma de contratar, denominada *sponsio*, término que se deriva del verbo *spondere*: prometer. Era este un contrato verbal (*verbis*), porque no podía perfeccionarse sino con el empleo de determinadas palabras solemnes. El acreedor preguntaba, por ejemplo, al deudor: *quinque aureos dare spondes?* (¿Te comprometes a dar cinco monedas de oro?). Y el deudor contestaba: *spondeo* (prometo).

Según puede verse, la pregunta debía contener la denominación clara del objeto del contrato, y mediante la respuesta afirmativa del deudor se formaba el vínculo contractual. En su origen era indispensable el empleo del verbo *spondeo* para que pudiera perfeccionarse el contrato, y este no era accesible sino a los ciudadanos romanos. Pero luego evolucionó el contrato en el sentido de permitirse el empleo de cualesquiera otros términos que envolvieran la idea de promesa y se hizo extensivo a toda clase de personas. Tomó entonces el nombre de *stipulatio*, forma solemne de

contrato que perduró por varios siglos en el derecho romano. A su tiempo examinaremos los caracteres generales de este contrato.

3. EL CONTRATO "LITTERIS" Y EL "MUTUUM"

Una vez desaparecido el *nexum* del escenario jurídico, surgieron otros dos contratos, a saber: el contrato *litteris* y el *mutuum*.

Los ciudadanos romanos acostumbraban llevar ciertos apuntes privados de sus negocios, especialmente cuando se trataba de préstamos de dinero; y una vez que la forma solemne del *nexum* cayó en desuso, se admitió que tales contratos de préstamo se pudieran perfeccionar por medio de aquellas anotaciones escritas. Fue entonces la escritura no solamente un medio de prueba del contrato sino un elemento esencial para su formación. Tal fue el contrato *litteris* de los primeros tiempos.

Al propio tiempo, caídas en desuso las ceremonias rituales del *nexum*, llegó a admitirse que bastaba la entrega de la cantidad de dinero prestado para que el contrato tuviera existencia jurídica. Entonces se dijo que este contrato se formaba *re*, esto es, por medio de la entrega de la cosa materia de él, y este principio se generalizó en seguida para otras operaciones distintas, cuales fueron el préstamo gratuito de un cuerpo cierto para su uso, la entrega de una cosa determinada para que fuese guardada y custodiada por otra persona, y la entrega de una cosa por el deudor a su acreedor, en garantía del crédito⁽³²⁾.

Todas estas operaciones fueron entonces elevadas a la categoría de contratos, consagrándose el principio de que en ellos es indispensable para su perfección la entrega de la cosa que ha de ser objeto de la obligación del deudor. Fue este el origen de los contratos reales del derecho civil moderno, como son el mutuo o préstamo de consumo, el comodato, el depósito y la prenda, que corresponden a las cuatro operaciones que anteriormente hemos relacionado.

(32) C.C., art. 1500.

4. EL CONTRATO DE COMPROVENTA

Con el progreso del derecho, surgió otra clase de contratos que en el derecho civil moderno se denominan simplemente consensuales. Como prototipo de esta clase de contratos y el más importante de ellos tenemos la compraventa. Veamos cómo surgió este contrato al terreno jurídico, ya que, según parece, fue en el derecho romano el modelo para la formación o advenimiento de los otros contratos pertenecientes a esta clase.

Mientras fue desconocida la institución económica de la moneda no era posible la existencia del contrato de compraventa, pues siendo el precio elemento esencial de este contrato y debiendo consistir ese precio en dinero, no podía realizarse la compraventa sin la existencia de la moneda. Una vez que esta existió, se hizo posible y surgió a la vida jurídica el contrato de compraventa, pero en un principio dicho contrato no se perfeccionaba sino con la entrega simultánea y recíproca de la cosa y del precio mediante una doble transmisión de la propiedad de esos dos elementos.

En esa primera etapa el contrato de compraventa se denominó *venum datio*, que literalmente significa dación en venta. Era una especie de contrato real, puesto que no se perfeccionaba sino mediante la entrega recíproca de los dos objetos de él: la cosa y el precio.

El ensanche de los negocios exigía mayor amplitud y facilidad para la celebración de este contrato. Así fue como llegó a desprenderse de su carácter primitivo y se admitió entonces que pudiera celebrarse por medio de la *stipulatio verbis*. El vendedor estipulaba en favor suyo el precio del contrato, y a su vez el comprador estipulaba para sí la entrega de la cosa vendida. Pero eran estas dos operaciones distintas e independientes la una de la otra. Se dislocaba de esa manera el contrato de compraventa en sus dos elementos esenciales e indispensables: la cosa y el precio. Además, la *stipulatio* era una forma solemne y de derecho estricto, que como tal estaba sometida al tecnicismo riguroso de los primeros tiempos; y surgiendo del contrato de compraventa obligaciones recíprocas a cargo de los contratantes que debían regirse por los dictados de la equidad y de la buena fe, necesitaba todavía evolucionar en ese sentido. Así fue como llegó a admitirse que el contrato de compraventa pudiera perfeccionarse *solo consensu*, esto es, por el simple consentimiento de los contratantes, y este principio se

extendió a otros tres contratos conocidos con los nombres de *locatio conductio*, *societas* y *mandatum*, que corresponden a los contratos de arrendamiento, sociedad y mandato del derecho moderno. Tal el origen de los contratos llamados simplemente consensuales.

5. DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

De acuerdo con lo que hemos expuesto, podemos formar cuatro categorías de contratos en el derecho romano:

- Contratos “*verbis*”, que eran aquellos en los cuales se necesitaba para su perfección el empleo de determinadas palabras.
- Contratos “*litteris*”, que eran aquellos que no podían perfeccionarse sino por medio de la escritura. Se dice que esta era no solamente exigida *ad probationem* (como prueba), sino *ad solemnitatem*, es decir, como una solemnidad esencial para la existencia del contrato. Como ejemplo de esta clase de contratos tenemos en el derecho civil colombiano la promesa de celebrar un contrato, en el cuál, entre otros requisitos esenciales para su validez, se exige como solemnidad esencial el que la promesa conste por escrito. La escritura no se exige aquí tan solo como medio de prueba, sino que es elemento esencial para la existencia del contrato.
- Contratos reales, en los cuales se requería la entrega de la cosa materia de ellos, para que tuvieran existencia legal. Tales eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Esta clasificación ha pasado al derecho civil moderno.
- Contratos simplemente consensuales, que se formaban *solo consensu*, esto es, por el solo consentimiento de los contratantes manifestado en cualquier forma. Tales eran la compraventa, la *locatio conductio* (arrendamiento), la sociedad y el mandato. Igualmente ha llegado esta clasificación al derecho civil moderno.

“Se dice que en estos casos la obligación se contrae por el solo consentimiento, porque para que se produzca no se necesita ni de escrito ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa, pues basta que consientan aquellos entre quienes se hace el negocio”.

"Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque presentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotia gerunt, consentire" (Inst., 3, 22).

También se clasificaron los contratos, en el derecho romano, en contratos de derecho estricto y de buena fe. Eran contratos de derecho estricto aquellos que, informados en los rigorismos de los primeros tiempos, debían cumplirse según los términos del contrato, por sobre toda consideración de equidad. Tales eran el *nexum*, el mutuo, la *sponsio* y la *stipulatio*.

Se llamaban de buena fe todos los demás contratos, en los cuales debía primar la equidad sobre los principios técnicos del derecho civil. Esta división de los contratos era propia del derecho romano. En nuestro derecho civil todos los contratos deben interpretarse de buena fe y obligan no solamente a lo que en ellos se haya estipulado, sino a lo que resulte de su naturaleza.

Además, conociéndose claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.

Así mismo, se han clasificado los contratos, desde el derecho romano, en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos⁽³³⁾. Unilaterales son aquellos que no hacen surgir obligaciones sino a cargo de uno solo de los contratantes. El tipo de esta clase de contratos es el *mutuo* o préstamo de consumo. Una vez perfeccionado el contrato con la entrega que de las cosas hace el mutuante al mutuario, tan solo a cargo de este último nacen las obligaciones correspondientes.

Se llaman bilaterales o sinalagmáticos aquellos contratos que generan obligaciones recíprocas a cargo de todos y cada uno de los contratantes. Tales son la compraventa, el arrendamiento y la sociedad.

Los contratos bilaterales se dividen a su vez en sinalagmáticos perfectos y sinalagmáticos imperfectos. Los primeros son aquellos que desde el

momento de su perfección generan obligaciones a cargo de todos los contratantes, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad.

Son sinalagmáticos imperfectos aquellos contratos que en el momento mismo de su perfección no generan obligaciones sino a cargo de una sola de las partes, pero que accidentalmente y con posterioridad a la celebración del contrato pueden hacer surgir obligaciones a cargo de la otra parte. Tal sucede, por ejemplo, en los contratos de depósito y comodato. Inicialmente no nace como necesaria sino la obligación del comodatario y del depositario, pero accidentalmente y sin que aquello suceda en todos los casos, pueden surgir obligaciones a cargo del comodante y del depositante por hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato, según lo veremos a su debido tiempo.

Se dividen igualmente los contratos en solemnes y no solemnes. Solemnes son aquellos que necesitan para su perfección el cumplimiento de determinadas formalidades externas; y no solemnes, aquellos que no necesitan formalidad alguna para que tengan vida jurídica. Contratos solemnes eran en el derecho romano el *nexum*, la *stipulatio* y el contrato *litteris*, por cuanto no podían existir sin que se hubieran cumplido determinadas formalidades externas exigidas por la ley para su perfección. No solemnes eran la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, en los cuales bastaba el consentimiento de los contratantes para que tuvieran vida legal.

En el derecho civil colombiano son contratos solemnes el de compraventa de inmuebles, el de hipoteca, el de sociedad comercial, la promesa de contrato, etc., en todos los cuales se exige la escritura, no solamente como medio de prueba, sino como una solemnidad esencial para que el contrato tenga existencia jurídica; y son contratos no solemnes la compraventa de bienes muebles y todos los demás contratos simplemente consensuales.

Nuestro Código Civil clasifica también los contratos en gratuitos y onerosos⁽³⁴⁾. Gratuitos son aquellos en que una sola de las partes reporta utilidad. Son esencialmente gratuitos el comodato y el depósito propiamente dicho, pues en estos dos contratos tan solo el comodatario y el depositante reportan utilidad: el primero con el uso gratuito de la cosa, y el segun-

(33) C.C., art. 1496.

(34) C.C., art. 1497.

do con la guarda y custodia de la cosa materia del contrato. Onerosos son aquellos contratos en que todas las partes contratantes reportan utilidad. Tal sucede en el contrato de compraventa, en la sociedad y en el mandato.

Los contratos onerosos se subdividen, según el Código Civil colombiano, en comutativos y aleatorios⁽³⁵⁾. Los primeros son aquellos en que una de las partes promete dar o hacer alguna cosa que se mira como equivalente de lo que la otra promete a su vez dar o hacer. Y el contrato se llama aleatorio cuando la prestación prometida por una de las partes es una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Tal sucede, por ejemplo, en la venta de una cosecha futura, en que no se sabe a qué cantidad determinada podrá reducirse.

Igualmente divide nuestro Código Civil los contratos en principales y accesorios⁽³⁶⁾. Son principales aquellos que pueden existir por sí solos, sin necesidad de que accedan a otro, por ejemplo la compraventa o el arrendamiento. Son accesorios los que no pueden existir sino al lado de otro que se dice principal, como la hipoteca, la prenda y la fianza.

Fuera de la clasificación que ya hemos visto, se conocieron en el derecho romano ciertas convenciones y pactos que, si bien fueron elevados a la categoría de contratos, no podían, sin embargo, catalogarse en una clase determinada de los que hemos visto. A tales convenciones se les llamó contratos innominados, y se designaban por la naturaleza general de las prestaciones, así:

Do ut des (dar una cosa en cambio de otra);

Do ut facias (dar una cosa en cambio de la ejecución de un hecho);

Facio ut des (ejecutar un hecho a cambio de una cosa);

Facio ut facias (ejecutar un hecho a cambio de la ejecución de otro).

Tales denominaciones suelen emplearse en el derecho civil moderno para designar de una manera general la naturaleza de las prestaciones materia de los contratos.

(35) C.C., art. 1498.

(36) C.C., art. 1499.

CAPÍTULO XV

Estudio especial de los distintos contratos

1. "CONTRATOS VERBIS"

Eran *contratos verbis* aquellos que necesitaban como elemento esencial para su perfección el empleo de determinadas palabras o formas verbales. Los más conocidos eran: la *stipulatio*, la *dictio dotis* y el *jusjurandum liberti*.

a) De la "stipulatio". Vimos al tratar del desarrollo general de los contratos que las primeras formas contractuales conocidas fueron el *nexus* y la *sponsio*. Pues bien: la *stipulatio* no fue sino el resultado de la evolución de la *sponsio* y participaba de los caracteres de esta última. Según vimos, la *sponsio* en sus orígenes no era accesible sino a los ciudadanos y no podía realizarse sino mediante el empleo del verbo *spondere*.

Pero como el ensanche de las relaciones económicas del pueblo romano hizo sentir la necesidad de contratar con los no ciudadanos, se amplió la fórmula de la *sponsio*, haciéndola accesible a estos últimos y admitiendo como fórmulas orales el empleo de cualquier otro verbo que envolviera la idea de promesa por parte del deudor a favor del acreedor. Entonces fue cuando tomó el nombre de *stipulatio*, que vino a ser una forma general de contratar por medio de determinadas formalidades orales.

Para que la *stipulatio* fuera válida se necesitaban los siguientes requisitos:

1. Una pregunta oral del que pretendía hacerse acreedor, y una respuesta afirmativa e igualmente oral del que pretendía constituirse deudor.

En la pregunta que hacía el acreedor debía incluir claramente el objeto de la obligación que trataba de constituir, y la respuesta del deudor debía comprender, expresa o tácitamente, dicho objeto. Por ejemplo, el acreedor preguntaba: *Promittis dare quinque aureos?*, y el deudor contestaba: *Promitto*. De esta manera nacía, a cargo del deudor que respondía al acreedor que preguntaba, la obligación de satisfacer el objeto prometido.

2. De la necesidad de una pregunta y una respuesta orales entre el acreedor y el deudor se deduce que la *stipulatio* no podía tener lugar sino estando presentes ambos contratantes, y no era accesible a los mudos ni a los sordos.

3. Era indispensable que hubiera concordancia gramatical y jurídica entre la pregunta y la respuesta. Si la respuesta abarcaba cosa distinta de la que contenía la pregunta, o comprendía el mismo objeto, pero en condiciones diferentes, faltaba aquella concordancia y la estipulación no valía.

Hemos visto que el consentimiento de los contratantes debía dirigirse a un mismo objeto. Por consiguiente, si la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor se referían a objetos distintos, faltaba aquel requisito del consentimiento y por eso la estipulación no valía. Sin embargo, llegó a admitirse que si había discrepancia entre la pregunta y la respuesta y el acreedor se adhería inmediatamente a la respuesta del deudor, conviniendo en la promesa hecha por este último, valía la estipulación, porque entonces se realizaba la unidad de objeto con relación al consentimiento de ambos contratantes.

Si la respuesta del deudor comprendía uno solo de varios objetos distintos comprendidos en la pregunta, era válida la estipulación en cuanto a ese objeto, pero no en cuanto a los otros. Mas si se trataba de una suma determinada de dinero y la respuesta no comprendía sino una parte de ella, la solución no era uniforme entre los jurisconsultos. Gayo sostenía que las dos sumas eran real y jurídicamente distintas, y por consiguiente la estipulación no varía porque faltaba la concordancia entre la pregunta y la respuesta. Pero Ulpiano y Paulo, obrando con mayor amplitud, sostenían que la cantidad contenida en la respuesta hacía parte integrante de aquella a que la pregunta se refería, y que, por consiguiente, habiendo concordancia en cuanto a esa parte prometida, la estipulación valía hasta concurrencia de ella.

4. Era necesario que hubiera *continuidad* entre la pregunta y la respuesta, a fin de que pudiera saberse con precisión que la respuesta del deudor se refería a la pregunta del acreedor hecha en el mismo acto, y no a otra cosa.

Para dejar constancia de la pregunta y la respuesta solemnes que constituyan esencialmente el contrato de la *stipulatio*, los romanos acostumbraban redactar un escrito llamado *instrumentum* o *cautio*, en el cual se principiaba por relatar los antecedentes de la operación y se terminaba con la constancia de la pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, con la plenitud de las formalidades exigidas para la validez de la *stipulatio*. Pero últimamente se acabó por resolver que si en el escrito se hacía constar la promesa solemne del deudor, se presumía legalmente la pregunta correlativa que debía haber hecho el acreedor, quedando, sin embargo, a las partes el derecho de probar que la estipulación no se había realizado en la plenitud de sus formalidades por haber estado ausentes acreedor y deudor el día en que se decía celebrado el contrato. Es de advertir que este escrito no llegó a ser elemento esencial de la *stipulatio*, sino simplemente un medio de prueba del contrato.

La *stipulatio* era un contrato unilateral y de derecho estricto. Siendo unilateral no producía obligación sino a cargo del deudor promitente, y esta obligación nacía directamente de los términos solemnes de la *stipulatio*. Como contrato de derecho estricto que era, estaba sometido al rigor de sus términos, sin que le fuera dado al juez entrar a averiguar la intención de las partes al celebrarlo, ni someter a consideraciones de equidad o de buena fe las obligaciones nacidas de él.

Aquel rigorismo hizo sentir la necesidad de acudir a otras formas contractuales más amplias que permitieran la constitución de obligaciones recíprocas entre las partes, teniéndose en cuenta la equidad y la buena fe de los contratantes.

b) *Dictio dotis*. Era este un *contrato verbis* unilateral y de derecho estricto, por medio del cual se prometía en forma solemne una dote a favor del marido. No se conoce la fórmula verbal propia de este contrato, el cual cayó en desuso cuando Teodosio y Valentiniano decidieron que la simple promesa bastaba para constituir la dote.

c) *ius iurandum liberti*. El esclavo manumitido quedaba obligado a la prestación de ciertos servicios a favor de su antiguo amo. Inmediatamente antes de la manumisión daba juramento religioso de prestar aquellos servicios; pero como aquella ceremonia no podía originar una obligación civil, ni el esclavo era capaz de contraerla antes de la manumisión, debía ser ratificada la promesa mediante un juramento solemne de carácter civil, una vez que el esclavo quedara libre. Esto fue lo que se denominó *ius iurandum liberti*, y se elevó a la categoría de *contrato verbis* que generaba por sí mismo la respectiva obligación.

2. "CONTRATO LITTERIS"

El *contrato litteris* entre los romanos era aquel que requería el elemento de la escritura, no solo *ad probationem*, es decir, como medio de prueba, sino *ad solemnitatem*, esto es, como formalidad esencial para su existencia jurídica.

Era costumbre entre los ciudadanos romanos llevar diariamente un apunte privado de sus entradas y salidas, apunte que se llevaba mensualmente en un libro denominado *codex* o *tabulae*, el cual se componía de dos secciones distintas denominadas *acceptum* y *expensum*. En la primera anotaban las entradas, en la segunda las salidas. Así, si se efectuaba un préstamo de dinero, se hacía la anotación correspondiente en el *expensum* a cargo del respectivo prestatario; y si se recibía la suma prestada, se anotaba la entrada en el *acceptum*.

Parece que en un principio estas anotaciones escritas servían únicamente de medio de prueba de las respectivas operaciones; pero con el tiempo se concibió la idea de hacer con aquellas anotaciones una forma contractual solemne destinada a crear por sí misma obligaciones civiles.

Mientras las anotaciones del *codex* no fueron sino un medio de prueba de operaciones preexistentes, se denominaron *arcaria nomina*; pero cuando tuvieron la calidad de *contratos litteris* destinados por sí mismos a crear obligaciones civiles, se denominaron *nomina transcripta*.

El principal destino del *contrato litteris*, en el modo como lo hemos expuesto, era el de elevar a esta forma solemne y de derecho estricto una

operación jurídica que no participara de estos caracteres. Así, si el acreedor del precio de la cosa vendida quería dar mayor seguridad a su crédito y comunicarle las prerrogativas del contrato de derecho estricto, podía hacer con el consentimiento del deudor la respectiva anotación en el *codex* y entonces quedaba la obligación como nacida directamente del *contrato litteris*. Los tratadistas dividen la *nomina transcripta* con que se perfeccionaba el *contrato litteris* en dos clases: *transcriptio a re in personam* y *transcriptio a persona in personam*. Por medio de la primera se llevaba la operación misma a la forma escrita, dejando subsistentes las personas del deudor y del acreedor. Tal era el caso del precio de la compraventa de que hemos hablado. Por medio de la *transcriptio a persona in personam* se mudaba al hacer la anotación escrita la persona del acreedor o del deudor. Por ejemplo, si Mevio debía a Tertio diez unidades monetarias, y Sempronio debía a su vez igual cantidad a Mevio, podían convenir entre los tres que Sempronio pagara a Tertio lo que le debía a Mevio, quedando este último libre de la obligación; y hecha esta anotación en el *codex* se perfeccionaba el *contrato litteris* que hacía nacer por sí mismo la obligación a cargo de Sempronio.

Era una especie de delegación, figura jurídica conocida en nuestro derecho civil y que tiene lugar cuando determinado deudor delega a otra persona, con el consentimiento de esta, el cargo de pagar la deuda al acreedor de aquél. La principal misión del *contrato litteris* en las formas expresadas, según vemos, era llevar a efecto una novación, ya cambiando la naturaleza misma de la obligación preexistente, ya mudando uno de sus sujetos activo o pasivo.

El *contrato litteris* era unilateral, de derecho estricto y solemne. Era unilateral porque no generaba obligación sino para una de las partes. Era de derecho estricto porque estaba sometido en su ejecución al rigor de sus términos por sobre cualquier otra consideración de equidad. Y era solemne porque sin las anotaciones escritas en la forma exigida por el derecho civil no podía tener existencia jurídica ni crear obligaciones.

Sin duda alguna, para la perfección de este contrato se necesitaba, además de las formas externas, el consentimiento del deudor, pero no era necesario que este hiciera las mismas anotaciones, si bien podía hacerlo, no como elemento de formación del contrato sino como medida preventiva de prueba.

En el último período del derecho romano cayeron en desuso las transcripciones anotadas en el *codex* destinadas a la formación del *contrato litteris*, toda vez que se conocieron otros elementos escritos respecto de los cuales se ha discutido si tenían simplemente la calidad de prueba de las respectivas obligaciones, o si eran elementos esenciales del contrato que en ellos se contenía. Estos escritos se denominaron *chirographa* y *syngrapha*. En los primeros se hacía constar una promesa unilateral de pagar determinada suma de dinero al acreedor. Tenemos en nuestro derecho un elemento jurídico análogo a aquellos escritos de carácter unilateral, y son los llamados instrumentos negociables, especialmente los pagarés a la orden. Los *syngrapha* eran los escritos en que se hacía constar determinada obligación en dinero, pero con la circunstancia de ir suscritos a la vez por el deudor y por el acreedor. Cualquiera que hubiera sido la naturaleza jurídica de aquellos escritos, vemos en ellos el origen de las modernas formas escritas empleadas en materia de contratos y obligaciones, ya como medio de prueba, ora como solemnidad esencial para la perfección del respectivo contrato.

El *contrato litteris*, así se considere en su forma primitiva —*nomina trascritptia*— o en su última modalidad, *chirographa* y *syngrapha*, no se aplicaba sino para crear obligaciones pecuniarias. Pero sea que se consideren estos últimos documentos escritos como creadores de las obligaciones o como simple elemento probatorio de ellas, es lo cierto que su fuerza contra el deudor no estaba exenta de ser paralizada por este, en caso de que en la realidad de los hechos no hubiera tenido lugar la entrega del dinero al deudor, si de préstamos de esta clase se trataba.

El deudor demandado con un instrumento de esta clase podía, pues, oponer la excepción llamada *non numeratae pecuniae*, en virtud de la cual afirmaba no habersele entregado la suma de dinero a que el documento escrito hacía referencia. Pero, a la inversa de lo que sucedía como regla general en materia de excepciones, bastaba la negativa del deudor, formulada como excepción, para que el demandante tuviera sobre si la carga de la prueba, es decir, tenía que probar que en realidad la entrega del dinero se había efectuado.

CAPÍTULO XVI

De los contratos formados "RE"

1. SU ESENCIA

Esta clase de contratos es la misma que en el derecho civil moderno se conoce con el nombre de *contratos reales* y cuya característica ha sido la de necesitar como elemento esencial para su perfección la entrega de la cosa materia de ellos al deudor.

Desde el derecho romano se han conocido cuatro contratos reales: el *mutuo*, el *comodato*, el *depósito* y la *prenda*. Todos ellos tienen de común la característica especial de que acabamos de hablar, consistente en la entrega de la cosa como elemento esencial de su existencia jurídica. Pero el *mutuo* se diferencia de los otros tres en que la entrega transfiere la propiedad de las cosas mutuadas a favor del mutuario, al paso que en los otros esa entrega no transfiere sino la simple tenencia de la cosa materia del contrato.

2. DEL MUTUO

El *mutuo*, llamado también en las legislaciones modernas *préstamo de consumo*, era en el derecho romano un contrato real, unilateral y de derecho estricto, por medio del cual una persona entregaba a otra en propiedad cierta cantidad de cosas que se apreciaban al peso, al número o a la medida, quedando la persona que las recibía con la obligación de restituir dentro de cierto tiempo igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. *Mutui autem obligatio in is rebus consistit quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, argento, aere,*

auro ("La obligación del mutuo radica en aquellas cosas que son susceptibles de peso y de número o medida, como el vino, el aceite, el trigo, el dinero contado, la plata, el cobre") (Inst. III, 14). El origen del mutuo parece estar en el *nexus*, "per aes et libram" primitiva forma solemne de contratar, según hemos visto. El cobre que se pesaba en la balanza parece que fue en un principio la misma cantidad de dinero prestado, conservándose después a manera de símbolo.

Posteriormente, habiendo caído en desuso las solemnidades del *nexus*, se estableció que las cosas materia del préstamo debían ser realmente entregadas al prestatario, pero acompañada dicha entrega de una estipulación en la forma verbal y solemne que hemos visto.

Finalmente, ante la necesidad de dar mayor amplitud y facilidad a la operación del préstamo, quedó definitivamente consagrado el principio de que basta la entrega en propiedad de las cosas prestadas o mutuadas para la perfección jurídica del contrato, siendo entendido que no por esto dejan de exigirse los demás requisitos esenciales y necesarios para la existencia de toda clase de contratos.

a) *Mutui datio*. De lo anterior podemos deducir que el elemento esencial, propio y exclusivo del mutuo fue lo que se denominó en el derecho romano *mutui datio*, esto es, la entrega en propiedad al mutuario de las cosas materia del contrato. *Apellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum non nascitur obligatio* ("Llámase, pues, dación en mutuo lo que de lo mío se hace tuyo: y así si no se hace tuyo no nace la obligación") (Paulo, L. 2, D. XII, 1). Y debiendo constituir esa entrega una tradición de dominio a favor del mutuario, la *mutui datio* no podía realizarse sino mediante la concurrencia de dos requisitos esenciales:

1. Que el mutuante fuera dueño de las cosas mutuadas; *In mutui datione oportet dominum esse dantem* ("En la dación en mutuo importa que sea dueño al que da") (Paulo, L. 2, D. XII, 1).

2. Que fuera capaz de enajenarlas.

De aquí se deducen las siguientes consecuencias:

1. Si el mutuante no era dueño de las cosas mutuadas, el tercero dueño de ellas podía reivindicarlas del pretendido mutuario mientras pudieran ser reconocidas, esto es, mientras no hubieran sido consumidas.

2. Si las cosas ajenas habían sido consumidas de buena fe por el pretendido mutuario, se efectuaba una especie de revalidación del contrato, que se denominó *reconciliatio mutui*, hecho jurídico en virtud del cual una vez consumidas de buena fe las cosas ajenas mutuadas se entendía válido el contrato, no sin que el verdadero dueño de ellas dejara de tener alguna acción contra el mutuante, pues no podía admitirse que este último se enriqueciera injustamente en detrimento del verdadero dueño de las cosas mutuadas.

3. Si el mutuante no era legalmente capaz de enajenar las cosas mutuadas, el contrato de mutuo no podía formarse, puesto que la *mutui datio* no se realizaba. Así, pues, si un menor bajo tutela realizaba un contrato de mutuo sin la *auctoritas* del tutor, no se entendía válido el contrato, y no habiendo podido enajenar las cosas, el mutuante podía reivindicarlas mientras existieran y pudieran ser fácilmente reconocidas. Si las cosas habían sido consumidas de mala fe por el mutuario, el mutuante incapaz podía ejercitar contra aquel la acción llamada *ad exhibendum*. Si habían sido consumidas de buena fe, no tenía lugar la *reconciliatio mutui*, como en el caso de mutuo de cosa ajena, pero no pudiendo admitirse que el mutuario se enriqueciera injustamente en daño del mutuante incapaz, tenía este, en el caso que se contempla, la acción llamada *condictio sine causa*, por medio de la cual se hacía que el mutuario le devolviera igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad de las recibidas en mutuo.

- b) *Del objeto del mutuo*. Según la definición que de este contrato hemos dado, el mutuo no podía recaer sino sobre cosas que se apreciaban al peso, al número o a la medida. No podía, pues, recaer sobre cuerpos ciertos considerados en su individualidad, sino sobre cosas *in genere*. Así, pues, no podía darse en mutuo un esclavo o un fundo individualmente determinados, pero sí podían prestarse en mutuo cien unidades monetarias o determinada cantidad de trigo o de vino.

- c) *Naturaleza jurídica y efectos del mutuo*. El mutuo, según hemos dicho, era un contrato real, unilateral y de derecho estricto, formado por la entrega de las cosas al mutuario, y no generaba obligaciones sino a cargo de este último y a favor del mutuante. Esas obligaciones se resumían en la entrega que al mutuante debía hacerse, no de las mismas cosas recibidas e individualmente consideradas, sino de igual cantidad de cosas de

la misma especie y calidad. De aquí se desprende que si las cosas mutuadas perecían en poder del mutuario –así fuera por caso fortuito, esto es, sin dolo ni culpa del deudor– este no quedaba libre de su obligación, puesto que el objeto de ella no había sido la individualidad de las cosas recibidas en mutuo. Habiéndose hecho el mutuario dueño de las cosas mutuadas, se aplicaba en caso de pérdida de ellas el principio *res perit domino* (las cosas perecen para el dueño).

d) *Cuándo debía hacerse la restitución de las cosas mutuadas.* Siendo la finalidad práctica del contrato de mutuo que el mutuario pudiera reportar de las cosas materia del contrato el provecho a que su calidad de dueño le daba derecho, es claro que la restitución no podía exigirse sino al cabo de cierto tiempo determinado en el contrato. El mutuante tenía para hacerse devolver las cosas mutuadas, o mejor, para hacerse entregar igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad, la acción llamada *condicatio certae creditae pecuniae*, si se trataba de una cantidad de dinero, y la *condicatio trincaria*, si el contrato versaba sobre otras cosas de género.

e) *De los intereses del mutuo.* En los primeros tiempos de Roma el contrato de mutuo no daba por sí solo el derecho de exigir intereses al mutuario. Como contrato de derecho estricto que era, la obligación del mutuario estaba limitada a devolver las cosas recibidas y nada más que ellas. Pero bien se podía crear la obligación de pagar intereses, no por medio del mismo contrato de mutuo, sino por una *stipulatio verbis* anexa al contrato.

En el siglo II se estableció una reforma de aquel sistema primitivo. Tratándose de cosas distintas de dinero, se permitió pactar en el mismo contrato de mutuo una remuneración a cargo del mutuario y a favor del mutuante, pero el principio quedó subsistente en cuanto al mutuo de dinero, el cual por sí solo no podía producir intereses sino en los casos excepcionales siguientes:

1. En los préstamos hechos por una ciudad.
2. En los préstamos hechos por los bancos.
3. En el caso de *nauticum foenus*, que era un préstamo de dinero destinado al comercio marítimo. Si durante el viaje se perdía el dinero, el mu-

tuario –por excepción a la regla general– quedaba libre de su obligación; y teniendo en cuenta este carácter aleatorio del mutuo en el caso excepcional de que se trata, se permitía al mutuante cobrar un alto interés sobre el dinero prestado.

f) *De la tasa de interés.* Antes de la ley de las Doce Tablas no había limitación alguna sobre los intereses que podían estipularse al lado del mutuo. Aquella situación, que fue causa de grandes abusos por parte de los prestamistas, dio lugar a que se fijara en la ley de las Doce Tablas el *maximun* del interés que era permitido estipular. Este interés se denominó *unciarium foenus*, que, en opinión de algunos autores, equivalía al 8% anual.

A pesar de esto, todavía llegó a parecer excesivo y se redujo a la mitad, llamándose entonces *semiunciarium foenus*. La reacción contra la estipulación de interés siguió adelante hasta llegar a ser casi de carácter prohibitivo.

Este último extremo provocó a su vez una reacción, y en la época de Cicerón se introdujo la costumbre de cobrar el interés por mensualidades, lo que dio lugar nuevamente a otra limitación que lo fijó en el 12% anual o 1% mensual, y que rigió durante el imperio hasta el derecho de Justiniano. En esta última etapa del derecho se fijaron nuevas limitaciones al interés según la naturaleza de las operaciones y la calidad de las personas, fluctuando entre el 6 y el 8%, este último para comerciantes. Las personas de elevada categoría no podían cobrar más del 4% y en el *nauticum foenus* no podía pasar en ningún caso del 12% anual.

3. DEL COMODATO

a) *Definición.* El comodato era en el derecho romano un contrato real, sinalagmático imperfecto y esencialmente gratuito, por medio del cual una persona –el comodante–, entregaba a otra el –comodatario–, una cosa en especie o cuerpo cierto, para que la usara gratuitamente y la restituiera en su misma individualidad, una vez hecho el uso convenido, o una vez vencido el término del contrato. *Gratuitum debet esse commodatum* ("El comodato debe ser gratuito"). (*Inst.*, 3, 14, 3).

b) *Naturaleza y efectos jurídicos del comodato.* Siendo el comodato un contrato real no podía tener existencia jurídica sino una vez efectuada la entrega de la cosa por el comodante al comodatario. Esa entrega era, pues, elemento esencial para la formación del contrato. Pero a diferencia del mutuo, dicha entrega no constituía una verdadera tradición, por cuanto no transfería el dominio, sino la tenencia. Era, como decían los romanos, *una nuda traditio*.

De la definición que hemos dado se desprende que el comodato no podía versar sino sobre cosas que se apreciaban en su individualidad: *cosas en especie o cuerpos ciertos*. No podía recaer, como el mutuo, sobre *cosas in genere*, tales como la moneda, a no ser que esta se despojara del carácter propio de cosa fungible, dándosele accidentalmente la calidad de cuerpo cierto, como cuando se prestaban gratuitamente unas monedas para que sirvieran de adorno o cosa semejante, con la obligación de tenerlas y devolverlas en su misma individualidad.

Ni en el derecho romano ni en el derecho civil moderno se ha limitado el contrato de comodato exclusivamente a los bienes muebles. Puede versar también sobre inmuebles, aun cuando con menos frecuencia. El contrato de comodato ha sido desde el derecho romano esencialmente gratuito, por cuanto todo el provecho que de él se deriva lo reporta únicamente el comodatario; y es de la esencia del contrato la gratuitad, porque si se estipulara alguna remuneración o beneficio a favor del comodante, dejaría de ser comodato para convertirse en otro contrato distinto.

El comodato se ha clasificado en la categoría de los contratos sinalagmáticos imperfectos, porque no produce esencial y necesariamente obligaciones sino a cargo del comodatario; pero eventualmente y como consecuencia de ciertos hechos posteriores a la celebración del contrato puede llegar a producir obligaciones a cargo del comodante.

c) *Obligaciones del comodatario.* La principal de estas obligaciones es la restitución de la cosa materia del contrato, una vez que se haya hecho de ella el uso convenido, o una vez expirado el término del contrato. En el cumplimiento de esta obligación tenía el comodatario el máximo de responsabilidad civil, porque, como hemos visto, solo él reportaba beneficio del contrato. Respondía, pues, de su dolo y de toda clase de culpa, aun de

la más leve. Debía, pues, emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Solamente por caso fortuito o fuerza mayor quedaba libre de su obligación, siempre que aquellos no hubieran sobrevenido por su culpa o durante el estado de mora en la restitución de la cosa. *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet* ("En [la conservación] de las cosas dadas en comodato se debe prestar tal diligencia como la que emplea cualquier padre de familia diligentísimo en sus propias cosas") (gayo, L. 18, D. XIII, 6).

d) *Obligaciones del comodante.* Como hemos visto, estas obligaciones no nacían necesariamente y en todos los casos del contrato. Pero podía suceder que la cosa tuviese algún vicio oculto que llegara a perjudicar al comodatario. Como también podía suceder que el comodatario hiciese un gasto extraordinario para la conservación de la cosa, casos en los cuales surgía para el comodante la obligación de indemnizar el daño, o de reembolsar el valor del gasto. En cuanto a los gastos ordinarios de conservación, eran de cargo del comodatario, sin derecho a reembolso, por cuanto era él quien usaba la cosa en su provecho durante el contrato. En el cumplimiento de sus obligaciones el comodante tenía la mínima responsabilidad civil. Así, pues, no estaba obligado a indemnizar los daños sufridos por el comodatario, sino en el caso de dolo o culpa grave de su parte. Esto, porque el comodante no reportaba ningún beneficio del contrato.

e) *Acciones nacidas del contrato de comodato.* El comodante hacía efectivo su derecho contra el comodatario por medio de la acción llamada *comodati directa*, y el comodatario a su vez tenía la acción llamada *comodati contraria*, con la cual hacía efectivas las posibles obligaciones a cargo del comodante.

Igualmente podía el comodatario alegar compensación con lo que el comodante le saliera a deber por causa del contrato. Pero esto no era posible en la práctica sino bajo el régimen procedural de la condena pecuniaria, pues solo así podían reducirse a dinero en la sentencia los objetos de las dos obligaciones. Por último, el comodatario podía ejercitar el derecho de retención de la cosa por lo que el comodante llegara a deberle en virtud del contrato.

4. DEL DEPÓSITO

a) *Definición.* El depósito era en el derecho romano un contrato formado *re*, por medio del cual una persona llamada depositario recibía de otra llamada depositante una cosa para que la guardara gratuitamente y la restituyera al primer requerimiento. *Depositum est quod custodiendum alicui datum est* ("Depósito es lo que se da a alguien para su custodia"). (Ulpiano, D. XIII, 6, 1).

b) *Naturaleza y efectos del depósito.* El depósito era un contrato real, porque no se perfeccionaba sino mediante la entrega de la cosa al depositario. Pero lo mismo que en el comodato esa entrega no llevaba en sí la tradición del dominio ni de la posesión, sino la transferencia de la simple tenencia. El depositante, si era dueño y poseedor, continuaba siéndolo por medio del depositario. Este último tenía la cosa en lugar y a nombre del depositante.

El depósito era esencialmente gratuito. El depositario no reportaba utilidad alguna del contrato, y si se estipulaba remuneración a su favor dejaba de ser contrato de depósito para convertirse en otro distinto. El depósito era un contrato sinalagnático imperfecto porque no generaba de manera necesaria sino obligaciones a cargo del depositario; pero de manera accidental y contingente podía crear obligaciones a cargo del depositante.

El depósito propiamente dicho no podía recaer sino sobre bienes muebles considerados *in specie*, aun cuando por su naturaleza no lo fueran, puesto que no pudiendo usar el depositario la cosa depositada, ni mucho menos consumirla, debía devolverla en la misma individualidad en que la había recibido. Así, si la cosa depositada era una cantidad de trigo o de otra cosa fungible, debía devolverla sin usarla ni consumirla.

c) *Obligaciones del depositario.* La principal obligación del depositario, que nacía necesariamente del contrato, era la de restituir exactamente la misma cosa depositada. Puesto que el depositario no reportaba ninguna utilidad del contrato, tenía en el cumplimiento de esa obligación el *mínimum* de responsabilidad civil. No respondía, por consiguiente, sino de su dolo y de su culpa grave. Si la cosa perecía por caso fortuito, por fuerza mayor y aun por culpa leve del depositario, este quedaba libre de

restituirla; pero este principio sufria atenuación si el depositario se había obligado a responder aun de su culpa leve, o si se había ofrecido espontáneamente a servir de depositario. No pudiendo el depositario usar la cosa depositada, debía indemnizar al depositante los perjuicios que sufriera si la llegaba a usar; y si ese uso se efectuaba de mala fe, incurría en un hecho punible que se denominaba *furtum usus*, equivalente al delito llamado hoy abuso de confianza.

El depositario debía hacer la restitución de la cosa al primer requerimiento que le hiciera el depositante, aun cuando se hubiera estipulado plazo para ello, porque siendo el depositante el único beneficiario del contrato, el plazo se entendía a su favor y bien podía renunciarlo.

El depositante tenía la acción llamada *depositi directa*, con la cual hacía efectivas las obligaciones a cargo del depositario.

d) *Obligaciones del depositante.* Estas obligaciones, según hemos dicho, no nacían siempre y necesariamente del contrato. Pero pudiendo suceder que el depositante causara perjuicios al depositario, estaba obligado a indemnizarlos, teniendo a este respecto el *maximum* de responsabilidad civil, toda vez que era el depositante el único beneficiario. Respondía, por tanto, hasta de la culpa leve. Igualmente podía suceder que el depositario hiciera gastos para la conservación de la cosa depositada, y en tal caso el depositante estaba obligado a reembolsarle el importe de ellos, extendiéndose esa obligación aun a los gastos ordinarios de conservación, ya que el depositario no reportaba ningún beneficio del contrato.

Para hacer efectivas las obligaciones del depositante, el depositario tenía la acción llamada *depositi contraria*. Hasta la época de Justiniano podía también el depositario retener la cosa y alegar compensación para la efectividad de las obligaciones del depositante. El derecho de Justiniano acabó con estas últimas facultades del depositario.

e) *Depósito irregular.* Podía suceder que la cosa depositada consistiera en una cantidad determinada de dinero, teniendo el depositario la facultad de disponer de ella y devolver igual cantidad como cosa de género.

En rigor jurídico esta clase de depósito se apartaba de los principios generales de dicho contrato, y algunos expositores consideran que en el

fondo es más bien un contrato de mutuo que de depósito. Pero bien podían las partes convenir en que fuera depósito, y en que, como tal, estuviera sujeto a las reglas propias de este contrato. En nuestro derecho civil se incluye también esta figura jurídica en el contrato de depósito, y los expositores le dan la precitada denominación de *depósito irregular*.

f) *Del secuestro.* El secuestro era en el derecho romano el depósito de una cosa que se litigaba. La cosa era depositada en poder de un tercero para que la restituyera a quien saliera triunfante en la litis. En general, estaba sometido a las mismas reglas del depósito propiamente dicho, con la diferencia de que podía versar sobre inmuebles y aun sobre personas, y de que al secuestre pasaba no solo la tenencia sino la posesión de la cosa secuestrada; pero los beneficios de dicha posesión eran reportados por quien triunfara en la litis, la cual consideraba haber poseído la cosa por medio del secuestre durante el proceso. En caso de usucapión, esa posesión del secuestre se consideraba como posesión del vencedor en el pleito.

5. DE LA PREnda

a) *Definición.* La prenda o *pignus*, como se llamaba en el derecho romano, era un contrato real accesorio, oneroso y sinalagmático imperfecto, por medio del cual un deudor entregaba a su acreedor una cosa determinada para garantía de su crédito y con el cargo de devolverla en su misma individualidad cuando la acreencia fuera satisfecha. La prenda era un contrato real porque no podía perfeccionarse sino mediante la entrega de la cosa por el constituyente al acreedor. Era contrato accesorio porque no podía existir sino al lado de una acreencia principal a la cual accedía y servía de garantía. Era contrato oneroso porque ambas partes reportaban utilidad de él: el constituyente, porque adquiría por medio de ella lo que quería garantizar; y el acreedor, porque obtenía una garantía real de su crédito. Y era sinalagmático imperfecto porque no produciendo de manera necesaria sino obligaciones a cargo de una de las partes, podía, sin embargo, de manera accidental y contingente, crear en ciertos casos obligaciones a cargo de la otra parte.

El contrato de prenda debía versar sobre cosas consideradas en su propia individualidad, puesto que, no pudiendo consumirlas el acreedor, de-

bía restituirlas tal como las había recibido, una vez pagado su crédito. Pero tenía una diferencia con los contratos de comodato y de depósito, que hemos estudiado: la entrega de la cosa dada en prenda transfería no solo la tenencia sino la posesión de ella a favor del acreedor prendario, conservando el constituyente la propiedad, y teniendo el derecho de usucapir por medio de quien recibía la prenda.

El acreedor prendario era, pues, un poseedor de la cosa dada en prenda, mientras no le fuera satisfecha su acreencia; sistema que no ha sido seguido por nuestro derecho civil, puesto que en este el acreedor prendario es simple tenedor de la cosa dada en prenda.

Aun cuando algunos expositores sostienen que el contrato de prenda en el derecho romano podía versar también sobre inmuebles, parece prevalecer la opinión de que solo recaía sobre cosas muebles, tal como se halla instituido en nuestro derecho civil.

b) *Obligaciones del acreedor prendario.* Quien recibía la cosa dada en prenda, si bien se hacía poseedor de ella, debía restituirla tan pronto como fuera satisfecho su crédito. Por la extinción de la obligación principal se terminaba consiguientemente el contrato accesorio de prenda, puesto que no tenía ya a qué acceder. En el cumplimiento de la obligación de restituir el acreedor tenía el *maximum* de responsabilidad, puesto que era beneficiario del contrato. Respondía, pues, de su dolo y hasta de su culpa leve, lo mismo que el comodatario.

Se ve aquí la imperfección del sistema romano en materia de culpas, puesto que ponía en un mismo pie de igualdad al comodatario —que era el único beneficiario del contrato— y al acreedor prendario, siendo así que en este último contrato reportaban ambas partes utilidad.

Es, pues, más equitativo el sistema de nuestro Código Civil, puesto que subdivide la culpa en *leve* y *levísima* señalando la primera como grado de responsabilidad civil para los contratos en que ambas partes se benefician, y dejando la última para cuando todo el beneficio es para el deudor.

El acreedor prendario no podía servirse de la cosa dada en prenda, no obstante ser poseedor; esto es, no podía beneficiarse de sus frutos para fi-

nes distintos del contrato; debía aplicarlos primero para el pago de los intereses y luego como capital, debiendo restituir el sobrante. Y si el acreedor prendario usaba de mala fe o disponía de la cosa dada en prenda, debía indemnizar al constituyente y aun tenía responsabilidad penal. Para hacer efectivas las obligaciones del acreedor prendario, disponía el constituyente de la acción *pignoraticia directa*.

c) *Obligaciones del constituyente de la prenda.* Si el constituyente causaba algún perjuicio al acreedor prendario, v. gr., dándole en prenda una cosa ajena, debía indemnizarle tal perjuicio, y en todo caso reembolsarle el importe de las expensas necesarias para la conservación de la cosa dada en prenda.

Para la efectividad de estas obligaciones, el acreedor prendario tenía a su favor la acción denominada *pignoraticia contraria*, pero también podía hacer uso del derecho de retención y alegar compensación con lo que el otro contratante saliera a deberle.

CAPÍTULO XVII

Contratos simplemente consensuales

1. DE LA COMPRAVENTA

a) *Definición y evolución histórica.* En el derecho romano, la compraventa era un contrato simplemente consensual, sinalagnmático perfecto, oneroso y de buena fe, por medio del cual una persona se obligaba para con otra a entregarle la libre posesión y el disfrute completo y pacífico de una cosa determinada, mediante el pago de un precio en dinero.

Según esta definición, el contrato de compraventa en su sentido estrictamente jurídico no pudo existir en las sociedades primitivas en que era desconocido el elemento económico de la moneda. En aquel estado incipiente no se conocía sino el cambio de unas cosas por otras. Pero una vez conocida la moneda como elemento regulador del mecanismo económico, hubo de surgir a la vida jurídica la operación consistente en adquirir una cosa a cambio de determinada cantidad de dinero.

En los primeros tiempos esta operación se efectuaba de contado entregando el vendedor al comprador la cosa vendida y pagando este último el precio de ella. Era una especie de contrato real, por cuanto no se consideraba existente si no se hacía entrega al comprador de la cosa objeto de la venta. De ahí que se denominara la compraventa en esta primera etapa *venum datio* (dación en venta). Más tarde se estableció que la compraventa se efectuara por medio del contrato solemne de la *stipulatio*, en una forma doble, es decir, el comprador estipulaba a su favor la cosa vendida y a su vez el vendedor estipulaba a su favor el precio.

Pero como la *stipulatio* era un contrato solemne y unilateral, resultaba que por medio de ella no podía perfeccionarse la compraventa como

uno solo, sino como dos contratos unilaterales distintos; eran dos promesas desligadas entre sí; la que tenía por objeto el precio y la que recaía sobre la cosa vendida. De otro lado, las formas solemnes y el carácter de derecho estricto de la *stipulatio* hacían incómodo y muy poco práctico aquel medio de perfeccionar el contrato de compraventa; y haciéndose cada vez más frecuente en la vida económica la operación de comprar y de vender, hubo de consagrarse por el derecho el principio de que el contrato de compraventa, así como el de arrendamiento, la sociedad, y el mandato, se perfeccionaba *solo consensu*, esto es, por el solo consentimiento de las partes.

Además de este carácter esencial del contrato de compraventa, era –según la definición que hemos dado– un contrato sinalagmático perfecto, porque creaba desde su perfección y de manera necesaria obligaciones recíprocas a cargo de comprador y vendedor. Era, además, contrato oneroso porque ambas partes reportaban de él utilidad. Y era contrato de buena fe, porque en la apreciación de sus efectos debía primar la equidad sobre el rigorismo técnico del derecho civil. Además, como contrato simplemente consensual, el consentimiento del comprador y del vendedor podía manifestarse en cualquier forma, verbalmente o por escrito, entre presentes o entre ausentes, sin necesidad de solemnidades especiales para ello. Pero ese consentimiento debía recaer sobre la cosa vendida y el precio convenido (*Nam cum in corpore dissentiat apparat nullam esse emptionem*. “Cuando hay desacuerdo en cuanto al objeto se deja ver que no hay compra”). (Ulpiano, L. 9, D. XVIII, 1). *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi* (“No se puede entender una compra ni una venta sin objeto que se negocie”). (Pomponio, L. 8, D. XVIII, 1). De ahí que, además de los elementos esenciales propios de todo contrato, debían existir en el contrato de compraventa dos elementos esenciales propios de él: la cosa vendida y el precio en dinero. *Nulla emptio sine pretio esse potest* (“No puede haber compra sin precio”) (Inst., 2, 23, 1).

b) *De la cosa vendida.* Podía ser objeto de contrato de compraventa cualquier cosa que estuviera en el comercio: cosas raíces o muebles, corporales o incorporales, singulares o universales. Así, podía venderse un fondo, un esclavo, un crédito, una servidumbre o una herencia.

Podían venderse no solamente las cosas existentes en el momento del contrato, sino también aquellas cuya futura existencia se esperaba. A este

respecto se distinguieron en el derecho romano la *emptio spei* y la *emptio rei speratae*. La primera consistía en la venta de una expectativa, cualquiera que llegara a ser su resultado. Por ejemplo: la venta del resultado incierto de una pesca. En este caso la venta valía desde el principio cualquiera que fuese el resultado de la expectativa materia del contrato. El contrato tenía carácter aleatorio en cuanto a sus efectos, pero tenía plena validez desde su perfección. La *emptio rei speratae* era la venta de la cosa misma cuya existencia se esperaba, por ejemplo, la venta de un semoviente que estaba por nacer; y en ese caso no se vendía el resultado incierto del parto, sino el semoviente mismo que llegase a tener existencia; de suerte que si esa existencia no se realizaba, el contrato no quedaba perfeccionado, puesto que no había cosa vendida. El contrato de compraventa tenía en este caso el carácter de condicional; se hallaba sujeto a la condición suspensiva de que llegara a existir la cosa vendida.

Igualmente podía recaer el contrato de compraventa sobre una cosa que en el momento de perfeccionarse no perteneciera al vendedor. De ahí el principio romano de que la venta de la cosa ajena es válida sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por el transcurso del tiempo, principio que ha sido seguido por nuestra legislación civil. *Rem alienam distractare quem posse nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest* (“No hay duda de que es posible vender cosa ajena; por consiguiente hay compra y venta; pero la cosa puede ser quitada al comprador”) (Ulpiano, D. 18, 1, 28). El principio de que la venta de la cosa ajena es válida tenía aplicación aun en el caso de que el vendedor no fuera poseedor de la cosa vendida en el momento del contrato, pues, como hemos dicho, por medio de este no se transfería *ipso facto* la posesión al comprador; el vendedor se obligaba a entregar esa posesión, hecho posterior al contrato, y bien podía llegar a cumplirlo si después de celebrado adquiría la posesión de la cosa materia de él. Ahora bien, si por hecho o culpa suya no llegaba a adquirir esa posesión para entregarla al comprador, el contrato producía sus efectos mediante la indemnización compensatoria de los perjuicios sufridos por el comprador a causa de no haberse cumplido. Esta doctrina no ha sido seguida por el derecho civil francés, por cuanto en aquella legislación el mismo contrato de compraventa es el que transfiere al comprador el dominio de la cosa vendida sin necesidad de acto jurídico posterior para que esa transferencia se realice. Por consiguiente, si el vendedor no es dueño, el contrato no puede perfe-

cionarse. Ya hemos dicho que nuestra legislación, siguiendo el principio romano, consagra el sistema de que por el solo contrato de compraventa no se realiza la transferencia del dominio ni de la posesión al comprador, sino que es necesario para ello la *tradición subsiguiente*; de ahí que valga la venta de cosa ajena sobre la base y con limitaciones que al principio hemos expresado. *Bonae fidei esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere* ("Se ve que es de buena fe el comprador ignorante de que la cosa era ajena, o que juzgó que quien la ha vendido tenía derecho de venderla") (Modestino, L. 109, D. L. 16).

c) *Del precio.* El precio consistía en la cantidad de dinero que el comprador se obligaba a pagar al vendedor como equivalente de la cosa vendida. Debía reunir, para que fuera válido, los siguientes requisitos esenciales:

1. Debía consistir necesariamente en dinero y no en otra cosa. Si se estipulaba en cosa distinta no podía llamarse precio, y, por consiguiente, no había contrato de compraventa, sino un contrato innominado de *do ut des*, sancionado por el derecho pretoriano y origen del contrato de permuta. *Pretium in numerata pecunia consistere debet* ("El precio debe consistir en dinero contado") (Gayo, III, 141).

2. El precio debía ser determinado por un guarismo determinado, o suficientemente determinable, esto es, que expresara inicialmente una cantidad determinada, o por lo menos que existieran los elementos suficientes para esa determinación. *Pretium autem certum debet esse* ("El precio debe ser cierto") (Gayo, III, 140).

Así, pues, el precio podía consistir en la cantidad de dinero que tuviera el comprador en determinado lugar o en poder de determinada persona, y aun podía dejarse a la fijación de una tercera persona determinada, pero no podía dejarse a la fijación arbitraria de las partes o de una tercera persona indeterminada. En caso de que el precio se dejara a la fijación de un tercero determinado, la venta se reputaba condicional, y la condición consistía en que el tercero hiciera la fijación del precio.

3. El precio debía ser una realidad objetiva. Es lo que algunos expositores quieren significar diciendo que el precio de la compraventa ha

de ser serio, esto es, con existencia real y efectiva. No reúne este requisito el precio que dos contratantes hacen figurar de manera aparente, sin que exista en la realidad. Tal es el precio que se hace figurar en las compraventas llamadas simuladas y que en rigor jurídico no es precio, sino una apariencia de tal.

En las primeras épocas del derecho romano poco importaba para la validez del contrato de compraventa la equivalencia entre el precio y la cosa vendida. Se consideraba como una aspiración justa y legítima la del comprador a reportar el mayor provecho posible de la operación de compra, y, por consiguiente, a comprar lo más barato que le fuera dado. En estas condiciones, el precio podía ser válido, aun cuando no llegara sino a una cuarta, quinta o sexta parte del verdadero valor comercial de la cosa vendida.

Pero bajo el imperio de Diocleciano y de Maximiano varios rescriptos pusieron límite a aquel derecho antes ilimitado del comprador, estableciendo que si el precio era inferior a la mitad del justo valor de la cosa vendida al tiempo del contrato, quedaba éste afectado de un vicio llamado *lesión de ultra mitad* y que producía la rescisión del contrato a petición del vendedor.

Es este el origen de la rescisión de la venta por lesión enorme que consagra nuestro derecho civil, tanto a favor del vendedor como del comprador. En el derecho romano no llegó a instituirse sino a favor del vendedor, en el caso que hemos expuesto, porque se consideraba que quien vendía una cosa se hallaba en condiciones económicas inferiores a las de quien compraba y, por consiguiente, merecía mayor protección del derecho.

d) *Efectos de la compraventa.* Una vez perfeccionado el contrato de compraventa, generaba, como contrato bilateral que era, obligaciones recíprocas a cargo de los contratantes.

1) *Obligaciones del vendedor.* De la misma definición que hemos dado, se desprenden las obligaciones principales del vendedor: debía entregar la libre posesión de la cosa vendida y garantizar su disfrute completo y pacífico. De ahí que sean tres las obligaciones principales del vendedor:

i) Entregar la cosa al comprador de modo que quede por lo menos poseedor de ella;

ii) Garantizarle contra la evicción, o sea, contra la privación de esa posesión, de parte de un tercero y por causa anterior al contrato, y

iii) Garantizarle contra los vicios ocultos de la cosa vendida.

i) *Obligación de entregar.* El vendedor debía entregar la cosa al comprador, pero esa entrega no era una *nuda traditio*, como en el caso del cónmodato y del depósito, sino una verdadera tradición; *In primis ipsam re praestare venditorem oportet, id est, tradere* ("Ante todo es preciso que el vendedor se comprometa sobre la misma cosa: esto es, a entregarla") (Ulpiano, L. II, D. XIX, 1). Por consiguiente, si la cosa vendida era *nec mancipi*, la sola entrega de ella al comprador le transfería a la vez la posesión y el dominio. Y si la cosa era *mancipi*, no pudiendo transferirse el dominio por la sola entrega al comprador, no adquiría este sino la posesión. Para la transferencia del dominio debía efectuarse, en este caso, la *mancipatio* del vendedor a favor del comprador. Se ha dicho que en el derecho romano el vendedor no estaba obligado a transferir al comprador el dominio de la cosa vendida, sino simplemente su posesión, pero es preciso dar a este concepto su verdadero alcance. No era esencial en el contrato de compraventa a este respecto sino la obligación de entregar la posesión garantizando el disfrute completo y pacífico de la cosa. Si el vendedor no era sino poseedor, cumplía su obligación entregando la posesión y garantizando su disfrute tranquilo y pacífico. Pero si era propietario, la misma entrega transfería el dominio tratándose de una cosa *nec mancipi*, siempre que el comprador hubiese pagado el precio u obtenido plazo para ello. Y si la cosa era *mancipi*, varios textos romanos dan a entender que a la entrega de la posesión hecha por el vendedor al comprador debía seguir la *mancipatio* o la *in iure cessio* por medio de la cual se hacía la transferencia del dominio.

El vendedor debía entregar la cosa vendida al comprador con todos sus accesorios y frutos que hubiera producido desde la perfección del contrato hasta el momento de la entrega, a menos que se hubiera convenido lo contrario. Igualmente debía responder el vendedor por la pérdida y los deterioros de la cosa vendida durante el período corrido entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa, y en el cumplimiento de esta obligación el vendedor respondía de su dolo y hasta de su culpa leve, puesto que era beneficiario del contrato.

ii) *De la obligación de garantizar al comprador contra la evicción de la cosa vendida.* Las obligaciones del vendedor no terminaban con la entrega de la cosa vendida. De la definición que hemos dado se desprende que, además del acto de la entrega, el vendedor debía procurar al comprador el disfrute completo y pacífico de la cosa vendida. Si, por consiguiente, el comprador era privado de la cosa por acción judicial de un tercero y por causa imputable al vendedor, dejaba este último de procurarle ese disfrute, quedando, por consiguiente, sujeto a la obligación de indemnizarle los perjuicios que le ocasionara al comprador. Esta pérdida de la posesión que el comprador sufría por causa imputable a su vendedor, se ha llamado desde el derecho romano *evicción*. El comprador se dice *evicto* cuando sufre aquella pérdida en condiciones que hagan responsable al vendedor.

En la primitiva época de la institución, si el comprador sucumbía en la acción del tercero, el vendedor debía devolverle el doble del precio recibido. Posteriormente, cuando la compraventa se efectuaba por medio de una doble estipulación solemne, se hacía comprender entre las promesas del vendedor la de garantizar al comprador la posesión y el disfrute completo y pacífico de la cosa vendida, mediante la expresión *rem licere habere*, y en virtud de esa promesa solemne el vendedor quedaba obligado a garantizar a su comprador contra la evicción. Por último, cuando la compraventa quedó instituida como contrato simplemente consensual y de buena fe, se desprendió de la naturaleza del contrato la obligación de sanear la evicción a cargo del vendedor y a favor del comprador.

Pero al mismo tiempo se conservó como costumbre tradicional la de estipular expresamente, al lado del contrato de compraventa, que si el comprador sufria evicción, el vendedor debía pagarle una cantidad determinada que ordinariamente era el doble del precio recibido. Aquella estipulación expresa se denominó *stipulatio duplex*, y se hizo de uso tan frecuente que llegó a existir como elemento propio del contrato de compraventa al lado de la obligación de garantía contra la evicción, pero siendo entendido que el comprador no podía ejercitar sino uno solo de los derechos correlativos: o la acción de garantía nacida de la naturaleza misma del contrato de compraventa para que se le indemnizara la evicción, o la acción *ex stipulatu*, nacida de la estipulación expresa de pagar el doble del precio en caso de evicción. La *stipulatio duplex* era, pues, una especie de cláusula penal

compensatoria en que se fijaba de antemano el monto líquido de la indemnización, para el caso de que el comprador sufriera evicción.

Elementos y requisitos de la obligación de sanear la evicción. Desde el derecho romano esta obligación del vendedor se ha descompuesto en dos obligaciones distintas: *una obligación de hacer*, consistente en ir en defensa del comprador en la acción judicial que un tercero promueve con el fin de privarlo de la posesión de la cosa, y *una obligación de dar*, consistente en indemnizar los perjuicios sufridos por el comprador a causa de la evicción. Para que aquellas obligaciones existieran eran indispensables los siguientes requisitos:

1. Que el tercero se dirigiera contra el comprador en acción judicial, pretendiéndose dueño de la cosa vendida o reclamando otro derecho sobre ella;
2. Que el comprador diera aviso al vendedor, a fin de que pudiera ir a su defensa, pues si omitía dar este aviso y el comprador perdía el pleito, cesaba la responsabilidad del vendedor;
3. Que la acción del tercero y la privación de la cosa sufrida por el comprador se debieran a causas imputables al vendedor y anteriores al contrato, por ejemplo, si el vendedor no era el verdadero dueño o poseedor de la cosa vendida, o si la había gravado en forma tal que por esa causa viera a perderla el comprador, y
4. Que la pérdida del pleito por parte del comprador no se debiera a un descuido suyo, o a ignorancia del juez o a un error de este, pues si a alguna de estas cosas se debía exclusivamente, el vendedor no era responsable.

Del monto de la indemnización. En caso de que el comprador perdiera el pleito y fuera obligado a entregar la cosa al demandante, el vendedor debía indemnizarle de los perjuicios sufridos. Si el comprador hacía uso de la *stipulatio duplex*, esa indemnización no podía ser sino la convenida de antemano, esto es, el doble del precio. Pero si no hacía uso de la cláusula, sino de la acción de garantía nacida del contrato mismo, la indemnización debía comprender el valor de la cosa perdida en el momento

de la evicción; el de los frutos que el comprador *evicto* hubiera sido obligado a restituir a su demandante vencedor, y el valor de los gastos de conservación que el comprador hubiera hecho y cuyo reembolso no hubiera podido obtener de su demandante.

La evicción sufrida por el comprador podía ser total o parcial, según que fuera privado de la totalidad de la cosa o de parte de ella. Así también podía consistir en la pérdida de un derecho, por ejemplo, el usufructo, o en un gravamen de servidumbre real por causa imputable al vendedor y anterior a la venta. En caso de evicción parcial, la indemnización debía ser proporcional al perjuicio sufrido por el comprador.

iii) *De la obligación de garantizar al comprador contra los vicios ocultos de la cosa vendida.* Hemos dicho que el vendedor debía garantizar al comprador el disfrute de la cosa vendida. Si esta tenía algún defecto oculto que no hubiera podido conocer el comprador y que no hubiera manifestado el vendedor, este dejaba de cumplir con aquella obligación siempre que el defecto inhabilitara la cosa para el uso y disfrute a que estaba destinada, o hiciera incompleto ese uso y disfrute. De ahí el fundamento de la obligación que en ese caso surgía a cargo del vendedor, obligación impuesta en el derecho romano por un edicto de los ediles curules y que podía tener dos finalidades distintas: la de deshacer completamente el contrato de compraventa efectuado en aquellas condiciones, a la cual se dio el nombre de *acción redhibitoria*, y la de disminuir proporcionalmente el precio de la venta, a la cual se dio el nombre de *actio quanti minoris*.

La *acción redhibitoria* tenía por objeto la resolución del contrato de compraventa y, por consiguiente, si la acción prosperaba debían deshacerse los efectos de aquella, restituyendo el vendedor el precio con intereses, y el comprador la cosa vendida con sus accesiones y frutos. Esta acción debía ejercitarse en el término de seis meses, a partir de la fecha del contrato.

La *actio quanti minoris* dejaba subsistente el contrato de compraventa, y podía ejercitarse varias veces a medida que se fueran descubriendo defectos ocultos preexistentes al contrato, pero en todo caso no podía pasar de un año contado desde la fecha del contrato, término dentro del cual debía ejercitarse.

En la *stipulatio duplex*, de que ya hemos hablado al tratar de la evicción, se incluía también la obligación de saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida, de suerte que el comprador podía también usar de la acción *ex stipulatu* para obtener la efectividad de aquella cláusula penal en caso de vicios ocultos; pero si escogía esta acción, claro está que no podía ejercitarse las otras nacidas directamente del contrato de venta, con fundamento en los vicios ocultos de la cosa vendida.

Las obligaciones del vendedor se hacían efectivas a favor del comprador por medio de la *acción empti*, perteneciente a este. Pero si se trataba de la *stipulatio duplex* en caso de evicción o vicios ocultos, no era la acción *empti*, sino la *actio ex stipulatu* la que debía ejercitarse el comprador que quisiera hacer uso de aquella cláusula penal.

2) *Obligaciones del comprador.* La principal obligación del comprador era la de pagar el precio del contrato. Este pago debía hacerse inmediatamente después del contrato, si no se había estipulado el plazo para él, y en este caso el dominio de la cosa vendida no se transmitía al comprador mientras el pago del precio no se efectuara. El precio debía pagarse con intereses desde el día en que el comprador hubiera entrado en el disfrute de la cosa. Además, debía el comprador indemnizar al vendedor el importe de los gastos hechos para el sostenimiento y conservación de la cosa vendida, desde la fecha del contrato hasta el día en que hubiera sido entregada al comprador.

Para garantizar al vendedor el cumplimiento de aquellas obligaciones del comprador, se establecieron varios recursos a favor de aquel, a saber:

1. Si el vendedor no había entregado la cosa vendida tenía derecho a retenerla mientras no recibiera el precio, a menos que le hubiera concedido plazo para hacer el pago.

2. Si el vendedor había entregado la cosa al comprador y no se había estipulado plazo para el pago, el dominio no se transfería al comprador mientras no se efectuara el pago. Por consiguiente, el vendedor en esos casos podía ejercitarse la acción reivindicatoria contra el comprador que no le pagara.

3. Por medio de una cláusula especial podía convenirse que si no se pagaba el precio dentro de cierto plazo, quedaba resuelto el contrato. A esta cláusula especial se le dio el nombre de *pactum legis commissoriae*, y es la misma que se conoce en el derecho civil moderno con el nombre de *pacto comisario*.

4. Podía igualmente convenirse que el vendedor se reservara una hipoteca sobre la cosa vendida para garantizar con ella el pago del precio, cláusula que también se conoce y es de muy frecuente concurrencia en la práctica civil moderna.

e) *Pactos accesorios y modalidades del contrato de venta*

1. *Pacto de arras.* En un principio se dio el nombre de *arras* a una suma de dinero u otro objeto cualquiera que una de las partes –generalmente el comprador– entregaba a la otra en prueba de haberse celebrado el contrato de compraventa. Pero este elemento no tuvo en sus orígenes ninguna influencia sobre la efectividad del contrato; se consideraba tan solo como un medio de prueba. Bajo el derecho de Justiniano vino a darse al pacto accesorio de arras una importancia decisiva para la efectividad del contrato, pero solamente cuando las partes habían convenido en que la compraventa se hiciera constar por escrito. En este caso el contrato no se reputaba perfecto mientras no se hubiera firmado el escrito por las partes; y si se habían dado arras en garantía de la celebración del contrato, el que las había dado las perdía en el caso de que llegara a retractarse, y el que las había recibido debía devolverlas dobladas si no llevaba a efecto el contrato.

2. *Addictio in diem.* Se designaba con este nombre el pacto accesorio por medio del cual el contrato de compraventa debía deshacerse si dentro de cierto término una tercera persona ofrecía mejor precio, pero teniendo en este caso el primer comprador el derecho de preferencia, ofreciendo ese mejor precio, para lo cual debía darle aviso oportuno el vendedor.

3. *Pacto de “retrovendendo”.* Por medio de este pacto el vendedor se reservaba el derecho de readquirir la cosa vendida por el mismo precio, o por otro precio fijado o por fijar.

4. *Pactum disponentiae*. El comprador, en virtud de este pacto, se reservaba el derecho de no llevar a efecto el contrato sino en el caso de que le satisficiera la cosa materia de él. Era más bien un aplazamiento de la perfección del contrato, puesto que el consentimiento del comprador no venía a darse sino cuando declaraba haberle satisfecho la cosa vendida.

A los anteriores pactos accesorios se agrega el *pactum legis commissoriae*, de que ya hemos hablado.

Fuera de las anteriores modalidades, el contrato de compraventa admitía las generales de término y condición, admisibles en toda clase de obligaciones.

El término suspensivo no suspendía la existencia misma del contrato, sino tan solo la exigibilidad de las obligaciones que de él nacían. El término extintivo y la condición resolutoria ponían fin a aquellas obligaciones. La condición suspensiva aplazaba la existencia misma del contrato hasta cuando la condición se cumpliera; de suerte que si antes de cumplirse la condición suspensiva se ejecutaba alguna de las obligaciones que podían nacer del futuro contrato, podía ejercitarse la *condictio indebiti* o acción de pago de lo no debido.

f) *De los riesgos de la cosa vendida*. Siendo la cosa vendida un cuerpo cierto y habiendo perecido antes de la entrega al comprador por caso fortuito que no ocurriera durante la mora, ¿quién debía soportar la pérdida? Esta cuestión tiene importancia, porque si era el vendedor quien debía soportar la pérdida en aquellas condiciones, no tenía derecho al pago del precio; pero si era el comprador quien debía sufrir la pérdida, debía pagar el precio a pesar de ello.

Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet ("Perfeccionada la compra, el riesgo corresponde al comprador") (Paulo, L. 8, D. XVIII, 6).

La cuestión se resuelve aplicando el principio *res peni creditoris* cuando la cosa que perece es objeto de una obligación insatisficha; y *res perit domino* cuando la cosa que perece no es objeto de una obligación coexistente con la pérdida. Por consiguiente, si la obligación del vende-

dor era pura y simple o a plazo, y la cosa perecía por caso fortuito del cual no debía responder, perecía para el comprador, y el mismo principio se aplicaba al caso de que la pérdida no fuera total sino parcial.

Pero si la obligación del vendedor estaba sujeta a una condición suspensiva, no teniendo existencia jurídica sino una vez que la condición se cumpliera, no podía decirse que la pérdida de la cosa vendida fuera antes del cumplimiento de la obligación, puesto que esta todavía no tenía existencia. Por consiguiente, aplicando el principio *res perit domino* debía concluirse que la cosa perecía para el vendedor, y, por tanto, aun cuando llegara a cumplirse la condición aquel no tenía derecho al precio, ya que el contrato no podía formarse por inexistencia de la cosa vendida.

Sin embargo, este último principio sufría limitación en el caso de que la pérdida no fuera total, sino parcial, es decir, en caso de simple deterioro, puesto que —subsistiendo la cosa cuando se cumpliera la condición suspensiva— el contrato debía formarse sobre ella en el estado en que se encontrara en aquel momento; y así como el comprador tenía derecho a beneficiarse de las mejoras de la cosa vendida hasta el cumplimiento de la condición, debía también soportar los deterioros que hubiera sufrido la cosa antes de dicho cumplimiento sin culpa ni dolo del vendedor.

2. DEL ARRENDAMIENTO

a) *Definición*. El arrendamiento, que en el derecho romano se denominó *locatio conductio*, era un contrato simplemente consensual, sinalagmático perfecto, oneroso y de buena fe, por medio del cual una persona se obligaba a conceder a otra el disfrute temporal de una cosa, o a prestarle un servicio determinado, o a ejecutarle una obra material, mediante una remuneración convenida en dinero y denominada *merces*.

La persona que concedía el disfrute de la cosa se llamaba *locutor*, y aquella a cuyo favor se concedía, *conductor*. Estas denominaciones correspondían a las modernas de arrendador y arrendatario. La operación jurídica que realizaba el *locutor* se llamaba *locatio* y la que realizaba el *conductor* se llamaba *conductio*. De ahí el nombre de *locatio conductio* con que se conoce este contrato en el derecho romano.

Según la definición que hemos dado, se conocieron en el derecho romano tres clases de *locatio conductio*: *locatio rerum* o arrendamiento de cosas; *locatio operarum* o arrendamiento de servicios; *locatio operis faciendi*, o sea el contrato para la confección de una obra material.

b) *Locatio rerum*. Fuera de los elementos esenciales de todos los contratos, entraban en la composición del *locatio rerum*, como elementos constitutivos de él, la cosa arrendada y el precio, que se denominaba *merces* o *pensio*. Podían ser materia del contrato de arrendamiento todas las cosas susceptibles de usarse y disfrutarse sin que fueran consumidas con el primer uso. Escapaban, pues, a la *locatio rerum* las cosas que se consumieran al usarlas, esto es, las cosas fungibles, a menos que se les quitara accidentalmente ese carácter y se dieran en arrendamiento para otros fines impropios de ellas y en los cuales no se consumieran por el uso. Igualmente podía darse en arrendamiento una cosa ajena, puesto que este contrato no estaba destinado a transferir al *conducto* el dominio ni la posesión, sino la simple tenencia.

El precio o *merces* debía consistir necesariamente en dinero y –como en el contrato de compraventa– debía ser determinado o determinable, y serio, es decir, con existencia real y objetiva.

1. *Efectos del contrato de arrendamiento*. Siendo, como hemos dicho, un contrato bilateral y sinalagmático perfecto, generaba desde su perfección misma obligaciones recíprocas a cargo del *locator* y del *conducto*. Las primeras se hacían efectivas por medio de la acción llamada *conducti*, y las segundas por la acción denominada *locati*.

2. *Obligaciones del “locator”*. Según la definición del contrato el *locator* debía procurar al *conducto* el uso, goce y disfrute temporal de la cosa arrendada. Los derechos del *conducto* se extendían, pues, hasta la *percepción de frutos*. Y para que el *conducto* pudiera ejercitar sus derechos, el *locator* debía entregarle la cosa arrendada. Pero esta entrega no era tradición de dominio, ni de posesión, sino de simple tenencia, era una *nuda traditio*.

Si por hecho o culpa del *locator*, el *conducto* no podía usar, gozar y disfrutar de la cosa arrendada de conformidad con el contrato, el *locator*

infringía sus obligaciones y debía indemnizar al *conducto*. De ahí se desprende que, al igual que en el contrato de compraventa, el *locator* debía garantizar al *conducto* contra la evicción de la cosa arrendada y contra los vicios ocultos de la misma. Igualmente debía indemnizarle si enajenaba la cosa arrendada, en términos tales que el adquirente privara de ella al *conducto* como consecuencia de la adquisición.

En el cumplimiento de sus obligaciones el *locator* tenía el maximum de responsabilidad civil, puesto que siendo el arrendamiento contrato oneroso, reportaba de él una utilidad. Así, pues, el *locator* respondía no solo de su dolo, sino hasta de su *culpa levís in abstracto*.

3. *Obligaciones del “conducto”*. La primera obligación del *conducto* era el pago de la *merces*, pago que generalmente se convenía hacer por determinados períodos de tiempo. Otra obligación del *conducto* era la restitución de la cosa arrendada, una vez terminado el contrato. Tenía el mismo grado de responsabilidad civil que el *locator*, puesto que también era beneficiario del contrato. Debía, pues, emplear en la conservación y restitución de la cosa arrendada el cuidado de un buen padre de familia, y respondía, por consiguiente, hasta de su *culpa levís in abstracto*. Solamente por caso fortuito que no ocurriera por su culpa ni durante su mora quedaba libre de la obligación de restituir.

4. *Terminación de la “locatio rerum”*. El contrato de arrendamiento de cosas terminaba principalmente por las siguientes causas:

1^a Por la *expiración del tiempo* convenido para el contrato. Pero desde el derecho romano se ha establecido que, a pesar de la expiración de ese tiempo, el contrato se entiende renovado por la *acquiescencia tácita* del *locator* a que el *conducto* siga disfrutando de la cosa arrendada. De ahí el nombre de *táctica reconducción* que se ha dado a este evento en el derecho civil moderno;

2^a Por la pérdida de la cosa arrendada;

3^a Por el mutuo disentimiento, y

4^a Por la expiración que el *locator* podía obtener del contrato cuando el *conducto* abusaba del disfrute, o no pagaba las *merces* durante dos

años, o necesitaba la cosa arrendada, cuando era una habitación, para habitarla él mismo; modo de extinción este último que no ha sido reconocido por las legislaciones modernas.

5. *De los riesgos en el arrendamiento de cosas.* Si la cosa arrendada perecía por caso fortuito o fuerza mayor en condiciones tales que el arrendatario quedara libre de responsabilidad, se aplicaban a la vez los principios *res perit domino* y *res perit creditoris*: la cosa perecía para el dueño y para el acreedor, que en este caso era el arrendador, puesto que este último no podía ya cobrar las *merces*, siendo así que estas eran debidas por causa del servicio que prestaba la cosa al arrendatario y una vez destruida no podía seguir prestando el servicio.

El mismo principio se aplicaba en caso de que la cosa arrendada pereciese por caso fortuito o fuerza mayor, en poder del *locator* antes que fuera entregada al *conductor*. Pero en este último caso no podía decirse que la cosa perecía para el acreedor que era el arrendatario; la cosa perecía para el *locator*, puesto que no pudiendo entregarla al *conductor*, no podía cobrar las *merces*. El contrato no podía en este caso producir sus efectos.

c) *"Locatio operarum". Arrendamiento de servicios.* Por medio de este contrato, una persona se obligaba a prestar a otra determinados servicios mediante una remuneración convenida en dinero. El *locator* era la persona que se obligaba a prestar esos servicios, y el *conductor* la persona que se aprovechaba de ellos y pagaba su precio.

Pero no toda clase de servicios podía ser materia de este contrato. Quedaban excluidos de él los servicios provenientes de ciertas profesiones llamadas liberales, como los de la abogacía, medicina, etc. Estos servicios, si bien no podían ser objeto de *locatio operarum*, podían, sin embargo, dar lugar a una remuneración en dinero llamada *honorarium* y eran objeto de otra clase de contratos que no tenían una denominación especial. En nuestro derecho civil se sujetan a las reglas del mandato.

Si por caso fortuito o por fuerza mayor que no ocurrieran por culpa ni durante la mora del deudor –*locator*– los servicios contratados no podían prestarse, la pérdida era sufrida por el *conductor*, puesto que tenía que pagar siempre las *merces*, aun a pesar de no haberse prestado el servicio.

d) *Locatio operis faciendo.* Por medio de este contrato una persona entregaba a otra una cosa material para que realizara en ella determinada obra, cuyo valor en dinero se obligaba a pagar. En este contrato se llamaba *locator* al que entregaba la cosa para la confección de la obra, y *conductor* al que debía confeccionar esta obra. De donde resultaba que el *locator* era quien debía pagar las *merces* o precio al *conductor*, a la inversa de las otras formas de arrendamiento.

Era esencial en esta clase de arrendamiento que los materiales para la obra fueran suministrados por persona distinta de la que debía confeccionarla, puesto que si esta última suministraba la materia, no había contrato de arrendamiento, sino compraventa.

En la *locatio operis faciendo*, el precio no se debía sino una vez que fuera terminada la obra, aprobada por el *locator* y recibida por este. De donde se desprende que si la cosa perecía en poder del artífice antes de la terminación y aprobación de la obra, el *locator* no tenía obligación de pagar el precio, a menos que la pérdida hubiera sobrevenido por fuerza mayor o caso fortuito. Pero si la obra perecía después de terminada y aprobada, y recibida por el *locator*, aun cuando fuera por caso fortuito o por fuerza mayor, era él quien debía soportar la pérdida, puesto que era dueño de la obra y, de consiguiente, subsistía la obligación de pagar el precio de ella.

3. DE LA SOCIEDAD

a) *Definición.* La sociedad era en el derecho romano un contrato simplemente consensual, sinalagmático perfecto, oneroso y de buena fe, por el cual dos o más personas se obligaban recíprocamente a poner en común determinadas cosas, para sacar de ellas una utilidad lícita y apreciable en dinero.

Como contrato simplemente consensual, la sociedad se perfeccionaba por el solo consentimiento de los contratantes, que podía manifestarse en cualquier forma. Pero no hay que confundir el contrato de sociedad con la entidad social que de él resulta. Existía el contrato desde que se realizaba el acuerdo de voluntades sobre los elementos propios de la sociedad, pero no existía la entidad social sino una vez que en ejecución del contrato celebrado se llevara por cada uno de los socios el aporte convenido.

b) *Elementos.* Según la definición, los elementos esenciales del contrato de sociedad eran los siguientes:

1º *El aporte de cada uno de los socios.* Cada socio debía aportar alguna cosa, ya fuera corporal o incorporal. Si alguno de los socios no aportaba nada, no podía decirse que celebraba contrato de sociedad. El aporte podía consistir en los servicios o en la industria del socio respectivo, en orden a la utilidad social.

2º *Un fin lícito y común apreciable en dinero, esto es, un fin económico.* Si el fin era ilícito, el contrato de sociedad era nulo por ilicitud del objeto; *Generaliter (...) traditur rerum in honestarum nullam esse societatem* ("Por lo general (...) es nula la sociedad que contiene objetos deshonestos") (Ulpiano, L. 67, D. XVIII, 2); y si no era un fin económico el perseguido, podía haber asociación, pero no un contrato de sociedad en sentido jurídico. El fin debía ser común a todos los socios; por consiguiente, todos debían participar en las ganancias y en las pérdidas del negocio social. No podía constituirse una sociedad en que uno o varios reportaran los beneficios o ganancias y los demás las pérdidas. *Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur* ("Cuando se constituye una sociedad se produce comunidad tanto en el lucro como en el perjuicio") (Paulo, L. 67, D. XVII, 2).

3º *El animus contrahendae societatis*, es decir, el ánimo claramente manifestado de asociarse o de constituir una sociedad. *In communione vel societate, nemo compellitur invictus detineri* ("Nadie es obligado a permanecer contra su voluntad en comunidad o en sociedad") (Alej. Severo, L. 5, C. III, 37).

c) *Efectos del contrato.* Como contrato sinalagmático perfecto, la sociedad creaba desde el momento de su perfección obligaciones recíprocas a cargo de todos los contratantes, y esas obligaciones podían producirse, ya entre los socios mismos, ya respecto de terceros.

i) *Obligaciones de los socios entre sí.* Eran las siguientes:

1ª *Llevar a la sociedad el aporte convenido.* Si se trataba de una cosa material y el socio se había obligado a aportar la propiedad de ella,

debía transferir el dominio mediante las formas respectivas que para ello fueran necesarias. Si únicamente se había obligado a aportar el disfrute de una cosa, debía poner esta a disposición de la sociedad, en forma tal que pudiera realizarse el disfrute. Ya fuera el aporte en dominio o en simple tenencia, el socio aportante debía responder de que la sociedad se beneficiara de la cosa aportada.

Por consiguiente, debía responder de la evicción por parte de un tercero por causa anterior al contrato e imputable al socio aportante; igualmente debía responder de los vicios ocultos que inhabilitaran la cosa aportada para los fines de la sociedad.

2ª Todos y cada uno de los socios tenían la obligación y a la vez el derecho de administrar los negocios sociales. En esta gestión podían obrar todos conjuntamente o encargar a uno de ellos para que lo hiciera. Pero en uno u otro caso, el socio o los socios gestores no obraban en representación de la sociedad, sino en su propio nombre. De ahí resultaba que el socio o los socios gestores debían transferir a la sociedad todo lo que hubieran adquirido en el desarrollo de los negocios sociales; y a su vez tenían derecho a que se les reembolsara el valor de los gastos del negocio y se les libertara de las deudas que en la gestión social hubiesen contraído en su nombre.

ii) *Obligaciones de los socios respecto de terceros.* Como hemos dicho, el socio o los socios gestores no obraban en representación de la sociedad, sino en su propio nombre. Por consiguiente, las obligaciones que contrajesen respecto de terceros en el desarrollo de los negocios sociales eran exigibles por los respectivos acreedores en las propias personas de los deudores y no contra la sociedad. Lo mismo sucedía con las obligaciones contraídas por terceros a favor del socio o de los socios gestores.

En el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas los socios respondían no solamente de su dolo, sino de su *culpa levís*. En el contrato de sociedad la *culpa levís* se apreciaba *in concreto*, apreciación diferente de la que se hacía en los demás contratos onerosos. El principio que regía al respecto en este contrato era el siguiente: "El socio debía comportarse en las obligaciones nacidas del contrato de sociedad de la misma manera que se comportaba en el manejo de sus propios bienes".

El tipo de comparación era, pues, la persona misma del obligado y no el tipo abstracto de un buen padre de familia.

d) *División de las sociedades en el derecho romano.* Esta división era bien distinta de la establecida en las legislaciones modernas. Primamente se dividían las sociedades en *universales* y *particulares*, según que versaran sobre una universalidad de bienes, o sobre uno o más negocios determinados. Entre las sociedades universales se encontraban:

1º La sociedad *omnium bonorum*, que como su nombre lo indica, era aquella que se formaba sobre todos los bienes presentes y futuros de los asociados, cualquiera que hubiera sido el título de la adquisición; todos los créditos activos o pasivos de los asociados, ya fueran presentes o futuros, entraban en la composición del haber social, y los negocios eran ilimitados. *In societate omnium bonorum, omnes res quae coeuntur sunt, continuo communicantur* ("En la sociedad de todos los bienes, todos los objetos que se reúnen, al punto se hacen comunes") (Paulo, L. 1, D. XVII, 2).

2º La sociedad llamada *omnium quae ex quaestu veniunt*, la cual se formaba sobre los bienes que en el futuro llegarán a adquirir los asociados como consecuencia de su trabajo y nada más que sobre ellos.

El origen de las sociedades universales *omnium bonorum* se encuentra en los primeros siglos de Roma en la institución de la familia. Con la muerte del jefe de familia, sus hijos y herederos se convertían en copropietarios del patrimonio común, y con bastante frecuencia establecían sobre ese estado de copropiedad una sociedad *omnium bonorum*, con el fin de acrecentar las fuerzas del patrimonio común.

Este primer tipo de sociedad llevaba el nombre de *consortium*. Más tarde, cuando la institución de la *manus mariti* y el régimen de la dote matrimonial cayeron en desuso, parece haberse implantado este tipo de sociedad universal entre los cónyuges que voluntariamente quisieran formarla, en la cual se ve cierto origen de la moderna sociedad conyugal.

Las sociedades *omnium quae ex quaestu veniunt* se formaban especialmente en el caso de manumisión de varios esclavos pertenecientes a un mismo dueño. Estos libertos, llamados *coliberti*, no encontraban otro re-

curso de subsistencia que el producto de su trabajo, y solían asociarse entre sí sobre la base de todos los bienes que llegasen a adquirir como producto de sus trabajos personales.

Entre las sociedades *particulares* se contaban estas:

1º Las sociedades *unius rei*, que se formaban, como su nombre lo indica, sobre una o más cosas determinadas, para realizar con ellas un solo negocio también determinado.

2º Las sociedades *alicuius negotiationis*, que eran aquellas que se formaban para el desarrollo de una serie de negocios pertenecientes a un género determinado; las más frecuentes eran las de los banqueros, llamados *argentarii*, y las sociedades de *transportes, trabajos públicos y suministros*.

3º Las sociedades *vectigalium*, que se formaban para rematar y recaudar en su provecho las contribuciones a favor del Estado, mediante el pago de determinada suma al erario. Las personas que entraban en aquellas sociedades se denominaban *publicanii*. Tales sociedades tenían como características la de ser reconocidas por el Estado como una persona jurídica distinta de la persona física de cada uno de los socios y la de que podían continuar y continuaban con los herederos del socio difunto, lo que no sucedía con las otras sociedades.

e) *Disolución de la sociedad.* Las principales causas por las cuales se disolvía el contrato de sociedad eran las siguientes:

1ª La expiración del término prefijado para su duración. *Nulla societas in aeternum coitio est* ("No hay constitución de una sociedad para siempre"). (Paulo, L. 70, D. XVII, 2).

2ª La completa realización del negocio o los negocios materia de la sociedad, o el advenimiento de un obstáculo invencible para aquella realización; *item si alicuius rei contracta societas sit, et finis negotio impositius est, finitur societas* ("Además si la sociedad ha sido formada para un solo negocio, al término de este finaliza la sociedad") (Inst., III, 25, 6).

3^a El mutuo disentimiento de los contratantes.

4^a La renuncia de uno de los socios, cuando no estaba limitada la duración de la sociedad, a menos que la renuncia fuera intempestiva o de mala fe con el fin de privar a la sociedad de una ganancia esperada, pues en ese caso se establecía como sanción que el socio renunciante perdiera su utilidad en el negocio, quedando siempre obligado para con la sociedad a participar el beneficio.

5^a La muerte de uno de los socios. Los socios contratantes podían convenir de antemano que muriendo uno de los socios la sociedad continuara con los sobrevivientes, pero no podían hacer lo mismo con respecto a los herederos del socio difunto, pues el contrato de sociedad se celebraba *intuitu personae*; y como antes de la muerte no podía saberse quiénes serían sus herederos, resultaba contrario a la esencia del contrato convenir de antemano que la sociedad continuara con los herederos de los socios que llegasen a fallecer. Es entendido que esto no impedía que una vez acaecida la muerte y conocidas las personas de los herederos se llevaran estos a la sociedad con el consentimiento unánime de los socios.

6^a La *capitis deminutio maxima y media* de uno de los socios;

7^a La quiebra y confiscación de los bienes de uno de los socios.

Una vez disuelta la sociedad finalizaban todas las operaciones pertenecientes al giro de sus negocios, pero quedaban subsistiendo las obligaciones y, en general, las relaciones jurídicas que se hubieran formado durante la sociedad en el desarrollo de los negocios sociales.

Los socios gestores debían dar cuenta del resultado de todos sus beneficios y adquisiciones a la sociedad, para que fueran repartidos entre los socios de conformidad con lo convenido en el contrato. Estas obligaciones recíprocas de los socios se hacían efectivas por medio de la acción *pro socio*, pero bien podía suceder que como consecuencia de los negocios quedaría una cosa determinada en común para todos los socios. *Totius corporis pro indiviso dominium habere* ("Tener el dominio de todo el objeto sin división") (Dig., XIII, 6). Entonces para poner fin a esa copropiedad o comunidad debía ejercitarse la acción propia del cuasicontrato de comuni-

dad, denominada *communi dividundo*, destinada a repartir entre los comuneros la cosa común.

4. DEL MANDATO

a) *Definición.* El mandato era en el derecho romano un contrato simplemente consensual, sinalgámico imperfecto, esencialmente gratuito y de buena fe, por el cual una persona encargaba, a otra que aceptaba, la realización gratuita de una o más operaciones que tuvieran un interés pecuniario para el mandante. *Qui aliena negotia mandatu domini administrat* ("El que administra negocios ajenos por mandato del dueño"). (Dig., 3, 3, 1). La persona que daba o confería el mandato se denominaba *mandante, mandador o dominus*, y la persona que lo recibía se llamaba *mandatario o procurador*.

Como contrato simplemente consensual que era, el mandato se perfeccionaba por el solo consentimiento de los contratantes, el cual podía expresarse en cualquier forma, entre presentes o entre ausentes. Ese consentimiento podía ser expreso o tácito; era tácito cuando el mandante tenía conocimiento de que el mandatario no constituido expresamente realizaba una operación en interés de aquel y no se oponía a ella.

b) *Elementos del contrato.* Según la definición, los elementos constitutivos y esenciales del mandato eran los siguientes:

1º Una o más operaciones lícitas que debía realizar el mandatario.

La licitud de esas operaciones no era sino la aplicación del principio general de la licitud del objeto de toda obligación, que ya hemos visto como requisito esencial de aquel objeto.

2º La gratuitad del servicio prestado por el mandatario mediante la realización de las operaciones materia del contrato. El mandato era esencialmente gratuito. Si se estipulaba remuneración a favor del mandatario, se convertía en arrendamiento de servicios. No ha seguido esta regla nuestro derecho civil, según el cual el mandato puede ser gratuito o remunerado.

3º Las operaciones materia del mandato debían tener un interés pecuniario para el mandante. Esto no era sino una consecuencia o derivación del principio general de que el objeto de toda obligación debe tener un interés apreciable en dinero para el acreedor. Si el mandante no tenía ese interés pecuniario, el encargo que hiciera no podía generar un contrato de mandato.

c) *Efectos del contrato.* Como sinalagmático imperfecto que era, el contrato de mandato creaba inicial y necesariamente obligaciones determinadas a cargo del mandatario; pero accidentalmente y sin que aquello fuera necesario podía también crear obligaciones a cargo del mandante y a favor del mandatario.

d) *Obligaciones del mandatario.* La principal obligación de este era ejecutar completamente el negocio o los negocios que le habían sido recomendados, sin excederse de los límites del mandato, pues si se excedía, la operación que realizara no obligaba al mandante.

En el caso de que la operación materia del contrato fuese comprar una cosa por determinado precio, y el mandatario la comprara por un precio mayor, se discutió si la compraventa obligaba al mandante hasta el límite del precio prefijado, o si no lo obligaba en manera alguna. Según la opinión de los sabinianos, que parece haber llegado a prevalecer, el contrato podía llegar a producir efectos si el mandante convenía expresamente en la diferencia de precio. Realizada la operación materia del contrato, el mandatario debía dar cuenta de ella al mandante y transferirle todo lo que hubiera adquirido en ejercicio del mandato. Así, pues, si se había hecho acreedor en el desarrollo del negocio, debía transferirle la respectiva acreencia, puesto que todas las operaciones materia del mandato debían favorecer al mandante.

El mandatario en ejercicio del mandato respondía no solamente de su dolo, sino hasta de su *culpa levíssima in abstracto*, a pesar de que no hacía sino prestar un servicio gratuito. *Diligenter, igitur mandati custodiendi sunt fines* “Los fines del mandato deben vigilarse diligentemente” (Paulo, L. 5, D. XVIII, 1). Se apartaba, pues, en materia de responsabilidad, del principio general en materia de culpas. Dicen los expositores que esta excepción se debe a la confianza especial que el mandante depositaba en el manda-

tario. No encontramos satisfactoria esta explicación, puesto que lo mismo sucedía en el contrato de depósito, en que el depositante ponía su confianza en el depositario, y, sin embargo, allí se aplicaba el principio general de que el depositario, por prestar un servicio gratuito, no respondía generalmente sino de su dolo y de su culpa grave. Las obligaciones del mandatario a favor del mandante se hacían efectivas judicialmente por medio de la acción llamada *mandan directa*, es decir, la del mandante contra el mandatario.

e) *Obligaciones del mandante.* Si el mandatario había hecho gastos o había sufrido perjuicios o pérdidas en la ejecución del mandato, el mandante debía indemnizarle el importe de ellos. Si había contraído deudas para con terceros, el mandante debía pagarlas o tomarlas a su cargo. El mandante, como único interesado en el contrato, respondía no solamente de su dolo, sino de su *culpa levíssima in abstracto*. Para hacer efectivas judicialmente estas obligaciones del mandante, el mandatario tenía la acción *mandan contraria*.

f) *Efectos del mandato respecto de terceros.* En el derecho romano no existió el principio moderno de la representación del mandante por el mandatario. Así, pues, en las relaciones jurídicas que llegaran a formarse entre el mandatario y los terceros en desarrollo del mandato, era el mandatario quien venía a ser el sujeto activo o pasivo de ellas; era él el que se hacía dueño, acreedor, deudor, etc., aun cuando las operaciones estuvieran destinadas a aprovechar al mandante.

Los terceros no tenían, pues, acción directa contra el mandante, sino contra el mandatario, así como tampoco el mandante podía dirigirse en acción contra terceros contratantes, lo cual incumbía únicamente al mandatario.

Este principio era riguroso en los primeros tiempos; pero mediante progresos sucesivos del derecho llegaron a crearse en la última etapa de este ciertas acciones *útiles* de los terceros contra el mandante y de este contra aquellos, teniendo en consideración que si bien las operaciones se habían realizado en cabeza del mandatario, era en definitiva el mandante quien debía recibir las consecuencias favorables o desfavorables de aquellas operaciones. Así, pues, los terceros en esta última etapa del derecho

podían dirigirse, ya contra el mandatario en acción directa, ora contra el mandante en acción indirecta o *útil*.

g) *Extinción del mandato.* El contrato de mandato se terminaba principalmente por las siguientes causas:

1^a La realización completa del negocio o de los negocios materia del contrato;

2^a El mutuo disentimiento;

3^a La muerte del mandatario o del mandante, pues era de los contratos que se celebraban *intuitu personae*, es decir, en consideración a las personas de los contratantes; *item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel eius qui mandaverit, vel illius qui mandatum suscepit, solvitur mandatum* (“Además se disuelve el mandato si antes de su ejecución sobreviene la muerte de alguno, esto es, o del que lo confirió o de aquel que lo recibió”) (Inst., III, 27, 10);

4^a La revocación del mandante, y

5^a La renuncia del mandatario.

PARTE SEXTA

DE LA SUCESIÓN

CAPÍTULO I

Sucesión por causa de muerte

1. SU DEFINICIÓN Y SUS CLASES

La sucesión por causa de muerte es el hecho jurídico por el cual una persona viviente ocupa el lugar de una persona muerta, en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, o en uno o más bienes determinados singularmente.

La sucesión por causa de muerte⁽¹⁾ es, según esto, de dos clases: a título universal y a título singular. La primera tiene lugar cuando se sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del difunto o en una cuota de ellos, como la mitad, la tercera parte, etc.; la segunda cuando se sucede en una o más cosas singularmente determinadas. La primera se llama herencia y la segunda legado⁽²⁾.

2. DE LA HERENCIA

“Herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los derechos que tuvo el causante”.

(1) C.C., art. 1008.

(2) C.C., art. 1011.

"Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit" (Juliano, D. L. 17, 62).

El vocablo *ius* debe entenderse aquí en sentido activo y pasivo: derechos y obligaciones. El sucesor *in universum ius* se llama heredero. Decían los romanos que el heredero sostiene y continúa la personalidad jurídica del difunto, formando con él una sola persona. De donde se sigue que el heredero sucede en todas las relaciones jurídicas al difunto, así activas como pasivas, o en la parte que corresponda a su porción hereditaria, si solo es heredero de cuota.

3. DELACIÓN DE LA HERENCIA

"La herencia se delata cuando alguno es llamado a recogerla".

"Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi" (Dig., 50, 16, 151).

Se dice entonces que la herencia se defiere al heredero, esto es, que se pone a su alcance. Se dice también que la delación de la herencia es llamamiento actual que la ley hace al heredero para que la acepte o repudie⁽³⁾.

Pero en el Derecho Romano, según se verá, no todo heredero podía repudiarla libremente, pues había herederos llamados necesarios que carecían de dicha facultad.

La delación de la herencia tenía lugar generalmente a la muerte del causante; nunca antes, puesto que sin esa muerte no podía haber herencia. Pero excepcionalmente la delación no tenía lugar sino con posterioridad a la muerte del causante, por ejemplo cuando se trataba de una institución testamentaria bajo condición suspensiva, caso en el cual la herencia no se defería sino una vez cumplida la condición. Para que hubiera delación se requería:

a) Que la persona de cuya herencia se tratara (causante o *de cuius*) hubiera muerto (*hereditas viventis non datur*).

b) Que la persona llamada a la herencia existiere en el momento de la delación, y

c) Que fuera capaz de suceder por causa de muerte. La capacidad era la regla. La incapacidad era la excepción.

4. HERENCIA TESTAMENTARIA Y HERENCIA LEGÍTIMA O "AB INTESTATO"

Según sea la fuente inmediata de la herencia, se divide en testamentaria y *ab intestato* o legítima. La primera es la que proviene del testamento; la segunda es la que proviene de la ley a falta de testamento.

La herencia testamentaria ocupa el primer lugar según el Derecho Romano. Lo que quiere decir que solo cuando no hubo testamento, o si lo hubo se invalidó, viene la sucesión intestada o legítima.

Pero como institución propia del Derecho Romano, no adoptada en nuestro derecho civil, imperó el siguiente precepto: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest* (Dig., L. 17), es decir, nadie puede morir parte testado, parte intestado. Lo que significa que la herencia entre los romanos no podía en parte ser testada y en parte intestada, como sí puede serlo en el derecho moderno.

De ello se seguía que si el testador había dispuesto solamente de una parte de su patrimonio, el resto no podía ir al heredero *ab intestato*, o legítimo, sino que iba todo al testamentario. Y que si uno de varios herederos testamentarios repudiaba la herencia, su cuota debía ir a los otros herederos testamentarios y no a los legítimos.

(3) C.C., art. 1013.

CAPÍTULO II

Sucesión testamentaria

1. REQUISITOS

El testamento, según Modestino, se define así:

“El testamento es la justa decisión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte”.

“*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*” (Modestino, D. 28, 1, 1).

“La palabra testamento toma su origen de testimonio de la mente”.

“*Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*” (Inst., X).

Se ha criticado esta definición por cuanto no expresa el elemento principal del testamento, cual es la institución de heredero. En efecto, según el Derecho Romano, no podía haber testamento sin institución de heredero:

“La institución de heredero (es) cabeza y fundamento de todo testamento”.

“*Heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti*” (Gayo, 2, 229).

No sucede lo mismo en el derecho civil moderno, donde no es necesaria la institución de heredero para que pueda haber testamento. Ese elemento esencial se ha destacado en el testamento romano, definiéndole como la solemne declaración de última voluntad mediante la cual se instituye heredero. Pero aparte de la institución de heredero, el testamento po-

día contener otras disposiciones para después de la muerte, como los legados, manumisiones, nombramiento de tutores y otras semejantes, sin que ello fuera de la esencia del acto.

Para que el testamento fuera válido se requería:

1º Que el testador tuviera capacidad de testar (*factio testamenti activa*);

2º Que el heredero fuera capaz de ser instituido como tal (*factio testamenti pasiva*), y

3º Que se observara la plenitud de las formalidades del testamento.

Por ahora solo estudiaremos la capacidad de testar y las solemnidades de forma de los testamentos. Cuando se trate de la institución de heredero se hablará de *factio testamenti pasiva*.

2. CAPACIDAD DE TESTAR

La capacidad de testar exigía, a su vez, capacidad de tener un patrimonio propio, tener el *jus commercii* y gozar de capacidad jurídica.

"La capacidad de testar no es de derecho privado sino público".

"*Testamenti factio non privati sed publici ius est*" (Papiniano, D. 28, 1, 3).

De donde se sigue que solo los *sui iuris* jurídicamente capaces, que tuvieran el *jus commercii*, podían testar. Excepcionalmente podían otorgar testamento los hijos de familia respecto de su peculio castrense o cuasicastrense, hasta concurrencia de él.

Como consecuencia de lo dicho, tampoco podían otorgar testamento las personas jurídicamente incapaces: impúberes, furiosos, etc.

3. FORMA DE LOS TESTAMENTOS

Las solemnidades externas de los testamentos variaron en las distintas épocas con la evolución general del derecho. Las antiguas formas se llamaron: testamento *calatis comitiis, in procinctu, per aes et libram* y testamento pretoriano.

El testamento *calatis comitiis* se otorgaba por medio de una declaración de viva voz hecha por el testador al heredero ante el pueblo reunido en los comicios.

El testamento *in procinctu* se otorgaba en tiempo de guerra ante el ejército formado como para entrar en batalla.

El testamento *per aes et libram* era una *mancipatio* o venta simulada del testador al heredero, que tomaba en este caso la denominación de *familiae emptor* (comprador de la herencia). La *mancipatio* se realizaba mediante su ritualidad propia, y como se trataba de un acto destinado a producir efectos después de la muerte del testador, a ese tiempo se posponían los efectos de la fingida venta.

Esta forma sufrió una transformación que le dio caracteres más definidos: al lado de la *mancipatio*, que se conservó solamente como una ritualidad el testador declaraba al *familiae emptor*, en presencia de los testigos y del *libripens*, que disponía de sus bienes para después de su muerte en los términos contenidos en las tablas que les presentaba. Esta declaración solemne se llamó *nuncupatio testamenti*. En las tablas se inscribía el nombre del verdadero heredero. Parece que el *familiae emptor* vino a ser en esta nueva forma testamentaria una persona de confianza del testador, escogida para que llegado el momento entregara la herencia al heredero.

El testamento pretoriano se despojó de la ritualidad *per aes et libram*, conservando en su esencia lo demás; se otorgaba en presencia de siete testigos que signaban con sus sellos las tablas que contenían el testamento.

4. FORMAS DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO JUSTINIANO

En esta época el testamento podía ser público o privado. Era público el que se otorgaba ante el emperador o el magistrado, ya presentándole el

escrito que lo contenía, para que fuera depositado en los archivos públicos, ya haciendo en su presencia una declaración testamentaria verbal que quedaba protocolizada.

El testamento privado debía ser otorgado ante siete testigos idóneos expresamente invitados al acto. No eran testigos idóneos los que no tenían la *facti testamenti activa*, ni las mujeres, los mudos, los sordos, o los que forman parte de la familia civil del testador o del heredero.

El testamento, fuera público o privado, debía tener unidad de contexto (*unus contextus*), lo que quiere decir que debía ser confeccionado sin solución de continuidad. Si era privado los testigos debían asistir juntos al acto y de manera que pudiesen ver y oír al testador. El testamento privado podía ser también escrito o verbal. En el primer caso el testador presentaba el escrito a los testigos declarándolo su testamento y haciéndolo suscribir por estos. En el segundo caso, el testador declaraba de viva voz su voluntad, de modo que fuera oído por los testigos, pudiendo dejarse un acta escrita como prueba.

5. TESTAMENTOS EXTRAORDINARIOS

En ciertos y determinados casos se permitía, en atención a circunstancias extraordinarias, otorgar testamento sin la observancia de la plenitud de las formas ordinarias. Tales eran:

a) *El testamento militar*. Los militares en campaña y quienes a ellos se asimilaban estaban exentos de las solemnidades ordinarias para otorgar testamento. Podían otorgarlo manifestando en cualquier forma su voluntad y dejando alguna constancia de ello. Pero ese testamento no valía sino mientras perduraran las circunstancias extraordinarias que lo justificaban.

b) *El testamento “tempori pestis”*. El testamento que se otorgaba en un lugar infestado por una enfermedad epidémica no requería la concurrencia simultánea de todos los siete testigos (*testamentum tempori pestis conditum*).

c) *El testamento “rure conditum”*. El testamento *rure conditum* (hecho en el campo) requería solamente cinco testigos.

6. DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

No podía haber testamento sin que en él se instituyera uno o más herederos capaces de serlo, esto es, que tuvieran la *factio testamenti* pasiva. La institución debía ir a la cabeza del testamento, en términos imperativos, claros e inequívocos, designando la persona ya por su nombre o por otra indicación que la hiciera inconfundible. El heredero podía ser instituido pura y simplemente o bajo condición suspensiva, entendiéndose por tal un acontecimiento futuro e incierto que suspendía la delación de la herencia mientras no se realizara. Pero no podía instituirse un heredero bajo condición resolutoria, ni hasta cierto día, ni desde un día determinado. Imperó a este respecto el aforismo *semel heres, semper heres*, lo que jurídicamente significa que quien ha adquirido la calidad de heredero no podía, después de tenerla, dejarla.

Podía el testador instituir varios herederos y distribuir entre ellos la herencia en la proporción que a bien tuviera:

“Se puede instituir un solo heredero, o muchos hasta el infinito, en todo el número que se quiera”.

“Et unum hominem, et plures in infinitum, quod quis velit heredes facere, licet” (Inst., 14, 4).

Si no fijaba esa proporción, se entendía distribuida por partes iguales. Podía instituir varios herederos para una parte determinada de la herencia. En tal caso entraba ese conjunto de herederos a recoger esa determinada parte como si formaran una sola persona. Pero podía suceder que sin señalizar cuotas determinadas de la herencia instituyera el testador, junto con uno o más herederos individuales, un grupo de herederos que entraban a recoger entre todos una cuota igual a la de aquellos. *Titius heres esto; Mevius et Cajus heredes sunt*: en este ejemplo la herencia se dividía en dos partes, una parte para Ticio y otra para Mevio y Cayo, Ticio será heredero, Mevio y Cayo serán herederos.

7. HEREDEROS SUSTITUTOS

Heredero sustituto era el instituido para el caso de que el heredero principal no aceptara la herencia o no llegara a transmitirla por testamento. Todo el que tenía la *factio testamenti* activa podía instituir un heredero sustituto, y todo el que tuviera la *factio testamenti pasiva* podía ser instituido heredero sustituto. Podían designarse no solo un sustituto sino varios, en el orden que estableciera el testador. En tal caso, faltando alguno de ellos, era llamado el siguiente según dicho orden. Pero en todo caso el sustituto llamado venía a ser heredero del testador, no del sustituto anterior.

La sustitución de un heredero por otro, que era lo común y ordinario, se llamaba sustitución vulgar, para diferenciarla de otras que en realidad no eran sustituciones pero que llevaban dicho nombre, cuales eran la sustitución pupilar y la quasi pupilar.

La sustitución pupilar era la disposición testamentaria por la cual el testador designaba un heredero al hijo impúber, para el caso de que este muriera antes de llegar a la pubertad, es decir, antes de tener capacidad para testar. Era un atributo de la patria potestad y no una sustitución propiamente dicha, puesto que el designado entraba a heredar, llegado el caso, al impúber, no al testador.

La sustitución quasi pupilar consistía en que el ascendiente paterno o materno de un furioso o mentecato le designaba a este un heredero, para el caso de que falleciera en estado de enajenación mental.

8. INVALIDACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

El testamento era nulo (*injustum* o *non jure factum*), desde el principio, cuando carecía de alguno o algunos de sus elementos esenciales: capacidad, solemnidades, institución de heredero. Era rescindible cuando llevaba un vicio congénito, como el error, la violencia o el dolo.

Era *irritum*, cuando, habiendo nacido válido y sin vicio, el testador sufría una *capitis diminutio* que lo invalidaba.

Era *destitutum* o *desertum* cuando el testador quedaba sin herederos por falta de los instituidos, ya porque no quisieran o no pudieran recoger la herencia, ya por otra causa cualquiera.

Era *ruptum* cuando se revocaba por el testador o se invalidaba por el advenimiento de un agnado póstumo.

Y era *inofficiosum* el testamento que desconocía en todo o en parte la porción de los legitimarios.

CAPÍTULO III

Adquisición de la herencia

1. DIVERSAS CLASES DE HEREDEROS

Para saber en qué momento adquiría el heredero la herencia, se distinguían tres clases de herederos:

a) *Heredes necessarii*. Eran los esclavos instituidos herederos, quienes debían quedar libres a la muerte del testador. Estos herederos no podían repudiar la herencia, la cual era adquirida necesariamente en el momento de la muerte del testador.

b) *Heredes sui et necessarii*. Eran los hijos que se hallaban sometidos a la patria potestad del testador en el momento de la muerte de éste. Se llamaban suyos porque iban a heredar en su propio patrimonio, en virtud del sistema de la copropiedad familiar. Y se decían necesarios, porque no podían repudiar la herencia, si bien últimamente el pretor modificó su condición mediante el llamado *beneficium abstinendi*, sobre el cual se hablará más adelante. Salvo este beneficio, la herencia se adquiría por ellos desde el momento de la muerte del testador.

c) *Heredes extranei vel voluntarii* (herederos extraños o voluntarios). Eran los herederos extraños o voluntarios, que podían aceptar o repudiar libremente la herencia.

Esta clase de herederos no adquirían la herencia sino cuando llegaban a aceptar. La aceptación podía ser expresa o tácita. La primera se llamaba *hereditatis aditio* (adicción de herencia). La segunda, *pro herede gestio* (gestión o acto de heredero), y consistía en ejecutar un acto que implicara la aceptación. En el antiguo derecho romano la aceptación expresa debía

efectuarse en forma solemne. Aquella forma ritual de aceptación, venida en desuso, se denominaba *cretio*.

La repudiación de la herencia podía ser igualmente expresa o tácita. Era expresa cuando se manifestaba expresamente la voluntad de no aceptar. Era tácita cuando se ejecutaba algún acto que implicara necesariamente la intención de repudiar.

2. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA RESPECTO DE TERCEROS

Una vez adquirida la herencia, el heredero entraba a ocupar el lugar del causante en todas sus relaciones jurídicas, activas o pasivas. Por eso se ha dicho que el heredero sostiene y continúa la persona del causante como si fuera una misma. Consecuencia de ello era que el heredero quedaba obligado a todas las deudas del causante, aun más allá del caudal hereditario. Vale decir que, salvo el beneficio de inventario, de que adelante se hablará, el heredero debía responder aun con sus propios bienes de las deudas del causante.

El heredero quedaba igualmente obligado a pagar todo gravamen, toda carga que le impusiera el testador en beneficio de terceros.

3. BENEFICIOS

A moderar el rigor de los principios anteriormente expuestos, vinieron las instituciones llamadas beneficios, ya en favor del heredero, ya en favor de terceros acreedores del causante. Tales fueron:

a) *El ius deliberandi*. Se llamaba así la facultad concedida al heredero para deliberar dentro de cierto término sobre la aceptación o repudiación de la herencia, pudiendo entre tanto examinar la situación patrimonial de ésta, sin que esa intervención implicara aceptación tácita. Tenía lugar ese beneficio cuando algún interesado exigía al heredero que definiera su situación frente a la herencia, declarando si la aceptaba o la repudiaba. El heredero tenía entonces el *ius deliberandi* por un término de nueve meses, si lo concedía el magistrado, y de un año, si lo otorgaba el emperador.

b) *El beneficium inventarii*. Tuvo su origen en el privilegio que tenía el militar de no responder de las deudas del causante sino hasta el monto del activo patrimonial dejado por este.

Justiniano extendió este beneficio a todo heredero que, al aceptar la herencia, manifestara expresamente que lo hacía de conformidad con un inventario, y de esta manera el heredero aceptante no respondía de las deudas sino hasta concurrencia del activo inventariado. No quedaban, por tanto, afectados sus propios bienes en caso de que el activo herencial fuera insuficiente para pagar las deudas del causante.

c) *El beneficium separationis bonorum*. Este beneficio era para los terceros acreedores del causante. Consistía en que, invocándolo, no se confundían los bienes de la herencia con los del heredero para responder conjuntamente de las deudas de este y de las de la herencia, sino que se separaban uno y otro patrimonio, en forma que el patrimonio herencial quedara para responder de las deudas del causante, de preferencia a las deudas personales y propias del heredero.

d) *El beneficium abstinendi*. Para moderar el rigor de los principios en orden a la condición jurídica del heredero suyo y necesario frente a las cargas de la herencia, el pretor le concedió el beneficio de abstenerse de toda gestión de heredero, y en tal situación ponía a salvo sus propios bienes contra la persecución de los acreedores del difunto.

4. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA ENTRE COHEREDEROS

Pueden señalarse tres efectos principales de la adquisición de la herencia por varios herederos:

- 1º la comunión o comunidad de bienes hereditarios;
- 2º la división de las deudas del difunto a prorrata de sus cuotas hereditarias, y
- 3º la *collatio bonorum* (colación de bienes).

Adquirida la herencia por varios herederos, surgía entre ellos una comunidad sobre el caudal hereditario, que podía finalizar a petición de cualquier heredero mediante la acción *familiae erciscundae* (división de la herencia).

Las deudas del difunto se dividían entre los herederos adquirentes de la herencia a prorrata de sus cuotas hereditarias.

La *collatio bonorum* consistía en el aporte que un descendiente debía llevar a la masa común hereditaria, de lo que hubiera recibido del ascendiente común de todos los herederos, en vida de aquel. Se consideraba que en tal caso no había habido otra cosa que una asignación anticipada al futuro heredero, debiendo este, por tanto, traerla a colación una vez muerto el causante y adquirida la herencia.

5. ACCIONES A FAVOR DEL HEREDERO ADQUIRENTE

Las principales acciones del heredero una vez adquirida la herencia eran: la *petitio hereditatis* (petición de herencia) y la *actio familiae erciscundae* (acción de división de la herencia).

La *petitio* o *vindicatio hereditatis* tenía lugar a favor del heredero para obtener el reconocimiento de su derecho de herencia y mediante dicho reconocimiento obtener la entrega del caudal hereditario ocupado por quien no era heredero. Era, por así decirlo, una reivindicación de la herencia por el heredero adquirente de ella que no tenía la posesión del caudal hereditario.

La *actio familiae erciscundae* se encaminaba a obtener la división del caudal hereditario entre los herederos adquirentes de la herencia. Tenía en el derecho romano la particularidad de que el juez, al adjudicar a cada heredero su parte de bienes (*adjudicatio*), le atribuía la propiedad de ellos, siendo adquiridos por obra de tal adjudicación. De ahí que figure tal acto entre los medios de adquirir el dominio según el derecho romano. No así en nuestro derecho civil. La adjudicación al heredero no es acto constitutivo sino traslaticio de dominio.

Según el derecho de Justiniano, el heredero muerto dentro del año siguiente a la delación de la herencia sin haber manifestado su voluntad de

aceptarla o repudiarla, transmitía a sus propios herederos el derecho de aceptarla o repudiarla durante el resto de dicho año o durante el resto del término que se le hubiera concedido para deliberar (*ius deliberandi*).

6. ACRECIMIENTO ENTRE COHEREDEROS

El derecho de acrecer o acrecimiento entre herederos era el derecho a la porción vacante de un heredero que no podía o no quería adquirir la herencia. El testador había instituido, por ejemplo, a Ticio, Mevio y Sempronio herederos de un tercio de la herencia a cada uno. Si Ticio no quería o no podía adquirir su cuota, esta acrecía la de los otros, por partes iguales. Si eran Ticio y Mevio quienes no querían o no podían adquirirla, sus dos cuotas beneficiaban a Sempronio, quien adquiría así toda la herencia. El derecho de acrecer tenía su fundamento en el derecho potencial o vocación de cada heredero a la totalidad de la herencia. Habiendo pluralidad de herederos, cada uno veía limitado ese derecho por el de los otros herederos. Ese concurso de herederos adquirentes imponía la necesidad de las cuotas o partes para cada uno. Saliendo uno más del concurso, desaparecía esa limitación para los restantes, en cuanto a la cuota o cuotas del que faltaba o de los que faltaban. Si quedaba solo uno, desaparecía toda limitación, todo obstáculo al recogimiento integral de la herencia, y la vocación al todo hereditario tenía su plena efectividad. Los romanos expresaban admirablemente este concepto diciendo: *solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*, o sea: solo por la concurrencia de los herederos se hacen las partes; cesando la concurrencia cesan las partes.

7. EL DESHEREDAMIENTO

En el más antiguo derecho romano, el testador podía prescindir de manera omnívima de instituir heredero a un descendiente suyo, hallárase o no bajo su patria potestad; por la libertad absoluta e ilimitada de testar consagrada por la Ley de las XII Tablas. La voluntad del testador era una ley. Le bastaba no instituir heredero al descendiente, y no era obligado a declarar expresamente que lo desheredaba, ni mucho menos a expresar las razones de su omisión.

En época posterior principió por imponerse al testador la obligación de declarar expresamente que desheredaba al descendiente bajo su patria potestad, no instituido, so pena de invalidación del testamento. Pero todavía no era obligado a expresar los motivos de su determinación, y su voluntad expresa, aun sin justa causa, hacía efectivo el desheredamiento. Solo más tarde vino a establecerse una seria y sustantiva limitación a la soberanía de la voluntad del testador, instituyéndose que no se podía desheredar sin justo motivo a un descendiente. Dicha institución restrictiva de la libertad de testar evolucionó progresivamente hasta culminar en el derecho de Justiniano en que se sentaron las bases definitivas relacionadas ya con la institución de los legitimarios.

CAPÍTULO IV

Legados

1. DEFINICIÓN

Se llamaba legado una disposición de última voluntad, por la cual se dejaba a una persona alguna cosa o se le concedía cualquier beneficio económico en el patrimonio herencial:

“Legado es lo que a manera de ley, esto es imperativamente, se deja en testamento”.

“*Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*” (Ulpiano, D. 24, 1).

El legado podía ser hecho en testamento o en *codicilo*.

Entendíase por *codicilo* el acto de última voluntad que, sin reunir los requisitos esenciales del testamento, contenía disposiciones para después de la muerte, que no fueran institución o sustitución de herederos o desheredamientos.

El legado implicaba una carga para la herencia y su satisfacción correspondía a los herederos en general o a determinado heredero a quien el causante imponía su cumplimiento.

“El legado es una sustracción de la herencia, en la cual el testador ha querido que algo sea asignado a alguien, tomándolo de lo que corresponde al heredero”.

“*Legatum est delibatio hereditatis, qua testatur ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*” (Florencio, D. 30, 116).

Si el causante no imponía este a determinado heredero, se entendía a cargo de todos. Según fueran los efectos inmediatos del legado una vez muerto el causante, se dividían en dos clases: legado *per vindicationem* y legado *per damnationem*.

Por el legado *per vindicationem* se atribuía de manera directa al legatario la propiedad de la cosa para después de la muerte del causante. Se encabezaba con los vocablos *do, lego*, u otro semejante que indicara atribución directa de la propiedad. De suerte que llegado el momento de adquirir el legado, el legatario quedaba dueño de la cosa por la propia virtud de la asignación que llegaba a conferirle así un derecho en la cosa (*in re*) y no un derecho personal (*ius ad rem*) contra el heredero o los herederos. Si estos pretendían desconocer el legado, podía el legatario ejercitar contra ellos la *reivindicatio* o acción reivindicatoria, para hacer valer el derecho de dominio sobre la cosa legada.

Por el legado *per damnationem* no se atribuía de manera directa la propiedad de la cosa al legatario, sino que se ordenaba al heredero o a los herederos traspasar esa propiedad al legatario. Se encabezaba generalmente con esta fórmula: *heres meus damnas esto dare*.

Implicaba, pues, una obligación personal a cargo de los herederos o de un heredero determinado, y no confería al legatario sino un derecho *ad rem* contra el heredero o los herederos gravados. Antes de la entrega del legado el legatario no era propietario y solo tenía una acción personal contra el heredero o los herederos, para hacerse dar la propiedad de la cosa legada.

2. ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS

Como toda disposición por causa de muerte, el legado no podía en ningún caso ser adquirido antes de la muerte del causante; pero después de esa muerte se distinguían dos situaciones distintas en el proceso de la adquisición del legado: la del *dies cedit* y la del *dies venit*. El *dies cedit* significaba el día en que principiaba para el legatario la posibilidad de la adquisición:

“Llegar el día significa que se ha cumplido el plazo en el cual puede pedirse el dinero (legado)”.

“*Venire diem significat, eum diem venisse in quo pecunia petit possit*” (Ulpiano, fr. 213).

Generalmente tenía lugar a la muerte del causante, salvo que el legado hubiese sido hecho bajo condición suspensiva, pues entonces el *dies cedit* no llegaba sino cuando se cumpliera la condición. En esta situación el derecho al legado era ya transmisible a los herederos del legatario.

El *dies venit* era el día en que se consolidaba la adquisición del derecho al legado. Este día no podía llegar sino una vez adquirida la herencia por el heredero o por los herederos sobre quienes pesaba el legado, porque solo a partir de ese día se conocían las personas que debían cumplirlo.

La adquisición del legado a la llegada del *dies venit* se operaba de pleno derecho sin que fuera necesario un acto de aceptación expresa o tácita por el legatario. Pero muy bien podía rehusar libremente la adquisición renunciando al legado.

3. LIMITACIÓN DE LOS LEGADOS. LEY FALCIDIA

La Ley de las XII Tablas, con su régimen de libertad absoluta de testar, no ponía límite alguno a la institución de los legados en cuanto a su cuantía en relación con los bienes de la herencia. De suerte que podía el testador agotar en legados todo su patrimonio y no dejar nada al heredero. Como aquello no era equitativo ni lógico, vino la Ley Falcidia, después de otras de igual finalidad, pero ineficaces, a poner una seria y eficaz limitación a los legados, en beneficio del heredero. Según esta ley, los legados no podían pasar de las tres cuartas partes de la herencia; de suerte que si pasaban de ese límite debían ser reducidos proporcionalmente hasta dejar libre la cuarta parte o cuarta falcidia para el heredero.

El legado podía ser nulo *ab initio* (desde su origen) o llegar a invalidarse por causas posteriores. La nulidad *ab initio* se perpetuaba según la siguiente regla formulada por Catón: “Un legado que hubiera sido nulo si el testador hubiese muerto inmediatamente después de haberlo ordenado, debe continuar siendo nulo cualquiera que sea la época del fallecimiento de aquel”.

Un legado válido en su origen podía invalidarse posteriormente por *ademptio*, *traslato* o *extinctio*.

a) *Ademptio*. Era la revocación del legado por quien lo había hecho. Como disposición emanada de una voluntad libre, era esencialmente revocable.

b) *Traslato*. Era la transformación de un legado en otro distinto por voluntad de su autor. El cambio podía tener lugar en cuanto al objeto, en cuanto al heredero que debía cumplirlo, o en cuanto a las modalidades que lo afectaran.

c) *Extinctio*. Era la extinción del legado por causas ajenas a la voluntad de su autor, como la pérdida de la *factio testamenti*, la falta de heredero gravado sin que otro lo reemplazara, la muerte del legatario antes de la muerte del causante, el no cumplimiento de la condición de que dependía la adquisición del legado, la pérdida de la cosa legada por caso fortuito, la invalidación del testamento en que se hubiese hecho el legado, etc.

4. ACRECIIMIENTO ENTRE COLEGATARIOS

De la misma manera que entre coherederos el derecho de acrecer tenía lugar entre colegatarios, esto es, entre varios legatarios de una misma cosa, tal como se consagra en nuestro Código Civil⁽⁴⁾. Así, si estando legada una misma cosa a dos personas, falta una de ellas sin que haya quien ocupe su lugar, su porción se suma a la del legatario restante, quien en este caso se aprovecha del todo. De igual manera sucedía en el legado de una misma cosa a más de dos personas: la falta absoluta de una de ellas producía el acrecimiento de su cuota a favor de las otras.

5. FIDEICOMISOS SINGULARES

El fideicomiso singular era una disposición de última voluntad por la cual se encargaba a quien recibía algo de la herencia como heredero, lega-

tario o a otro título cualquiera, de traspasar a favor de otra persona la propiedad de una cosa singular o de pagarle una cantidad determinada de dinero.

El fideicomiso era, por tanto, muy semejante al legado, pero se diferenciaba, sin embargo, de este:

a) En que el legado no podía ser impuesto sino a un heredero testamentario, al paso que el fideicomiso podía ser impuesto a un heredero testamentario o legítimo, a un legatario y, en general, a todo el que recibiera algo de la herencia, y

b) En que el legado solo podía dejarse en testamento o en *codicilo*, al paso que el fideicomiso podía imponerse de cualquier modo, aun verbalmente, sin formalidad externa alguna.

Legados y fideicomisos singulares llegaron, no obstante aquellas diferencias, a asimilarse completamente bajo el derecho de Justiniano, para el efecto de someterlo a un mismo régimen legal.

6. FIDEICOMISOS UNIVERSALES O DE HERENCIA

El fideicomiso universal o de herencia era la disposición de última voluntad, por la cual se dejaba a una persona una herencia o una cuota de ella con cargo de traspasarla a otra persona el día prefijado por el fideicomitente. En el fideicomiso universal concurrían los siguientes elementos:

1º El fideicomitente o persona que lo constituía;

2º El heredero fiduciario, o sea el heredero que debía traspasar la herencia a la cuota respectiva de ella;

3º El fideicomisario o persona a cuyo favor debía traspasarse la herencia o la cuota respectiva, y

4º El objeto, o sea la herencia o la cuota de ella que debía ser traspasada.

(4) C.C., art. 1206.

7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

El fiduciario era tratado como heredero mientras no se efectuara el traspaso. Estaba sujeto, sin embargo, a necesarias limitaciones en interés del fideicomisario. Tenía derecho a los frutos de la masa hereditaria, al reembolso de los gastos útiles que redundaran en provecho del fideicomisario y al relevo de las deudas contraídas en interés del fideicomisario. Pero pesaban a su cargo la obligación de conservar el patrimonio herencial y la de transferirlo en la debida oportunidad al fideicomisario. Consecuencia de ello era que no podía enajenar los bienes, salvo las enajenaciones que hubiera autorizado el fideicomitente o aquellas que fueran indispensables para pagar deudas hereditarias.

8. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

A la muerte del fideicomitente adquiría por regla general el fideicomisario un derecho *ad rem* (derecho personal) con respecto al fiduciario, cuyo objeto era la herencia o la respectiva cuota. Pero no podía hacer efectivo tal derecho sino llegado el día prefijado para la transferencia. Efectuada esta, el fideicomisario adquiría el *ius in re*, esto es, el derecho real sobre la herencia o la cuota objeto del fideicomiso.

Si el fiduciario no quería aceptar la herencia, el fideicomisario podía obligarlo a ello; pero en tal caso todos los efectos de la aceptación se fijaban en cabeza del fideicomisario, como si este solo fuera heredero. El fiduciario no podía entonces recoger nada, pero tampoco respondía de nada. Aceptaba únicamente para que el fideicomisario recogiera la herencia o la respectiva cuota con todos sus beneficios y cargas.

9. LIMITACIÓN DEL FIDEICOMISO EN BENEFICIO DEL FIDUCIARIO

En un principio podía el fideicomitente ordenar el traspaso de toda la herencia al fideicomisario, y la disposición tenía que cumplirse. Pero últimamente el Senadoconsulto Pegasiano estableció que la transferencia no podía ir más allá de las tres cuartas partes de la herencia o de la respecti-

va cuota objeto del fideicomiso, reservándose la cuarta parte para el fiduciario. De esta manera, aun habiéndose traspasado dicho límite, no valía el fideicomiso sino hasta las tres cuartas partes, quedando la cuarta parte restante en propiedad de manera definitiva para el fiduciario. A dicha cuarta parte se le llamó cuarta *pegasiana*.

10. OTRAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR. CUARTA LEGITIMARIA. QUERELLA "INOFFICIOSI TESTAMENTI"

Hemos visto que bajo el sistema de las Doce Tablas imperaba el régimen absoluto de testar, pero con posterioridad sobrevinieron limitaciones a ella, como la del desheredamiento motivado, la cuarta falcidía y la cuarta pegasiana. Hacia fines de la República se estableció otra limitación sustancial y de trascendencia universal. El testador debía dejar obligatoriamente una parte de la herencia a sus parientes más próximos: descendientes, ascendientes y hermanos, en el orden de la sucesión *ab intestato*. Si los excluía injustamente, el testamento se hacía *inofficiosum* y daba lugar a una acción llamada querella *inofficiosi testamenti* a favor de quienes habían sido injustamente excluidos. Dicha acción se encaminaba a invalidar el testamento *inofficiosum*, a fin de que se abriera la sucesión *ab intestato* y los excluidos pudieran recoger en ella lo que por ley les correspondía.

Aquellos parientes con derecho propio e inviolable a una parte de la herencia del testador han sido llamados legitimarios. La porción que por este derecho les correspondía vino a ser en definitiva la cuarta parte de la herencia. Por eso se ha llamado cuarta legítima o legitimaria.

La cuarta legítima correspondía a aquel o aquellos de los parientes mencionados que a la muerte del testador estuvieran en el orden de preferencia de los herederos *ab intestato*.

CAPÍTULO V

Sucesión “*ab intestato*” o legítima

1. SU EVOLUCIÓN

Tenía lugar esta sucesión, en el derecho romano, cuando no había testamento, o si lo había resultaba inválido, o no tenía efectos porque no se podía o no se quería suceder.

“Muere intestado quien de manera alguna no hizo testamento; o lo hizo injusto, o cuando habiéndolo hecho se ha convertido en roto o irrito, o cuando nadie resulta heredero”.

“*Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit, aut id, quod facerat, ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit*” (Inst., 3, 1, 7, 8).

La sucesión intestada fue regida en el derecho romano por cinco estatutos jurídicos distintos y sucesivos, a saber:

- 1º La ley decenviral o de las Doce Tablas;
- 2º El sistema pretoriano o de la *bonorum possessio*;
- 3º Las reformas introducidas por los senadoconsultos orficiano y tertuliano, y
- 4º Las Novelas de Justiniano, números 118 y 127.

2. SISTEMA DE LA LEY DECENVIRAL

Dos rasgos característicos distinguían este primer sistema:

a) La preferencia de la familia civil sobre los parientes consanguíneos, y

b) La sucesión por clases, excluyéndose unas a otras en el orden en que eran llamadas a recoger la herencia del difunto. En este sistema había tres clases de herederos *ab intestato*:

1^a La de los *sui heredes*, o sea los descendientes legítimos bajo la patria potestad del causante al tiempo de morir. Entre estos descendientes estaban la mujer *in manu*, el hijo adoptivo y el hijo póstumo, que es el concebido y no nacido en el momento de morir el causante. La sucesión de esta clase podía tener lugar *in capita* o *in stirpes*. Tenía lugar *in capita* cuando concurrían varios descendientes de un mismo grado a recoger la herencia. Tenía lugar *in stirpes* cuando había muerto un descendiente antes del causante, habiendo dejado a su vez descendientes. El conjunto de estos descendientes iba a ocupar el lugar del premuerto y recibían como si hubieran sido una sola persona, la cuota que a este último hubiera correspondido, para repartírsela por partes iguales. Es el origen del fenómeno jurídico conocido en las legislaciones modernas con el nombre de representación o sucesión por estírpes.

2^a La de los agnados del difunto de grado más próximo.

3^a La de los gentiles.

3. SISTEMA PRETORIANO

a) *Bonorum possessio*. No es bien conocido el origen de la institución romana llamada *bonorum possessio*. Pero prevalece entre los expo- sitores la tesis de que en un principio la *bonorum possessio* no fue sino la situación jurídica provisional en que el pretor colocaba a uno de los contendores sobre el derecho a una herencia. El pretor decidía previamente cuál de los dos contendores debía considerarse durante el litigio como posee-

dor de la herencia, y se decía entonces que le daba la *bonorum possessio*. Era, por tanto, una situación provisional y precaria de carácter procesal. La evolución jurídica del derecho pretoriano extendió el campo de aplicación de aquel estatuto procesal, llegando a reconocerse la *bonorum possessio* como una situación jurídica definitiva frente a una sucesión testada o intestada. Si en la sucesión testada se daba la *bonorum possessio* de conformidad con las disposiciones del testador, se llamaba *bonorum possessio secundum tabulas*. Si se concedía contra las disposiciones testamentarias, por ejemplo, a favor de un heredero injustamente excluido por el testador, se denominaba *bonorum possessio contra tabulas*.

En la sucesión intestada la *bonorum possessio* llegó a constituir un verdadero sistema de sucesión instituido por el derecho pretoriano. Se define diciendo que es una sucesión pretoriana en el conjunto del patrimonio del difunto. Para gozar de la *bonorum possessio* intestada era necesario que se pidiera por el respectivo o los respectivos beneficiarios. Pero el poseedor de los bienes no era en rigor un heredero según el derecho civil. Sin embargo, se le asimilaba completamente a este, diciendo que era *loco herede*, es decir, ocupaba el lugar del heredero teniendo por asimilación de calidades todas las prerrogativas de este último.

La *bonorum possessio* podía concederse *cum re* o *sine re*. Se concedía *cum re* cuando no quedaba expuesta a ser desconocida por un heredero preferencial del derecho civil, esto es, cuando era una situación jurídica definitiva. Se concedía *sine re* cuando tenía carácter precario, por quedar expuesta al derecho preferencial de un heredero según el derecho civil. La *bonorum possessio* intestada no daba lugar a la adquisición de la propiedad quiraria o de derecho civil. El poseedor de los bienes no adquiría por ese medio sino la propiedad *in bonis* o *bonitaria* sobre los bienes de la sucesión que le fueran adjudicados.

b) ¿A quién se concedía la *bonorum possessio* intestada? El pretor estableció al efecto cuatro clases de sucesiones, a saber:

1^a *Unde liberi*. La de los hijos legítimos, entre los cuales se contaba el adoptado, ya estuvieran bajo la patria potestad del causante en el momento de la muerte, o ya hubieran sido emancipados. Se reconoció, por tanto, el derecho de sucesión de los hijos sobre la base de los vínculos

de sangre y con independencia del vínculo civil puramente. La *bonorum possessio* así concedida al hijo del causante se llamaba *unde liberi*. Mas como podía suceder que el hijo emancipado tuviera un patrimonio propio adquirido durante la emancipación, al paso que las adquisiciones del hijo bajo patria potestad del causante habían enriquecido el patrimonio herencial, se creó la institución llamada *collatio bonorum*, la que tenía por fin que el hijo emancipado llamado a suceder por la *bonorum possessio* llevara al patrimonio de la sucesión lo que hubiera adquirido siendo emancipado.

En este orden de sucesión igualmente tenía lugar la sucesión *in capita* o *in stirpes*, de que ya hemos hablado, y también podía ser contado entre los hijos el concebido antes de la muerte del causante y nacido después (hijo póstumo).

2º *Unde legitimi*. A falta de hijos, se concedía la *bonorum possessio* a los herederos legítimos, según el sistema de la ley decenviral y en el orden preferencial de clases que ella establecía.

3º *Unde cognati*. A falta de herederos legítimos según la ley decenviral, se llamaba a la *bonorum possessio* a los parientes por sangre, o sea a los cognados, hasta el sexto grado. Sucedían por cabezas (*in capita*) excluyendo los más próximos a los más remotos. No tenía lugar la sucesión *in stirpes* en caso de un cognado premuerto. Los hijos legítimos podían suceder a la madre y a los parientes maternos.

4º *Unde vir et uxor*. A falta de todos los parientes anteriores, era llamado a la *bonorum possessio* el cónyuge sobreviviente no divorciado.

4. SENADOCONSULTO ORFICIANO

Según la ley decenviral, los hijos no eran llamados a la sucesión de la madre, a menos que esta se encontrara *in manu mariti*, pues entonces se consideraban la madre y los hijos como hermanos, y los hijos heredaban en calidad de hermanos en la clase que les correspondía. Según el sistema pretoriano, los hijos no eran llamados a la sucesión de la madre, sino como cognados, esto es, en la tercera clase. El Senadoconsulto Orficiano

del tiempo de Marco Aurelio llamó a los hijos a la sucesión de la madre, de preferencia a todos los cognados, y asimismo llamó a los nietos a la herencia de la abuela cuando no había hijos.

5. SENADOCONSULTO TERTULIANO

Según la ley decenviral la madre no era llamada a la sucesión del hijo, a menos que estuviera *in manu mariti*, caso en el cual sucedía como hermana del hijo muerto. Según el sistema pretoriano, la madre no era llamada a la *bonorum possessio* sino en el orden de los cognados, que era el tercero. El Senadoconsulto Tertuliano estableció que la madre heredara a los hijos, con tal de que estos no hubieran dejado hijos ni padre ni hermanos consanguíneos.

6. CONSTITUCIONES IMPERIALES

Algunas constituciones imperiales introdujeron nuevas modificaciones a los sistemas anteriores en beneficio de los cognados, los cuales fueron asimilándose cada vez más a los agnados, para los efectos de la sucesión intestada, en especial los descendientes, los padres, los hermanos de ambos sexos y los sobrinos, hasta llegar al sistema implantado por las Novelas 118 y 127 de Justiniano.

7. SISTEMA DE LAS NOVELAS 118 Y 127 DE JUSTINIANO

Se proclamó en estos estatutos el sistema absoluto de que a la sucesión intestada debían ser llamados los parientes consanguíneos del difunto sin consideración alguna al vínculo civil de agnación. Se establecieron al efecto cuatro órdenes o clases de herederos, a saber:

1º Los descendientes de cualquier sexo o grado, ya estuvieran o no bajo patria potestad al morir el causante. La sucesión podía ser *in capita* o *in stirpes*;

2º A falta de descendientes eran llamados los ascendientes, los hermanos bilaterales de ambos性os y los descendientes de estos en primer

grado, en lugar de su padre o de su madre premuertos, sucediendo en estos casos por estirpes;

3º A falta de las dos anteriores órdenes, eran llamados los hermanos o hermanas unilaterales, o sus descendientes en primer grado, en lugar de su padre o madre premuertos, y

4º A falta de las clases anteriores eran llamados los demás colaterales según la proximidad de grado, excluyendo los más próximos a los más remotos.

A falta de todos los parientes del difunto llamados a sucederle, el cónyuge no divorciado podía pedir la *bonorum possessio unde vir et uxor*.

A la viuda pobre se le concedía el derecho de reclamar una parte de la herencia en concurrencia con parientes del difunto. Concurriendo con cuatro o más descendientes, recibía una porción igual a la de cada uno de estos (*porción viril*). Concurriendo con número menor de descendientes o con otros parientes, recibía la cuarta parte de la herencia (*porción uxoril*). A falta de todo pariente y de cónyuge sobreviviente, la herencia podía pasar a las corporaciones a que había pertenecido el difunto, y en último lugar al fisco.

ANEXO⁽¹⁾

Textos y voces del derecho romano

Con este título la Universidad Externado de Colombia publicó en 1982 el trabajo realizado por Carlos Medellín Forero pensado en el fácil manejo de estudiantes, jueces, profesores y abogados. Desde la decimocuarta edición de estas *Lecciones*, los textos fueron incorporados selectivamente a manera de interpolaciones en cada uno de los capítulos, en cuanto que las voces formaron parte del anexo.

En esta edición los textos siguen interpolados en cada capítulo, las voces (ampliadas) están en el anexo y ahora se presentan reagrupadas algunas reglas de derecho (*regulae iuris*) que hemos considerado oportunas y valiosas para quienes fueron originalmente compiladas.

Estos textos y estas voces del derecho romano no deben asumirse como definiciones dogmáticas y absolutas alrededor del derecho como piensan algunos. No son principios absolutos e inmodificables. Son las voces del pasado que, como lo dice Biondi, "la historia del lenguaje romano repite idealmente la que se encuentra en cualquier ciencia: partiendo del lenguaje común, que refleja el empirismo, llega al tecnicismo propio de todo conocimiento científico. Del tronco del vocabulario común derivan tantos vocabularios como ciencias existen. Este proceso de conversión al

(1) Para la elaboración de este anexo se han consultado las siguientes obras: *El Digesto y las instituciones de Justiniano; Instituciones de Gayo; Textos y voces del derecho romano*, Carlos Medellín; *Definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*, Juan Iglesias Redondo; *Los principios generales de derecho*, Jaime Mans Puigarnau; *Diccionario e expresiones y frases latinas*, Víctor José Herrero Llorente; *Regulae iuris*, L de Mauri; *Diccionario de derecho romano*, Faustino Gutiérrez; *Diccionario de la lengua latina*, Luis Macchi.

tecnicismo, que en otras ciencias ha ocurrido en tiempos más bien recientes, en el campo del derecho se verificó muy pronto y en el mundo romano, precisamente porque fue en él donde el conocimiento jurídico se elevó *ab antiquo* a la dignidad de ciencia”⁽²⁾.

VOCES

A

AB INTESTATO

Sin testamento. Se refiere a la sucesión mortis causa.

AB ORIGINE

Desde el origen.

AB URBE CONDITA

Desde la fundación de la ciudad.

ABDICATIO TUTELAE

Declaración solemne de no querer ejercer la tutela.

ACCESIO

Accesión.

ACCEPTILATIO

Aceptilación; figura destinada a extinguir una obligación.

ACCESSIO CREDIT PRINCIPALI

Lo accesorio sigue a lo principal.

ACCESSIO POSSESSIONUM

Unión de posesiones.

ACCIDENTALIA NEGOTIA

Estipulaciones de las partes.

A FORTIORI

Por fuerza, con mayor razón.

A MOMENTO AD MOMENTUM

De momento a momento. Computación natural del tiempo para efectos jurídicos, apreciando el momento de iniciación y el último o final con exacta precisión (*computatio naturalis*).

A POSTERIORI

Posteriormente, después de.

A PRIORI

Previamente; antes de, sin experiencia ni comprobación.

A quo

(Juez *a quo*) juez de quien se apela.

AB ABSURDO

Por lo absurdo.

AB INITIO

Desde su origen.

(2) Biondi, Biondo, *Arte y ciencia del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona 1953, p. 118.

ACCIPIENS	ACTIO DOLI	El adquirente (quien recibe), a quien se hacía la tradición.	del fallo aun contra la persona misma del deudor (como en la <i>manus iniection</i>).	ACTIO QUOD METUS CAUSA
ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS	ACTIO EMPTI	Acción del deudor contra el acreedor por el dolo de éste.	Acción del deudor víctima de la violencia del acreedor en la celebración del contrato.	ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS
Acción pública extraordinaria para obtener la remoción del tutor por malversación del patrimonio del pupilo.	ACTIO EX STIPULATU	Acción del comprador (<i>emptor</i>) contra el vendedor.	Acción penal ocasionada por la mala administración de los bienes del incapaz.	ACTIO SACRAMENTI
ACTIO	ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE	Acción del comprador para hacer efectivas las obligaciones del vendedor en caso de evicción o de vicios ocultos.	(Del procedimiento común). Cada una de las partes debía depositar en el inicio del proceso una cantidad de dinero, <i>sacramentum</i> , que ganaba el vencedor.	ACTIO SERVIANA
ACTIO AD EXHIBENDUM	ACTIO HEREDITATIS PETITIO	Acción del mutuante contra el mutuario si las cosas habían sido consumidas de buena fe.	Acción del deudor para hacerse a la posesión de las cosas gravadas en caso de no pago.	ACTIO TUTELAE CONTRARIA
Acción del comprador contra el vendedor por evicción.	ACTIO IN PERSONAM	Acción del comprador contra el vendedor.	Acción del tutor contra el pupilo.	ACTIO TUTELAE DIRECTA
ACTIO AUCTORITATIS	ACTIO IN REM	Acción del comprador contra el vendedor.	Acción del pupilo contra el tutor.	ACTIO UT POENAM ET REM
Acción del comprador contra el vendedor por evicción.	ACTIO IN REM VERSU	Acción del titular del derecho real contra toda persona que pusiera obstáculos a su ejercicio.	Acción cuyo objeto era la imposición de la pena y el resarcimiento del daño.	ACTIO VENDITI (o EX VENDITO)
ACTIO COMMODATI CONTRARIA	ACTIO IUDICATI	Acción para obtener el reembolso de lo adquirido mediante enriquecimiento injusto.	Acción contra el comprador para forzarlo al pago del precio.	ACTIONES EX DELICTO
Acción del comodatario contra el comodante.	Vía de ejecución de la sentencia en firme. Se buscaba el cumplimiento	O hipotecaria, del acreedor para adquirir un derecho real sobre las cosas gravadas en caso de no pago.	Acciones provenientes de un delito.	
ACTIO COMMODATI DIRECTA				
Acción del comodante contra el comodatario.				
ACTIO COMMUNI DIVIDENDO				
Acción de división de bienes comunes.				
ACTIO CONDUCTI				
Acción contra el arrendador (<i>locator</i>).				
ACTIO CONSUMITUR				
Consunción procesal de la acción que la hacía irrepetible.				

AD ABSURDUM

Hacia lo absurdo.

AD CERTAM CAUSAM

Para cierta causa, como cuando se nombraba un curador especial.

AD CONDITIONEM

Para o hasta la condición. Dícese, v. gr., de las obligaciones bajo condición resolutoria.

AD DIEM

Hasta el día; expresión utilizada para indicar el término extintivo (*dies ad quem*), día hasta el cual.

AD DIES NUMERARE

Contar por días. El tiempo civil se tenía por completo desde el momento en que había principiado el último día del plazo (*computatio civilis*).

AD HOC

Para un caso determinado; para este caso.

AD HONOREM

Por el honor.

AD INTERIN

Provisionalmente.

AD LIBITUM

A libertad.

AD LITEM

Para la litis, para el proceso.

AD PERSONAM

A la persona; a una determinada persona; personal.

AD PROBATIONEM

Para la prueba; para probar. Se dice de lo que se utilizaba para fines probatorios.

AD QUEM

(Juez *ad quem*) ante quien se apela.

AD SOLEMNITATEM

Para la solemnidad; se alude a ésta como requisito especial de ciertos contratos.

AD SUBSTANTIAM ACTUS

Para la esencia del acto. V. *Ad solemnitatem*.

AD SUMMUM

A lo sumo.

AD SUPRA

Se utiliza para significar "más arriba" o "antes" en las decisiones judiciales. Sin embargo lo correcto es "*ut supra dictum est*".

ADDICERE

Facultad del magistrado de reconocer un derecho.

ADDICTIO IN DIEM

Pacto accesorio para deshacer el contrato de compraventa si dentro de cierto tiempo alguien ofrecía mejor precio.

ADEMPTIO

Revocación de un legado.

ADIECTUS SOLUTIONIS GRATIA

Adjunto para efectos del pago.

ADIRE HEREDITATEM

Aceptar la herencia.

ADIUDICATIO

Adjudicación; poder del juez de atribuir la propiedad de determinadas cosas a las partes en un proceso.

ADMINICULA

Partes de un contrato que se pueden agregar o suprimir sin afectar su validez; v.gr., la obligación de dar fiador.

ADOPTIO

Adopción.

ADPROMISSIO

Unión de un deudor a otro en la misma obligación; toda promesa destinada a constituir una deuda personal accesoria.

ADROGATIO

Adopción de un *sui iuris*.

ADSTIPULATIO

Estipulación destinada a crear acreencias accesorias. V. *Animus contrahendae societatis*.

ADSTIPULATOR

Acreedor accesorio constituido mediante la *adstipulatio*.

ADULTERIUM

Adulterio.

AERARIUM

Erario; el tesoro del Estado. V. *Fiscus*.

AEQUITAS

Equidad; adecuación del derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales que están en la conciencia colectiva.

AEQUITAS SEQUITUR LEGEM

El derecho sigue a la equidad.

AEQUUS

Equitativo, ajustado a la equidad.

AESTIMATIO PECUNIA

Estimación en dinero.

AFFECTIO MARITALIS

Intención matrimonial.

AFFECTIO SOCIETATIS

Intención de asociarse; confianza mutua que debe haber entre los socios. V. *Animus contrahendae societatis*.

AFFECTIO ANIMUS TENENDI

Intención de tener.

AGER PUBLICUS

Tierra propiedad del Estado.

ÁGERIUS

Nombre ficticio del demandante (*de agere*, accionar, usar la acción).

AGNATIO

Parentesco civil de agnación.

ALBUM IUDICIJUM

Lista de jueces posibles para escoger en cada proceso.

ALEA

Riesgo, suerte, incertidumbre.

ALIA CAUSA EST

Que tiene distinta causa.

ALIENI IURIS

Persona sujeta a potestad; lo contrario de *sui iuris*.

ALIQUI NOVI

Elemento nuevo.

ALIQUID SUFFICIENS NE EGEAT

Tener lo suficiente para subsistir (se refiere al deudor condenado).

ALIQUO DATO, ALIQUO RETENTO

Algo dado, algo retenido; expresión relativa a la transacción (*transactio*).

AMICUS CURIAE

Intervención procesal de un tercero ajeno a la causa, con interés justificado en la decisión final y que aporta opiniones trascendentales para la investigación.

ANALOGIA IURIS

Analogía jurídica.

ANALOGIA LEGIS

Analogía de la ley; interpretación analógica.

ANIMO DOMINANTIS POSSIDERE

Poseer con ánimo de dueño.

ANIMO SUO, CORPORE AUTEM ALIENO

Con ánimo suyo, pero con objeto en manos de otro; refiérese a la posibilidad de poseer cuando se tiene la intención aunque el objeto esté en otras manos pero por cuenta nuestra.

ANIMUS CONTRAHENDAE SOCIETATIS

(*Affectio societatis*)

Intención de constituir sociedad.

ANIMUS DOMINI

Ánimo o intención de dueño; elemento subjetivo de la posesión.

ANIMUS IUS SIBI HABENDI

Intención de tener un derecho para sí.

ANIMUS NOVANDI

Intención de novar.

ANIMUS POSSIDENDI

Intención de posser.

ANIMUS STIPULANDI

Intención de estipular (voluntad).

APPELLATIO

Apelación; recurso contra la sentencia para solicitar la intervención, *intercessio*, de los magistrados superiores a fin de corregir las violaciones del derecho en los fallos.

ARBITER

Árbitro; tenía poder de conciliación.

ARBIRUM ARBITRI

Decisión del árbitro.

ARGENTARI

Banqueros.

ARRHA

Arras; cierta cantidad de dinero que una de las partes daba a la otra en

señal de quedar concluida una convención (*arrha confirmatoria*).

AUCTIO

Venta pública (pública subasta).

AUCTORITAS INTERPOSITIO

Interposición de la autoridad del tutor.

AUCTORITAS PATRIS

Autoridad del *pater familias*.

AUCTORITAS PATRUM

Autoridad de los padres con la que el senado romano decidía sobre la validez de los acuerdos tomados en los comitía (asambleas populares).

AUCTORITAS TUTORIS

Autoridad del tutor; se requería para que los menores *maior infancia* pudieran celebrar ciertos contratos.

AUDI ALTERAM PARTEM

Escucha a la otra parte.

AVUNCULUS

Tío materno.

B**BENEFICIUM ABSTINENDI**

Beneficio de abstenerse de toda gestión de heredero.

BENEFICIUM COMPETENTIAE

Beneficio de competencia (límites del acreedor en relación con el deudor).

BENEFICIUM DIVISIONES

Beneficio de división.

BENEFICIUM EXCLUSIONIS

Beneficio de exclusión.

BENEFICIUM INVENTARII

Beneficio de inventario.

BENEFICIUM SEPARATIONIS BONORUM

Beneficio para los terceros acreedores del causante a fin de que no se confundieran los bienes de la herencia con los del heredero.

BIS DE EADEM RE AGI NON POTEST

No se puede accionar dos veces acerca de la misma cosa.

BONA

Bienes.

BONAE FIDES

De buena fe.

BONA FIDEI NEGOTIA

Buena fe en la ejecución del negocio.

BONA FIDEI POSSESSIO

Posesión de buena fe.

BONA VI RAPTA

Robo acompañado de violencia.

BONORUM DISTRACTIO

Una vía de ejecución del fallo: se sacaban a la venta determinados bienes del deudor condenado para pagar el objeto de la condena.

BONORUM EMPTOR

Comprador de la masa de bienes del deudor.

BONORUM POSSESSIO

Posesión de los bienes; situación jurídica provisional de carácter procesal en que se colocaba a uno de los contendores sobre el derecho a una herencia. Secundum tabulas, si se concedía contra las estipulaciones testamentarias.

Unde liberi, la que se concedía al hijo del causante.

Unde legitimi, la que se concedía a los herederos legítimos a falta de hijos.

Unde cognati, la que se concedía a los cognados hasta el sexto grado.

Unde vir et uxor, la que se concedía al cónyuge sobreviviente no divorciado, a falta de parientes.

BONORUM VENDITIO

Una vía de ejecución del fallo: se sacaba a la venta el patrimonio en

masa del deudor para pagar el objeto de la condena.

C**CADAVER**

Cadáver (*carne da vermis*), carne dada a los gusanos.

CALUMNIATOR

Calumniador.

CANON

Canon, renta; regla, ley.

CAPAX DOLI

Capacidad para conocer que se comete un acto doloso.

CAPERE

Adquirir.

CAPITATIO

Capitación.

CAPITE MINUTUS

Denominación para designar a quien caía en *capitis deminutio*.

CAPITIS DEMINUTIO

Fenómeno consistente en la pérdida de la libertad, o de la ciudadanía, o en una transformación de la personalidad civil. Podía ser:

Máxima: pérdida completa de la personalidad civil.

Media: desmejora de la condición jurídica y social; por lo general desaparecían los derechos y situaciones inherentes a la ciudadanía.

Mínima: implicaba una transformación del estado civil en el orden familiar.

CAPUT

Cabeza.

CARITAS

Caridad.

CASUS FORTUITUS

Caso fortuito. Se le distinguía de la *vis maior*.

CAUSA COGNITA

Conocimiento previo de los hechos en un proceso.

CAUSA OBLIGATIONIS

La causa de la obligación.

CAUSA PETENDI

Razón o fundamento de la pretensión en un proceso.

CAUTIO

Constancia escrita de una *stipulatio, instrumentum*; caución.

CAUTIO DAMNI INFECTI	CIRCA IPSAM REM	COEMPTIO	COMMENDATIO
Caución para garantizar contra un daño aún no causado pero que es inminente.	Equivalente pecuniario.	Procedimiento para constituir la <i>manus</i> .	Recomendación.
CAUTIO LEGATORUM	CIVES	COGNADO	COMMERCIUM
Caución para exigir seguridad del heredero en cuanto a su cumplimiento.	Ciudadano.	Cognación, parentesco de sangre.	Facultad de adquirir y transmitir la propiedad por los medios del derecho civil.
CAUTIO REM PUPILI SALVAM FORE	CIVITAS	COGNITA CAUSA	COMMODATUM
Caución previa del tutor para garantizar el buen desempeño del cargo con relación a los bienes del pupilo.	La ciudad de Roma como Ciudad-Estado.	Hecho a sabiendas.	Comodato, préstamo gratuito. Procede de <i>commodum</i> , servicio, provecho, beneficio; <i>commodare</i> , dar en servicio.
CEDENDARUM ACTIONUM	CLAM	COGNITOR	COMPlices
Beneficio de cesión de acciones.	A escondidas.	Apoderado; <i>procurator</i> .	Cómplices; quienes han participado en el delito <i>ope et consilio</i> , voluntaria y materialmente.
CENTUMVIRI	CLIENTES	COLIBERTI	COMMUNIO
Jueces en corporaciones que conocían de asuntos relativos al estado civil de las personas.	Cierto número de personas agrupadas bajo la protección del pater que es su patrón; probablemente formaron parte de la gens y tomaron el <i>nomen gentilium</i> .	Varios esclavos del mismo dueño, manumitidos.	Comunidad, participación en común, unión en común.
CESSIO ACTIONIS	COACTIO	COLLATIO BONORUM	COMPROMISSUM
Cesión de acciones.	Coacción, fuerza.	Aporte que un descendiente debía llevar a la masa común hereditaria.	Compromiso (cláusula compromisoria).
CESSIO BONORUM	COERCITIO PECUNIARIA	COLLEGIUM	CONCILLA PLEBIS
Cesión de bienes.	Penal pecuniaria.	Asociación, colegio.	Asambleas populares.
CHIROGRAPHA	CODEX	COLLUDERE	CONCUBINATUS
Escrito <i>ad probationem</i> y luego <i>ad solemnitatem</i> para ciertos contratos <i>litteris</i> . Documento como un vale.	Código; también libro privado en el que se registraban ingresos y egresos de las personas; <i>tabulae</i> .	Reunión o connivencia para engañar a alguien.	Concubinato, unión de orden inferior relativamente duradera.
CODICILLOM	COLLUSIO	COMITIA	CONDENATIO
Acto de última voluntad que, sin ser testamento, contenía disposiciones para después de la muerte.	Colusión.	Los comicios, asambleas populares.	Parte del proceso en el que el magistrado confería al juez el poder

de condenar o absolver al demandado; condena.

CONDENATIO PRO PARTE

Condena por partes; cada uno de los condenados quedaba obligado a satisfacer una parte de la obligación.

CONDICIO

Condición, hecho futuro y objetivamente incierto del cual depende la eficacia del negocio jurídico.

CONDICIO DEFICIT

No se cumple la condición.

CONDICIO EXISTIT

Se cumple la condición.

CONDICIO IMPOSSIBILIS

Condición imposible.

CONDICIO PENDET

Condición pendiente no cumplida.

CONDICIO RESOLUTORIA

Condición resolutoria.

CONDICIO SINE QUA NON

Condición necesaria para hacer algo (está mal decir "*condictio sine qua non*").

CONDICIO SUSPENSIVA

Condición suspensiva.

CONDICIO TURPIS

Condición que implica una actividad inmoral o delictiva.

CONDICTIO

Requerimiento, acción personal en obligaciones de dinero. Procede de *condicere*, requerir.

CONDICTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE

Acción del mutuante contra el mutuario en obligaciones de dinero

CONDICTIO FURTIVA

Acción del dueño de las cosas robadas contra el autor del ilícito, para recuperarlas.

CONDICTIO INDEBITI

Acción de pago de lo no debido.

CONDICTIO OB CAUSARA FINITAM

Acción del deudor contra el acreedor cuando aquel le había entregado a este un pagaré, a fin de reclamarlo una vez satisfecha la deuda.

CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM

Acción para reclamar lo entregado por causa inmoral.

CONDICTIO SINE CAUSA

Acción para invalidar un contrato por falta de causa.

CONDICTIO TRITICARIA

Acción del mutuante contra el mutuario en obligaciones de género.

CONDITIO

Cualidad, estado, índole.

CONDITIONES JURIS

Requisitos jurídicos para la validez de un negocio.

CONDUCTIO

Arrendamiento.

CONDUCTOR

El arrendatario; realizaba la *condeño* (para que se lleve la cosa).

CONFARREATIO

Forma primitiva de matrimonio que constituía la *manus*.

CONFESSIO

Confesión.

CONFESSIO IN IUDICIO

Confesión en juicio.

CONNUBIUM

Connubio, aptitud para contraer matrimonio de derecho civil (*iustae nuptiae*). V. *ius connubii*.

CONSENSUS

Consentimiento.

CONSENSOS OMNIUM

Consentimiento universal.

CONSILIIUM FRAUDIS

Intención fraudulenta por parte del deudor enajenante de causar daño a su acreedor (circunstancia para efectos de la acción pauliana); consorcio de fraude.

CONSORTIUM

Consorcio. V. *Societas omnium bonorum*.

CONSTITUTIO

Constitución.

CONSTITUTIONES IMPERIALES

Decretos del emperador. Bajo el Principado y especialmente en tiempos del Imperio absoluto fueron la fuente primaria y casi única del derecho. Técnicamente se las llamó *leges* (leyes).

CONSUETUUDO

Costumbre.

CONSULTATIO

Consulta.

CONTENTIOSA IURISDICTIO

Jurisdicción contenciosa.

CONTRA BONOS MORES

Contra las buenas costumbres.

CONTRACTUS	CONTUMACIA	CREDITOR	la pena pública –corporal o pecuniaria–.
Contrato.	Obstinación, constancia; no comparecer ante el juez.	Acreedor, sujeto activo de la obligación. V. <i>Reus stipulandi</i> .	
CONTRADICTIO	CONVENIRE	CREDITRIX	Acusar, levantar cargos.
Objeción, réplica.	Convenir, acordar.	Acreedora.	
CONTRAHERE	CONVENTIO	CREDITUM	CULPA ÁQUILLANA
Realizar.	Convención, acuerdo de voluntades.	Cosa prestada.	O extracontractual, por daño en bienes ajenos que no son objeto de obligación. Se originó en la Lex Aquilia.
<i>Contraherere Crimen</i> : cometer un delito público.			
<i>Contraherere Culparam</i> : incurrir en culpa.		CRETIO	CULPA IN CONTRAHENDO
<i>Contraherere Damnum</i> : causar daño a otro.		Declaración formal por la cual el llamado a la herencia aceptaba la condición de heredero.	Culpa derivada de la celebración de un contrato en la que se produce un daño para una parte por la negligencia de la otra.
<i>Contraherere Delictum</i> : cometer un delito.		CRIMEN PECULATUS	
<i>Contraherere Fraudem</i> : realizar un fraude.		Peculado.	CULPA IN ELIGENDO
<i>Contraherere Negotium</i> : realizar un negocio jurídico.	Con el objeto y con intención; por el hecho y por el propósito (se refiere a la posesión).		Culpa derivada de la elección de alguien.
<i>Contraherere Obligationem</i> : adquirir una obligación.		CRIMEN SUSPECTI TUTORIS	
CONTRARIO SENSU	CORPUS	Acción para remover al tutor culpable de fraude.	CULPA IN FACIENDO
Al contrario, en sentido contrario (cuando se usa en español, no se debe anteponer la preposición a).	Cuerpo, objeto, cosa; elemento material de la posesión.	CRIMEN RECEPTATORUM	Culpa en el hacer, culpa positiva.
		Delito de encubrir u ocultar a un delincuente.	
CONTRECTATIO	CORREI PROMITTENDI	CRIMEN SODALICIORUM	CULPA IN NON FACIENDO (IN OMITENDO)
Hurto.	Deudores solidarios o correales.	Concierto para delinquir.	Culpa en no hacer, culpa negativa.
CONTUBERNIUM	CORREUS	CRIMEN VIS	CULPA IN VIGILANDO
Unión sexual de hecho, no de derecho; habitación común.	Uno de los varios sujetos de la obligación solidaria; de donde el término correal.	Delito contra el normal funcionamiento del Estado.	Culpa derivada de la falta de vigilancia.
	CREDERE	CRIMINA	
	Prestar una suma de dinero.	Delitos públicos, los cuales ofendían al Estado y se castigaban con	CULPA LATA
			Negligencia grave, extraordinaria.

CULPA LEVIS IN ABSTRACTO

Culpa en abstracto. Para establecerla se tomó como modelo la diligencia del buen padre de familia.

CULPA LEVIS IN CONCRETO

Culpa leve en concreto. Se tomaba como modelo la diligencia de la persona en la administración de sus propios negocios.

CURA

Cuidado.

CURA MORUM

Tutela de las costumbres.

CURATOR VENTRIS

Curador del que habrá de nacer (*nasciturus*), nombrado por el magistrado a petición de la madre para salvaguardar sus intereses.

CURIA

Curia, división de las tribus primordiales, a razón de tres en cada una.

CURSUS HONORUM

Curso de honores, carrera política; no reportaba emolumentos y se realizaba mediante el desempeño de cargos temporales.

CUSTODIAM PRAESTARE

Responer por la custodia y el cuidado.

D**DAMNARE**

Condenar, declarar culpable.

DAMNATIO

Condena.

DAMNATIO IN PERPETUA VINCULA

Cadena perpetua.

DAMNUM

Daño, perjuicio.

DAMNUM EMERGENS

Daño emergente; uno de los factores de la indemnización de perjuicios.

DAMNUM INTIRIA DATUM

Daño causado con culpa en cosa ajena (delito privado).

DAMNUM FATALE

Daño fatal, irremediable.

DARE

Dar; uno de los objetos de la obligación que indicaba la prestación consistente en el traspaso de la propiedad o de un derecho real al acreedor.

DARE REM

Hacer la tradición del derecho.

DARE SENTENTIAM

Dar sentencia.

DATIO IN ADOPTIONEM

Adopción de un hijo de familia (*alieni iuris*).

DATIO AD SOLUTUM

Provisión para el pago.

DATIO IN SOLUTUM

Dación en pago.

DATIO MUTUI

Dar en mutuo.

DE AUDITU

De oídas.

DE CUIUS

Causante de la herencia (abreviación de *is de cuius successio agitar*, aquel de cuya sucesión se trata).

DE EFFECTU

Que debe el resultado (de dar o entregar).

DE FACTO

De hecho.

DE VERBO AD VERBUM

Palabra por palabra.

DEBITOR

El deudor, sujeto pasivo de la obligación. V. *Reus promittendi*.

DEBITUM

Débito, lo que se debe, prestación.

DECEMVIRI

Jueces en corporaciones que conocían de los procesos sobre el estado de libertad y de ciudadanía.

DECERNERE

Decidir, fallar.

DECOCTOR

Disipador, estafador.

DECRETA

Resoluciones *extra ordinem* en procesos civiles o criminales de los que conocía el principio en primera instancia o en apelación.

DEFERRE HEREDITATEM

Ofrecer o deferir la herencia.

DEFICIENTE CONDITIONE

Cuando falta la condición porque se sabe que esta no se realizará.

DELATIO

Delación, acusación.

DELATOR

Delator, acusador.

DELEGATIO

Cambio de deudor con el consentimiento y por mandato del anterior.

DELICTUM

Delito privado; consistía en un hecho ilícito que causaba daño a la propiedad o a la persona pero sin turbar el orden público.

DEMONSTRANDI CAUSA

Como prueba o ejemplo.

DENEGAT ACTIONEM

Deniega la acción.

DEPOSITARIUS

Depositario, el que ha hecho el depósito.

DEPOSITI CONTRARIA

Acción del depositario contra el depositante.

DEPOSITI DIRECTA

Acción del depositante contra el depositario.

DEPOSITUM

El depósito; proviene de *ponere*, poner.

DEPREHENSUS CUM FURO

Autor del delito de hurto aprehendido con la cosa hurtada.

DERELICTIO

Abandono.

DEROGATIO

Derogación.

DESUETUDO

Falta de costumbre, desuso.

DETIMENTUM

Detimentum, daño, perjuicio.

DICTIO DOTIS

Contrato *verbis*, unilateral, para prometer una dote a favor del marido.

DIES A QUO

Día desde el cual. Se decía del término suspensivo, llamado también *ex die*, desde el día.

DIES AD QUEM

Día hasta el cual; expresión utilizada para designar el término extintivo; lo mismo que *ad diem*, hasta el día.

Dies certus an certus quando, si se sabe que llegará y cuándo.

Dies incertus an certus quando, se desconoce que llegará pero se sabe el momento. V. gr., el día que yo cumpla setenta años.

Dies incertus an incertus quando. V. gr., se desconoce que llegará y cuándo. Gr., el día que te cases.

DIES INTERPELLAT PRO HOMINE

El día interpela (hace el requerimiento) por el hombre (se refiere

a la tesis de que el deudor a plazo está en mora por el solo vencimiento de este).

DIES LEGATI CEDIT

El día en que principiaba para el legatario la posibilidad de adquisición del legado.

DIES VENIT

Día en que se consolidaba la adquisición del derecho al legado.

DIGNITAS

Dignidad, virtud, honor, grandeza.

DO UT DES

Yo doy para que tú des. Expresión para designar una clase de contratos innominados.

DO UT FACIAS

Yo doy para que tú hagas, Idem.

DOLUS

Engaño, fraude, trampa, propósito intencional de causar daño.

DOLUS BONUS

Dolo bueno; engaños inofensivos de los negociantes que no alcanzaban a producir efectos jurídicos.

DOLUS MALUS

Dolo malo; manejos fraudulentos para obtener el consentimiento en los contratos, y que producía graves consecuencias jurídicas.

DOMINICA POTESTAS

Potestad del *dominus* sobre los esclavos.

DOMINIUM

Dominio, derecho de propiedad.

DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM

Propiedad quiritaria.

DOMINIUM IMPETRARE

Impetrar el dominio; cuando el acreedor no encontraba comprador de la cosa hipotecada, podía solicitar que se le atribuyera su propiedad.

DOMINUS

Sefior, dueño. De donde dominio (propiedad) y domingo (día del Señor).

DOMINUS LITIS

Dueño del proceso.

DOMUS

Casa, reunión de personas bajo la autoridad de un *pater*. V. *Familia*.

DONATIO

Donación; procede de *dono datio*, dación en dádiva.

DOS

Dote.

**DUO VEL PLURES REI STIPULANDI AUT
CREDENDI**

Dos o más sujetos que estipulan en su favor. Correalidad activa.

**DUO VEL PLURES REI PROMITTENDI AUT
DE BENDI**

Dos o más sujetos que prometen. Correalidad pasiva. Solidaridad.

DUODECIM TABULAE

Las doce tablas.

DURA LEX SED LEX

La ley es dura pero es la ley.

DUUMVIRI

Magistrados municipales.

E**EDICTA**

Edictos; normas dictadas por el principio en uso del *ius edicendi* anejo a su *imperium*.

EDICTUM

Publicación de un programa en el cual el magistrado jurisdiccional fijaba las condiciones en las que otorgaría los *iudicia*.

Perpetuum, el vigente por el año que duraba el ejercicio del cargo.

Traslaticum, el que permanecía igual de un año a otro (llamado también *Lex annua*, ley anual).

Repentinum, el que se proveía para circunstancias especiales.

EFFRACTIO CARCERIS

Delito de evasión.

EGREDITUR MANDATUM

Excederse en la ejecución de un mandato.

ELEGANTIA IURIS

Corrección y buenas maneras en el ejercicio del derecho.

EMANCIPATIO

Acto voluntario del *paterfamilias* para liberar de la patria potestad a un hijo.

EMPTIO

Venta.

EMPTIO REI SPERATAE

Venta de cosa futura.

EMPTIO SPEI

Venta de una expectativa.

EMPTIO VENDITIO

Compraventa.

EMPTOR

El comprador.

EMPTOR BONORUM

El que compraba en masa los bienes de un deudor concursado.

ENFITEUSIS

Enfiteusis; nació del arrendamiento de tierras incultas, a largo plazo o a perpetuidad, con la obligación de plantarlas y cultivarlas. Procede de *emphyteusis*, plantación.

EPITOME

Compendio de una obra (*epitome Gaii*, *Epitome Iuliani*).

ERGA OMNES

Para todo el mundo.

ERROR

Error.

In natura conventionis o in negotio, error en la naturaleza del contrato o en el negocio; anulaba el consentimiento.

In corpore, en cuanto a la cosa objeto del contrato; anulaba el consentimiento.

In negotio; en cuanto a la naturaleza misma del negocio.

In substantia, en cuanto a una calidad esencial del objeto; por lo general viciaba el consentimiento.

In persona, en cuanto a la persona de los contratantes; por lo general viciaba el consentimiento.

In quantitate, en la cantidad; hace relación a lo que es susceptible de medida, o de aumento o disminución.

ESSENTIALIA NEGOTII

Elementos esenciales del negocio.

EVENTUS DAMNI

Perjuicio que el acto o contrato causara al acreedor (para efecto de la acción pauliana).

EVICTIO

Evicción.

EX EADEM CAUSA

De la misma causa.

EX DIE

Desde el día; expresión para indicar el término suspensivo. V. *Dies a quo*.

EX DISPARI CAUSA

De causa distinta.

EX LEGE

Procedente de la ley; legal.

EX MALEFICIO

Procedente del delito; delictivo.

EX NUNC

Desde ahora; eficacia irretroactiva.

EX OFFICIO

De oficio.

EX OFFICIO IUDICIS

A iniciativa del juez.

EX TUNC

Desde entonces; eficacia retroactiva.

EXCEPTIO

Instancia *in iudicio* que podía producir la absolución del demandado si probaba el hecho alegado. Podría ser:

Doli, excepción en beneficio del deudor afectado por el dolo acreedor, cuando era demandado por este.

Iuris iurandi, excepción del deudor demandado que alegaba haber prestado juramento.

Non adiplenti contractus, oposición del demandado frente al actor que no cumple (si uno no cumple, el otro no está obligado a hacerlo).

Non traditae mercis, la del comprador cuando el vendedor reclamaba el precio sin ofrecer la entrega.

Quod metus causa, excepción para el deudor demandado que alegaba violencia del acreedor.

Rei Iudicata, excepción de cosa juzgada.

EXCEPTIONIS OPE

Por vía de excepción. Dícese de algunos modos de extinguir obligaciones en cuanto a sus efectos.

EXHEREDATIO

Desheredamiento.

EXISTIMATIO

Consideración especial de la que gozaban en la sociedad los ciudadanos.

EXPILATIO

Hurto, saqueo.

EXPROMISSIO

Sustitución de deudor sin el consentimiento del deudor anterior.

EXTINCTIO

Extinción del legado por causas ajenas a la voluntad de su autor, como la pérdida de la *factio testamenti*.

F***FACERE***

Hacer; en sentido amplio, toda presentación que implique un acto positivo.

FACTIO UT DES

Yo hago para que tú des. Expresión utilizada para reconocer cierta clase de contratos innominados.

FACTIO UT FACIAS

Yo hago para que tú hagas. Expresión utilizada para reconocer cierta clase de contratos innominados.

FACTIO TESTAMENTI ACTIVA

Capacidad de testar.

FAVORABILIS

Favorable, propicio.

FACTIO TESTAMENTI PASIVA

Capacidad de ser instituido heredero.

FENUS

Interés. V. *Usuræ*.

FACTUM DEBITORIS

Hecho del deudor (expresión con que se indica el incumplimiento por acto del deudor).

FACULTAS

Facultad, en sentido amplio, capacidad.

FACULTAS AGENDI

Facultad de actuar en derecho, o accionar.

FALSUM

Falso.

FAMILIA

Reunión de personas colocadas bajo la autoridad de un *pater (matus)*. V. *Domus*.

FAS

El derecho sagrado, *lex divina* (ley divina); lo lícito religioso equivale al *ius divinum* (derecho divino), a la norma divina tanto por su origen como por su objeto.

FAVOR DEBITORIS

En favor del deudor.

FAVORABILIS

Favorable, propicio.

FENUS

Interés. V. *Usuræ*.

FIDEIUBEZO

Me obligo como fiador.

FIDEIUSSIO

Fianza.

Indemnitatis, fianza en la que el fiador limitaba su responsabilidad a lo que el deudor principal dejara de pagar.

FIDEIUSSOR

Fiador, deudor accesorio.

FIDEPROMISSIO

Forma primitiva de constituir un deudor accesorio.

FIDEPROMISSOR

Deudor accesorio.

FIDES

Fe, confianza, lealtad, rectitud.

FIDES BONA

Buena fe.

FIDES PUBLICA

Fe pública.

FIDUCIA

Negocio basado en la buena fe o lealtad de alguna de las partes.

FIDUCIARIUS

Persona digna de confianza, dado en confianza.

FILIAFAMILIAS

Hija de familia, sujeta a la patria potestad (*in potestate*).

FILIUSFAMILIAS

Hijo de familia, sujeta a la patria potestad (*in potestate*).

FISCUS

El Estado como sujeto de relaciones jurídicas patrimoniales; el tesoro del Estado. V. *Aerarium*.

FLAGRANTI CRIMINE COMPREHENSIO

Cogidos en fragante en la comisión de un delito.

FOEDUS

Alianza, liga, tratado, convención entre Estados.

FORUM

Tribunal, foro, plaza pública.

FORUM DOMICILI

Tribunal del domicilio.

FORUM DESTINATAE SOLUTIONIS

Fuero del lugar definido para el pago.

FRATRES CONSANGUINEI

Hermanos consanguíneos.

FRAUDEM LEGIS

Fraude a la ley.

FRAUDULENTUS

Fraudulento.

FRUCTUS CIVILIS

Frutos civiles.

FRUCTUS NATURALES

Frutos naturales.

FUGITIVUS

Fugitivo, escapado.

FUNDACIONES

Entidades civiles o religiosas de utilidad pública para el culto o la beneficencia.

FUNDUS CUI SERVITUS DEBETUR

El fundo al cual se debe servidumbre, *qui servitutem habet*, que tiene derecho a servidumbre.

FURIOSI

Los locos; incapaces para celebrar contratos salvo en períodos de lucidez.

FURTUM

Hurto, robo (delito privado).

FURTUM POSSESSIONIS

Hurto de posesión, por ejemplo, cuando el deudor quitaba a su acreedor una cosa dada en prenda, o cuando un propietario privaba de una cosa que le pertenecía a quien la poseyera de buena fe.

FURTUM REI SUAE

Hurto de cosa propia, como cuando el dueño la sustraía a su acreedor pignoraticio.

FURTUM USUS

Hurto de uso; hacer uso indebido de cosa ajena aprovechándose de su tenencia.

G**GENERA**

Cosas de género, *res in genere*.

GENERA NON PEREUNT

Las cosas de género no perecen; difiere a propósito de estas como objetos de la obligación.

GENS

Agregación natural que tenía por base el parentesco. Cada curia com-

prendía un cierto número de *gentes*. Cada *gens* comprendía el conjunto de personas que descendían por los varones de un autor común. Sus miembros eran los *gentiles*.

GENUS NUNQUAM PERIT

El género nunca perece.

GESTIO

Acto jurídico del tutor sin intervención del pupilo.

GESTIO PRO HEREDE

Intención de aceptar la herencia.

H**HABERE LICERE**

Tener licitamente.

HEREDITAS

Herencia.

HEREDITAS LACENS

Herencia yacente.

HEREDITAS LACET

Yace la herencia; expresión alusiva al tiempo durante el cual la herencia no pertenece a nadie.

HEREDITATIS ADITIO

Aceptación expresa de la herencia.

HEREDITATIS PETITIO

Petición de herencia.

II**HERES**

Heredero.

Heredes extranei vel voluntarii, herederos extraños o voluntarios que podían aceptar o repudiar la herencia.

Necessarii, los esclavos instituidos herederos y que debían quedar libres a la muerte del testador.

Sui et necessarii, los hijos que se hallaban sometidos a la patria potestad del testador en el momento de su muerte.

HIC ET NUNC

Aquí y ahora.

HOMICIDIUM

Homicidio (*homo-caedo*) dar muerte a un hombre.

HOMO LIBER

Hombre libre.

HONESTE VIVERE

Vivir honestamente.

HUMANITAS

Humanidad.

IBIDEM

Allí mismo, en el mismo lugar.

IDEM

Lo mismo, el mismo.

IGNORANTIA IURIS

Ignorancia del derecho.

IMMUNITAS

Inmunidad.

IMPENSA

(*Impendia*) gasto, costo.

IMPENSÆ LITIS

Gastos del proceso.

IMPENSÆ PUBLICÆ

Gastos públicos.

IMPERATOR

Título para el general vencedor, emperador.

IMPERIUM

Imperio. Atributos: 1. Suprema dirección del Estado. 2. Mando militar. 3. *Ius edicendi* (derecho de dictar ordenanzas). 4. *Iuris dictio* (facultad de administrar justicia). 5. *Ius agendi cum patribus* (derecho de convocar y presidir el sena-

III

do). 6. *Ius agendi cum populo* (derecho de convocar y presidir los comicios). 7. *Coercilio* (poder disciplinario). 8. *Ius auspiciorum* (derecho de consultar la voluntad de los dioses).

IN FRAGANTI

En el momento de ejecutar un hecho.

IN INTEGRUM RESTITUTIO

Restitución en el todo. Decisión en la cual, teniendo por no sucedida la causa de un perjuicio, se destruyen los efectos poniendo las cosas en el estado en que se encontraban antes. Acción extraordinaria.

IN JUDICIO

Instancia en el juicio ante el juez después de confeccionada y aceptada la fórmula.

IN IURE CESSIO

Medio solemne y simbólico de adquirir el dominio.

IN IUS VOCATIO

Llamamiento para la comparecencia del demandado ante el magistrado.

IN LIMINE

En el umbral, al principio.

IN MANU

Situación de la mujer que se hallaba bajo la potestad marital (*manus*).

IN NATURA

En la naturaleza.

IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR

Nadie está obligado a lo imposible.

IMPOSSIBILIS CONDITIO

Condición imposible.

IMPOSSIBILITAS

Imposibilidad.

IMPRUDENTIA

Imprudencia.

IMPUBES

Impúber.

IN CORPORE

En la cosa, en el objeto.

IN DOMO MARITI

En la casa del marido.

IN FACULTATE SOLUTIONIS

En facultad de pago.

IN FAVOREM VALIDITATIS

A favor de la validez.

IN FINE

Al final (parte final).

IN OBLIGATIONE

En la obligación.

INAUGURATIO

Toma de posesión.

IN PERSONAM

En cuanto a la persona, con efectos sobre ella. V. *Ad personam*.

IUS PUNENDI

Derecho a castigar.

IN REM

En cuanto a la cosa.

IN SOLIDUM

En el todo, solidariamente.

IN TERMINIS

En último lugar.

IN TOTUM

En su totalidad.

IN UNIVERSUM IUS

A título universal; en la universalidad de los derechos.

IN VIA USUCAPIENDI

En vía de adquirir el dominio por prescripción o usucapición.

INAEDIFICATIO

Edificación en la que los materiales pertenecían a una persona y el terreno a otra.

INCERTUM

Incierto, pretensión no determinada.

INDEBITUM PER ERROREM SOLUTUM

Pago de lo no debido por error.

INDICIUM

Indicio, señal, prueba.

INFAMIA

Tacha que se podía hacer a un ciudadano y que implicaba un ataque a la consideración de que disfrutaba en la sociedad. V. *Existimatio*.

INFANS

El infante (menor de siete años). Proviene de *qui fari non potest* (el que no puede hablar con juicio).

INGENUAS

El hombre libre desde su nacimiento.

INIQUITAS

Inequidad, injusticia, maldad.

INIURIA

Lesión o violencia corporal, injuria (delito privado); injusticia antijuridicidad, en sentido amplio.

INIUSTAE NUPTIAE

Matrimonio de los no ciudadanos romanos (*sine connubio*).

INTUSTUS

Injusto.

INSTRUMENTUM

Instrumento, papel; constancia escrita del contrato de *stipulatio*. V. *Cautio*.

INTENTIO

Parte de la fórmula en que se resumía la pretensión jurídico procesal del demandante.

INTER PARTES

Entre las partes.

INTER VIVOS

Entre vivos.

INTERCESSIO

Intervención de un tercero para obligarse en lugar del deudor o al lado suyo. Interdictos-nterdictos, como los posesorios:

Retinendae possessionis, para retener la posesión.

Recuperandae possessionis, para recuperar la posesión.

Adispiscendae possessionis, para adquirir la posesión.

INTERPELLATIO

Requerimiento del acreedor al deudor para el pago. Reconvención judicial.

INTERPOSITIO LEGISLATORIS

Intervención del legislador. (No proviene del derecho romano. Es una expresión moderna utilizada en asuntos relacionados con la efectividad de los derechos fundamentales).

INTUITU PERSONAE

En consideración a la persona, como cuando se celebraban ciertos contratos.

IPSO JURE

Inmediatamente por virtud del derecho (*ope legis*).

IRRITUS

Vano, nulo, de ningún valor.

IUBEO

Mandar, ordenar.

IUDEX

El juez; siempre debía haber *uno iudex*, uno solo para un asunto (árbitro, recuperador).

JUDICARE

Juzgar, dictar sentencia.

IUDICATIO

Autoridad del juez para dirimir un caso concreto mediante sentencia.

IUDICATUM SOLVI

Cumplimiento de la sentencia.

IUDICIS POSTULATIO

Postulación de juez. Se aplicaba cuando había que escoger un *arbitr*, como cuando se trataba de dividir una herencia.

IUDICIUM

Juicio, proceso.

IURE ET FACTO

De hecho y de derecho.

IURIS ET DE IURE

Que no admite prueba en contrario (presunción).

IURIS TANTUM

Que admite prueba en contrario.

IURISDICTIO

Jurisdicción; facultad de administrar justicia. Proviene de *ius dicere*, decir el derecho. Los atributos de la *iurisdictio* se resumían en: *dico* (doy), *dico* (digo), *addico* (adjudico). *Dare*, dar un juez a las partes; *dicere*, publicar una regla en un edicto; *addicere*, reconocer el derecho a una parte.

IURISPRUDENTIA

Ciencia del derecho que en los primeros tiempos ejercían los pontífices. A fines del siglo IV y comienzos del III a. C. se convirtió en oficio libre, y liberal por lo generoso, ornado de la máxima dignidad.

IUS

El derecho.

IUS ABUTENDI

Derecho a disponer de la cosa.

IUS CIVILE

Derecho civil; derecho propio de los ciudadanos romanos (*cives*).

IUS COGENS

Derecho objetivo cuya vigencia no queda a voluntad de las partes.

IUS COMMERCII

Derecho de adquirir y enajenar por los medios del *ius civile*.

IUS CONNUBII

Derecho de contraer *iustae nuptiae*.

IUS DELIBERANDO

Facultad del heredero para deliberar sobre la aceptación de la herencia.

IUS EDICENDI

Facultad del emperador, aneja a su *imperium*, de dictar normas, edictos. También facultad de todo magistrado de dirigirse al pueblo de palabra o por escrito.

IUS FRUENDI

Derecho de recoger los frutos o productos (*fructus*); uno de los atributos de la propiedad.

IUS GENTIUM

Derecho de gentes, o de las naciones; derecho común. También toda una parte del derecho público: la que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados. La *aequitas* prevalece en el *ius gentium* y deja vía libre al derecho universal.

IUS HONORUM

Derecho a ocupar las magistraturas y dignidades del Estado. Atributo del derecho de ciudadanía.

IUS IN AGRO VECTIGALI

Derecho que surgió del arrendamiento a perpetuidad que los municipios podían hacer de sus tierras mediante censo o vectigal.

IUS IN RE

Derecho en la cosa, derecho real.

IUS IN RE ALIENA

Derecho sobre cosa ajena (servidumbre).

IUS LIBERORUM

Derecho que en el siglo IV se concedió a las mujeres, por el cual adquirieron la capacidad civil.

IUS PRIVATUM

Derecho privado; tenía por objeto las relaciones entre los particulares.

IUS PUBLICUM

Derecho público; comprendía el gobierno del Estado, la organización de las magistraturas, la relación de los ciudadanos con los poderes públicos. Se derivó de las *leges publicae* (leyes públicas) y de las *constituciones*.

IUS RESPONDENDI EX AUCTORITATE EIUS

Derecho de responder por su autoridad, concedido por Augusto a algunos de los más célebres jurisconsultos, por manera que sus respuestas (*responsa*) vinculaban al juez en la sentencia.

IUS SCRIPTUM

Derecho escrito.

IUS UTENDI

Derecho de usar una cosa (*usus*). Uno de los atributos de la propiedad.

IUS VARIANDI

Facultad de cambiar, o variar estipulaciones.

IUS VOCATIO

Derecho del demandante para citar en acto privado al demandado, según el sistema de las *legis actiones* (acciones de la ley).

IUSIURANDUM

Juramento.

IUSIURANDUM LIBERTI

Juramento civil de esclavo que quedaba libre, para obligarse a ciertos servicios en favor de su antiguo *dominus*.

IURA

Derechos.

IUSSUS

Por orden.

IUSTA CAUSA

Causa justa; con justa causa.

IUSTAE NUPTIAE

Justas nupcias; matrimonio legítimo contraído según las normas del *ius civile*.

IUSTAE CAUSA SOLVENDI

Pago con justa causa.

IUSTITIA

Justicia.

IUSTUM

Justo.

IUSTUM MATRIMONIUM

Matrimonio justo. *V. lustae nuptiae.*

L*LAESIO ENORMIS*

Lesión enorme; ocurría cuando el precio era inferior a la mitad del valor real de la cosa.

LATINI COLONIARI

Habitantes de las colonias romanas.

LATINI JUNIANI

Cierta clase de libertos que la Ley Junio Norbana asimiló a los *latini coloniarii*.

LATINI VETERES

Habitantes del antiguo *Latium*.

LATO SENSU

En sentido amplio.

LEGATUM

Legado.

LEGATUS PER DAMNATIONEM

Legado en el que se ordenaba al heredero traspasar la propiedad de una cosa al legatario.

LEGATUS PER VINDICATIONEM

Legado en el que se atribuía directamente al legatario la propiedad de la cosa para después de la muerte del causante.

LEGEM ROGARE

Pedir la aprobación de la ley. De donde:

Abrogare, destruir una ley precedente.

Derogare, dejarla sin vigor en parte.

Subrogare, añadirle algo.

Obrogare, modificarla.

LEGIS ACTIONES

Acciones de la ley; sistema procesal instituido por la Ley de las XII Tablas y que rigió hasta Augusto.

LEGITIMATIO

Legitimación de hijos, la cual se hacía generalmente *subsequens matrimonium* (por matrimonio subsiguiente).

LEGITIMATIO AD CAUSAM

Legitimación en la causa.

LEX

La ley. Constaba de: una *praescriptio* (prefacio), una *rogatio* (parte dispositiva) y la *sanctio* (en la que se fijaban los términos precisos para asegurar su eficacia).

LEX MERCATORIA

Cuerpo de normas que rige las relaciones internacionales del comercio.

LEX ROGATA

Ley propuesta, proyecto de ley.

LEX SPECIALIS

Ley especial.

LIBELLUS

Memorial, petición, denuncia, demanda.

LIBERI IUSTI

Hijos legítimos; nacidos *ex iustis nuptiis*, de justas nupcias.

LIBRIPENS

Persona que sostiene la balanza. *V. nexum, mancipatio*.

LIBERI NATURALES

Hijos naturales.

LIBERTUS O LIBERTINUS

Liberto, el manumitido.

LICITATIO	LOCATIO OPERIS FACIENDI	M	MANCIPATIO
Licitación, venta pública.	Contrato de confección de una obra material.		Transmisión del dominio real de una persona a otra, bajo el símbolo de una venta y con la forma <i>per aes et libram</i> (por el cobre y la balanza).
LITEM DENUNTIARE	LOCATIO RERUM	MAGISTER	
Denunciar el pleito.	Arrendamiento de cosas.	Maestro. También el director de una persona moral, que obraba a nombre de ella.	
LITIS CONTESTATIO	LOCATOR	MAGISTRATUS	
Momento procesal en el que se determinaban las bases del proceso. Relación jurídico-procesal que producía una novación forzosa. De <i>litis cum testatione</i> , litis con testimonio.	El arrendador; realizaba la <i>locatio</i> . Proceso de <i>locare</i> , colocar.	Magistrado, magistratura, cargo, empleo público.	
LITIS PENDENS	LOCO FILIAE	MAGNA NEGLIGENTIA	
Pleito pendiente.	En lugar o condición de hija. Se decía de la mujer sometida a la <i>manus</i> del marido (<i>in manu</i>).	Negligencia magna (culpa grave), <i>culpa lata</i> .	
LITTERIS	LOCUPLETATIO	MAIESTAS	
Se dice de los contratos que se realizaban por escrito o mediante escritos.	Riqueza.	Majestad, grandeza, dignidad, importancia.	
LITTERIS CONTRAHERE OBLIGATIONEM	LOCUS REGIT ACTIO	MAIESTAS POPULI ROMANI	
Contraer una obligación por escrito.	La actuación se rige por las leyes del lugar.	Soberanía del pueblo romano.	
LOCATIO CONDUCTIO	LONGI TEMPORIS POSSESSIO	MAIOR INFANTIA	
Arrendamiento.	Posesión de largo tiempo. V. Prescripción adquisitiva extraordinaria.	Mayor infancia; período de la edad de las personas, entre los 7 y los 14 años, durante el cual tenían capacidad relativa para contratar.	
LOCATIO CONDUCTIO REI	LONGUM TEMPUS, LONGA POSSESSIO	MALAFIDES	
Arrendamiento de cosas.	Largo tiempo, larga posesión.	Mala fe.	
LOCATIO OPERARUM	LUCRUM CESSANS	MALAE FIDEI POSSESSIO	
Arrendamiento de servicios.	Lucro cesante; uno de los factores para determinar la indemnización de perjuicios.	Posesión de mala fe.	
		MALEFICUM	
		Delito privado. V. <i>Delictum</i> .	
		MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE	
		Garantía accesoria en forma de mandato para préstamos de dinero.	

MANUMISSIO

Acto mediante el cual el dueño daba libertad al esclavo.

MANUS

Potestad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada, quien le quedaba sometida en condición de hija (*loco filiae*).

MANUS INJECTIO

Procedimiento de acción ejecutiva mediante el cual el acreedor podía hacerse a la persona del deudor, reducirlo a esclavitud y aun venderlo para pagarse la deuda.

MATRIMONIUM

Matrimonio. V. *Iustae nuptiae*.

MENTE CAPTI

Los idiotas, retrasados mentales, mentecatos. Carecían de capacidad para contratar.

MERCES

Valor del arrendamiento, siempre en dinero. V. *Pensio*.

MERA DIFFICULTAS

Una simple dificultad.

METUS

Miedo, temor.

METUS CAUSA

Por causa del miedo o amenaza.

MINISTERIO IUDICIS

Por ministerio del juez (orden, decisión judicial).

MINUS DIXIT QUAM VOLUIT

Dijo menos de lo que quiso.

MINUS PETITIO

Petición de menos. Ocurría, por ejemplo, cuando el demandante pedía menos de lo que era debido.

MODUS VIVENDI

Modo de vivir.

MORA CREDITORIS

Mora del acreedor; o mora *in accipiendo*, mora en recibir.

MORA DEBITORIS

Mora del deudor, o mora *in solvendo*, mora en pagar.

MORA INCULPATA

La tardanza que sobreviene en el pago, sin culpa del deudor.

MORES MAIORUM

Costumbres de los mayores; moralidad hecha tradición que da vida al primitivo ordenamiento.

MORTIS CAUSA

Por causa de muerte.

MOTU PROPRIO

De propio impulso, por su propia iniciativa.

MUNICIPIUM

Municipio.

MUNUS PUBLICUM

Carga pública, como la tutela.

MUTATIS MUTANDIS

Cambiando lo que debe cambiarse.

MUTUI DATIO

Entrega con ocasión del contrato de mutuo.

MUTUAE PETITIONES

Peticiones mutuas.

MUTUI DATIO

Entrega del objeto del mutuante al mutuario.

MUTUO ACCIPIENS

El mutuario, el que recibe en mutuo.

MUTUO DANS

El que da en mutuo, el mutuante.

MUTUUM

Mutuo o préstamo de consumo. Gayo dice que proviene de *ex meo tuum*, tuyo de lo mío.

N***NAUTICUM FOENUS***

Préstamo de dinero destinado al comercio marítimo.

NASCITURUS

Ser humano concebido aún no nacido.

NATURA

Naturaleza.

NATURA CONTRACTUS

Esencia de un contrato (elementos esenciales del contrato).

NATURALIA NEGOTIA

Factores o elementos naturales de cada negocio.

NE A TE PETAM

No te pediré; expresión que indicaba el *pactum de non petendo in personam*.

NE PETAM

No pediré; expresión que indicaba el *pactum de non petendo in rem*.

NECESSITAS CARET LEGES

La necesidad carece de ley.

NEGIDIUS

Nombre ficticio del demandado. Proviene de *negare, negar*.

NEGOTIORUM GESTIO

Gestión de negocios, agencia oficial o ficio.

NEGOTIORUM GESTOR

Gestor de negocios, agente oficial o ficio.

NEGOTIORUM GESTORUM CONTRARIA

Acción en favor del gestor de negocios o agente oficial o ficio, para hacer efectivos sus derechos.

NEGOTIORUM GESTORUM DIRECTA

Acción contra el gestor de negocios.

NEGOTIUM

Negocio, ocupación, asunto, empleo, proceso, pleito.

NEMINE DISCREPANTE

Sin que nadie discrepe.

NEXI

Clase que llegó a formarse por quienes incumplieran contratos de *nexus*, y sufrieran las consecuencias sobre su libertad.

NEXUM

Contrato primitivo, de derecho estricto, utilizado especialmente para préstamos de dinero.

NOCERE

Causar algún daño, perjudicar, cometer una mala acción.

NOMEN

El nombre de las personas. Viene de *noscere*, conocer.

NOMEN BONUM

Buen nombre, reputación.

NOMEN GENTILITIUM

Nombre gentilicio que usaban todos los que formaban parte de la misma *gens*.

NOMINA TRANSCRIPTIA

Escrito para perfeccionar un *contrato litteris*.

NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Excepción de contrato no cumplido. Tratándose de contratos bilaterales, era inadmisible que una de las partes exigiera el cumplimiento de la otra, mientras no hubiera satisfecho su propia prestación, o por lo menos ofrecido satisfacerla.

NON BIS IN IDEM

No repetir lo mismo (se usa para expresar que no se puede juzgar o sancionar a una persona dos veces por los mismos hechos).

NON NUMERATAE PECUNIAE

Excepción a favor del deudor, por no haber recibido el dinero que se le cobraba.

NUNTIUS

Nuncio o intermediario; agente; vocero de un declarante.

NOVATIO

Renovación, novación; extinción de una obligación preexistente y creación simultánea de una nueva, jurídicamente distinta, que la sustituía.

O**OBITER DICTA**

Dicho de paso, ligeramente.

OBLATIO CURIAE

Oblación a la curia; ofrecimiento de un hijo natural para que sirviera el cargo de decurión (producía su legitimación).

OBLIGATIO

La obligación. Procede de *ob ligare*, atar, ligar, unir.

OBLIGATIO CIVILIS

Obligación civil.

OBLIGATIO NATURALIS

Obligación natural; significaba solo un *vinculum aequitatis*, vínculo de equidad, basado en el *ius naturalis*.

OBLIGATIO BONAE FIDE

Obligación de buena fe.

OBLIGATIO EX CONTRACTU

Obligación proveniente de un contrato.

OBLIGATIO EX DELICTO

Obligación proveniente de un delito.

OBLIGATIO PROPTER REM

Obligación ambulatoria, de sujeto indeterminado o variable.

OBLIGATIO QUAE RE CONTRAHITUR

Obligación que se contrae mediante la entrega de la cosa (contratos reales).

OBSIGNATIO

Pago por consignación.

OCCUPATIO

Ocupación (modo de adquirir el dominio).

ONORATUS

El legatario.

ONUS

Peso, carga.

ONUS PROBANDI

Carga de la prueba.

OPE EXCEPTIONES

Modos de extinguir las obligaciones por vía de excepción (debían ser alegados).

OPE LEGIS

Por ministerio de la ley.

OPORTET

(*Oportores*), conviene, es justo, es razonable.

OPROBRIUM

Oprobio, deshonra, injuria, agravio, afrenta.

OPTIO TUTORIS

Facultad de nombrarse su propio tutor.

OPUS

Obra.

OPUS PUBLICUM

Obras públicas.

ORDINATIO IUDICII

Ordenación del proceso, que correspondía al magistrado.

ORDO

Orden, asociación.

P**PACTA ADIECTA**

Pactos adjuntos al contrato.

PACTA IN CONTINENTI

Pactos que se acuerdan en el momento de contratar.

PACTIO

Convenio, acuerdo, compromiso.

PACTUM

Pacto, convención; a veces, contrato.

PACTUM DE CONTRAHENDO

Pacto de realizar un negocio.

PACTUM DE NON PETENDO

Pacto de no pedir o no cobrar. Puede ser:

In personam, con determinada persona, e

In rem, sobre una cosa determinada.

PACTUM DE RETRO VENDENDO

Pacto de retroventa; en el cual el vendedor se reserva la facultad de rescatar la cosa dentro de cierto tiempo, mediante la restitución del precio.

PACTUM DISPLISCENTIAE

Pacto mediante el cual el comprador se reservaba el derecho de no cumplir el contrato si no le satisfacía el objeto de la compraventa.

PACTUM EX COMPROMISSO

Pacto por medio del cual se somete un tema a la decisión de un árbitro.

PACTUM LEGIS COMMISSORIAE

Cláusula especial en la que se convenía la resolución del contrato de compraventa por no pago del precio en cierto tiempo.

PANDECTAE

Colección, sinónimo de *digesta*; compilación de obras jurídicas hechas por el emperador Justiniano (*Digesto*).

PARENTES

El padre, la madre, y los demás ascendientes. Procede de *parere*, engendrar.

PATERFAMILIAS

El padre de familia; ejercía de manera absoluta la *patria potestas*.

PATRIA POTESTAS

Patria potestad; conjunto de poderes que el jefe de la familia civil tenía sobre las personas, los bienes y los ritos religiosos privados (*sacra privata*) de sus descendientes legítimos y personas asimiladas a estos que se hallaran sujetos a su potestad.

PATRICII

Los patricios; clase privilegiada de noble raza formada por los *patres* y sus descendientes que componían las *gentes* de las treinta curias primitivas.

PATRIMONIUM

Patrimonio, bienes que se poseen de los padres.

PECULIUM

El peculio. Podía ser:

Adventitium, bienes adventicios que el hijo de familia adquiría de fuente distinta e independiente de la del padre, y de los cuales podía disponer.

Castrense, bienes que el hijo adquiría con ocasión del servicio militar, y de los que podía disponer.

Profectitum, bienes que el padre entregaba voluntariamente al hijo para su administración independiente.

Quasi castrense, bienes que el hijo adquiría en desempeño de cargos públicos o por honorarios en ejercicio de profesiones liberales, y de los cuales podía disponer.

PECUNIA NUMERATA

Una determinada cantidad de dinero.

PECUNIA PRO RE

Dinero por cosa (dación en pago).

PENSIO

Valor del arrendamiento. V. *Merces*.

PER AES ET LIBRAM

Por el cobre y la balanza. Expresión que identifica la ceremonia ritual

indispensable a la celebración de ciertos contratos solemnes como el *nexum*.

PER ACCIDENTS

Por accidente.

PER IGNORANTIAM

Por ignorancia.

PER SE

Por sí.

PER SALTUM

Por salto (casación *per saltum*).

PER UNIVERSITATEM

A título universal, especialmente como modalidad de la adquisición del dominio.

PERIURİUM

Perjurio, juramento falso.

PERPETUATIO OBLIGATIONIS

Subsistencia de la obligación.

PERSONA

Persona; todo ser susceptible de derechos y obligaciones. Proviene de *persona*, máscara que usaban los actores griegos para amplificar la voz, la cual "persona, suena a través de, por..."

PERSONARE

Desempeñar un papel en la sociedad, como el de jefe de familia.

PETITIO

Pretensión, demanda judicial.

PETITIO HEREDITATIS

Acción de petición de herencia.

PIGNORATITIA CONTRARIA

Acción del acreedor prendario contra el constituyente de la prenda.

PIGNORATITIA DIRECTA

Acción del constituyente de la prenda contra el acreedor prendario.

PIGNORIS CAPIO

Captación de prenda, para que el acreedor como tal coja una cosa entre los bienes del deudor.

PIGNUS

La prenda (viene de puño).

PIGNUS NOMINIS

A título de prenda.

PLAGIUM

Plagio, delito de hacer pasar a un hombre libre como esclavo.

PLANTATIO O SEMINATIO

Efecto de plantar o sembrar con semillas propias un terreno ajeno sin mutuo consentimiento.

PLEBISCITA

Plebiscito, decisiones votadas por la plebe sobre la proposición de un tribuno.

PLEBISCITUM

Plebiscito.

PLEBS

La plebe, que formaba la clase plebeya.

PLENA IN REPOTESTAS

Poder máximo sobre una cosa (derecho real de propiedad).

PLENISSIMUS ET LEGITIMUS DOMINUS

El dueño con propiedad plena y entera.

PLURES REY PROMITTENDI

Varios deudores.

PLURES REY STIPULANDI

Varios acreedores.

PLUS DIXIT QUAM VOLUIT

Dijo más de lo que quiso.

PLUS PETITIO

Petición de más, como cuando se demandaba por más de lo debido.

PLUS PETITIO LOCO

Petición fuera de lugar.

PLUS PETITIO TEMPERE

Petición antes de tiempo que daba ocasión a excepción procesal.

POENA

Penas, castigo, multa.

POLLICITATIO

Policitación, promesa de una sola parte.

POPULUS

El pueblo, comprendido por el conjunto de patricios y plebeyos.

POSSESSIO

La posesión. Parece provenir de *posse*, poder. Podía ser:

Bonafidei, posesión de buena fe, es decir, la que se adquiría con la convicción de no violar derecho alguno.

Iuris, posesión de un derecho, como el de servidumbre. V. *Quasi possessio*.

Iusta, posesión justa: *nec vi* (sin violencia), *nec clam* (sin clandestinidad), *nec praecario* (sin precrastidad).

Vacua, posesión libre de arrendatarios o usuarios.

POSSESSOR

Poseedor.

POST MORTEM

Después de la muerte.

POSTULARE

Postular; derecho de pedir en justicia.

POTESTAS

Potestad; poder de los magistrados judiciales. V. *Imperium*.

PRAEDES PROVINCIAE

Rector y magistrado de una provincia.

PRAEIDIUM

Predio, inmueble.

PRAEIUDICARE

Prejuzgar.

PRAENOMEN

Nombre propio que se antepone al nombre de familia.

PRAESCRIPTO

Prescripción. Se circunscribía el proceso a determinados límites o se enunciaba algo que debía ser examinado previamente. Debía ir a la cabeza de la fórmula: *prae scriptio*.

También extinción de un derecho en el tiempo, modo de adquirir la propiedad.

PRAESCRIPTO LONGI TEMPORIS

Prescripción de largo tiempo.

PRAESCRIPTO LONGISSIMI TEMPORIS***O TRIGINTA ANNORUM***

Prescripción extraordinaria de treinta años.

PRAESTARE

Procurar el disfrute de una cosa. Suele emplearse con relación al contenido de la obligación en general, así fuera de *dare* o de *facere*. También como entrega de la mera tenencia.

PRAESUMPTIO

Presunción. Procede de *prae sumere*, tomar o deducir antes (*iuris et de iure, iuris tantum*).

PRAETERITIO

El hecho de ser pasados en silencio los *sui*, sin instituirlos, ni desheredarlos.

PRAETERMITTERE HEREDITATEM

Perder su derecho a la herencia.

PRAEVARICATIO

Prevaricato, apartarse del camino del deber, faltar a la fe, faltar al juramento.

PRAETOR PEREGRINUS

Pretor peregrino; magistrado que conocía de los juicios entre pere-

grinos, o entre ciudadanos y peregrinos.

PRAETOR URBANUS

Pretor urbano; magistrado que conocía de las controversias entre ciudadanos romanos.

PRECES

Súplicas, ruego.

PRETIIUM

Precio.

PRETIIUM IUSTUM

Precio justo.

PRIMA FACIE

A primera vista.

PRO ACTIONE

En favor de la acción (orientar constructivamente un proceso, y evitar su fracaso).

PRO DONATO

En virtud de donación.

PRO HOMINE

Por el hombre.

PRO HEREDE GESTIO

Aceptación tácita de la herencia.

PRO INDIVISO

En comunidad, sin dividir, por indiviso.

PRO INFANS	PRODITIO	PUPILLUS	QUASI TRADITIO
Por el niño (a favor del niño).	Traición, perfidia, difamación.	Pupilo; el impúber en tutela.	Entrega del derecho de servidumbre.
PRO LEGATO	PROPRIETAS	PURGATIO MORAE	QUATORVIRI
En virtud de legado.	Propiedad, dominio.	Purgación de la mora: <i>Creditoris</i> , del acreedor. <i>Debitoris</i> , del deudor.	Magistrados municipales.
PRO NON SCRIPTIS HABENTUR	PROPTER	EMENDATIO MORAE	QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI
Se tienen por no escritas; por ejemplo, las condiciones imposibles, según alguna tesis.	Cerca de, junto a.	Emendatio morae, enmienda de la mora.	Acción a favor de quienes fueran excluidos injustamente de un testamento.
PRO PARTE O PRO RATA	PROPTER REM		
Dícese de las obligaciones parciales, en las que cada acreedor solo puede exigir una parte de la prestación y cada deudor solo está obligado en cuanto a una cuota de la misma.	Junto a la cosa (obligaciones <i>propter rem</i>).		
PRO TEMPORE	PROPTER UTILITATEM PUBLICAM	Q	
Por algún tiempo, provisionalmente.	A causa de la utilidad pública.	QUAESTIO	QUID PRO QUO
PROBATIO	PROXENETA	Indagación, cuestión, examen de un proceso, pregunta.	Una cosa por otra.
Prueba, razón.	Mediador.	QUANTI MINORIS	QUIRITES
PROBITAS	PRUDENS	Acción para disminuir proporcionalmente el precio de la venta por vicios ocultos.	Nombre con el que se distinguía a los antiguos ciudadanos romanos, que lo eran solo los <i>patricii</i> .
Probidad, rectitud, honradez.	El intérprete del derecho, perito en materia jurídica. <i>lurisprudens</i> , jurisprudente; era ayuda y consejero de los particulares, a quienes instruía sobre las fórmulas de los negocios o contratos (<i>cavere</i>) y de los pleitos (<i>agere</i>), y facilitaba respuestas a sus consultas (<i>respondere</i>). A él también acudían el pretor y el juez en busca de asesoramiento. V. <i>lus respondendi ex auctoritate eius</i> .	QUANTUM	QUIROGRAPHIA
PROCURATOR	PUBLICIANUS	Cuánto. Se utiliza en la dosificación de la pena.	Documentos escritos a mano, firmados solo por el deudor, y que conservaba el acreedor como prueba de la obligación.
Procurador, representante, mandatario, el administrador de un patrimonio. V. <i>Cognitor</i> .	Personas que formaban la <i>societas vectigalium</i> .	QUASI EX CONTRACTU	R
PROCURATOR AD LITEM		Como de un contrato; cuasicontrato.	RATIO DECIDENDI
Mandatario; representante procesal.			Razón de la decisión (<i>decernere</i>).
		QUASI EX MALEFICIO	RATIO IURIS
		Como de un delito; cuasidelito.	Razón o espíritu del derecho.
		QUASI POSSESSIO	RATIO LEGIS
		Cuasi-posesión. V. <i>Possessio iuris</i> .	Razón o espíritu de la ley.

RATIO SUMMA

Máxima razón.

REDHIBITIO

Restitución del precio de una cosa vendida (acción redhibitoria).

REDITUS

Renta, intereses.

REGULA AGENDI

La regla del obrar; la norma del común vivir; el derecho en sentido objetivo.

REGULAE IURIS

Reglas jurídicas, principios jurídicos.

REI PERSEQUENDI CAUSA

Acción para obtener la restitución de una cosa robada o de su valor.

REIVINDICATIO

Acción del dueño no poseedor para obtener la entrega de la posesión; acción reivindicatoria: *reivindicatio*, reclamación de la cosa. Es la principal acción *in rem*.

REM LICERE HABERE

Promesa del vendedor de garantizar al comprador la posesión el disfrute de la cosa vendida.

REM PRO PECUNIA SOLVERE

Una cosa por una suma de dinero (dación en pago).

REM PRO RE SOLVERE

Una cosa por otra cosa (dación en pago).

REPETITA IUVANT

Repetir ayuda.

REPUDIATIO

Renuncia a la herencia deferida.

RES

Cosa o cosas, en sentido muy amplio; todo lo que pudiera ser objeto de derechos.

Divini iuris, de derecho divino, se regían por este.

Humani iuris, de derecho humano, se regían por tal.

Religiosae, religiosas, consagradas a los *manes*, como los cementerios.

Sanctae, santas; se asimilaban a las *divini iuris*, como los muros y las puertas de las ciudades.

Communes, comunes, de uso común; no pertenecían a nadie, como el aire y el mar.

Publicae, públicas, de uso común pero limitadas al pueblo romano, como las vías pretorianas o consulares, los puertos.

Universitatis, las pertenecientes a ciertas personas morales, como los teatros, las plazas, los baños públicos.

Privateae o *singulorum*, privadas o singulares, las susceptibles de propiedad privada; se las llamó *bona*, bienes, porque procuran el bien de las personas.

Mancipi, las que se podían adquirir por la *mancipatio* y otros medios del derecho civil.

Nec mancipi, las que se podían adquirir por otros medios.

Corporales, las del mundo exterior, percibibles por los sentidos. *In corporales*, los derechos.

Móviles, las que se podían mover materialmente, si por sí mismas, *res se moventes*, de donde: semovientes.

Furtivae, cosas robadas.

Vi possessae, cosas poseídas con violencia.

In genere, cosas de género.

In specie, cosas en especie, cuerpos ciertos.

Certa, cosa cierta.

nullius, cosa de nadie.

Derelictae, cosa abandonada.

RESPUBLICA

República, gobierno de muchos (cosa pública).

RES DE QUA AGITUR

La cosa de la que se trata, especialmente en las acciones.

RES IN IUDICIO DEDUCTA

Cosa deducida en juicio (excepción procesal).

RES JUDICATA

Cosa juzgada. Según Gayo, para que existiera se requería: *idem corpus*, el mismo objeto; *eadem causa petendi*, la misma causa de lo que se pide; *eadem conditio personam*, la misma condición de las personas (se refiere a las partes).

RES PERIT CREDITORIS

La cosa perece para el acreedor.

RES PERIT DOMINO

La cosa perece para el dueño.

SCRIPTUM PRINCIPIS

Respuesta del emperador a consultas planteadas por magistrados, funcionarios o particulares.

RESOLUTIO

Resolución de un contrato o de una obligación, extinción de los mismos.

RESOLVERE

Resolver, extinguir un contrato o una obligación.

RESTITUTIO IN INTEGRUM

V. In integrum restitutio.

RETROVENDENDO

Pacto en el que el vendedor se reservaba el derecho de readquirir la cosa vendida por el mismo precio o por otro precio fijado o por fijar.

REUS

Reo; denominación genérica de los sujetos de la obligación.

REUS PROMITTENDI

El sujeto que promete; el *debitor*, deudor.

REUS STIPULANDI

El sujeto que estipula a su favor; el *creditor*, acreedor.

S**S.P.Q.R**

Senatus Populusque Romanus (el senado y el pueblo romanos).

SACRA PRIVATA

Ritos religiosos privados.

SAIUS POPULI SUPREMA LEX ESTO

La salud del pueblo deberá ser la ley suprema.

SALARIJUM

Salario, sueldo, pago (del soldado).

SANTIO

Sanción, sanción de la ley, decreto, pena, castigo.

SATISDATIO REM SALVAM FORE

Garantía de que el guardador indemnizará los daños que eventualmente pudiera causar en el patrimonio del pupilo.

SEDITION

Sedición, tumulto, motín.

SENATUS

El senado; al principio, órgano asesor del rey, formado por los *pares* (padres) de las *gentes* fundadoras de la *civitas*. Proviene de *senes*, anciano.

SENATUS CONSULTUM

Decisión votada por el senado.

SENTENTIA

Dictamen, opinión, sentencia.

SERVITUTES

Servidumbres. Podría ser:

Praediorum, prediales; *urbani-*
rum, si se trata de fundos urbanos,
y rusticae, si es rurales.

Aquae auriendae, servidumbre
de tomar el agua del pozo o de la
fuente.

Aquae educendae, de hacer pasar
al predio sirviente el agua que salía
del predio dominante.

Ius tigni immittendi, de introducir
vigas en la pared del predio sirviente.

Onerisferendi, de hacer descansar
una edificación sobre el muro del
predio sirviente.

Itineris, de pasar por predio ajeno.

Altius non tollendi, de no levantar
la pared a cierta altura.

Fluminis recipiendi, para hacer
que el predio sirviente recibiera las
aguas lluvias del dominante.

Opere servorum, servidumbre per-
sonal de servicios de los esclavos o
de animales ajenos.

SICARIUS

Asesino, sicario.

SINE CAUSA

Sin causa.

SINE CONNUBIO

Sin connubio; matrimonio del *ius*
gentium, que podían contraer los
no ciudadanos romanos.

SINE DIE

Sin fijar el día.

SINE QUA NON

Sin la (o el) cual no, indispensa-
blemente.

SOCIETAS

Sociedad, asociación. Podía ser:

Alicuius negotiationis, sociedad
para el desarrollo de negocio de un
género determinado, como las de
los banqueros (*argentarii*).

Omnium bonorum, sociedad sobre
todos los bienes presentes y futuros
de los asociados. V. *Consortium*.

*Omnium bonorum quae ex questu
veniunt*, sociedad sobre todos los
bienes que llegaran a adquirir los
asociados.

Unius rei, sociedad sobre una o
más cosas determinadas.

Vectigalium, sociedad para rematar
y recaudar en su provecho las
contribuciones a favor del Estado,
mediante el pago de una suma
al erario.

SODALITAS

Asociación.

SOLO CONSENSU

Por el solo consentimiento; díce-
se de los contratos meramente con-
sensuales.

SOLUTI RETENTIO

Facultad de retener lo pagado legí-
timamente.

SOLUTIO

Pago. En sentido amplio, cualquier-
da de las formas de extinguir obli-

gaciones. En sentido estricto, pago propiamente dicho.	SPONSOR Quien se obligaba como deudor en el contrato de <i>sponsio</i> .	STIPULATIO Estipulación; contrato solemne derivado de la <i>sponsio</i> , con mayor amplitud que esta; <i>verbis</i> también.	SUB LITE Bajo la litis, enjuiciado.
De <i>solvere</i> , desatar, deshacer.			
SOLUTIO INDEBITI Pago de lo no debido.			
SOLVENTE El que paga.	SPURII Hijos de uniones pasajeras, <i>vulgo concepto</i> .	STIPULATIO DOLI Estipulación para garantizar al acreedor sobre el dolo que lo pudiera perjudicar.	SUBLATA CAUSA TOLLITUR EFFECTUS Quitada la causa desaparece el efecto.
SPATIUM DELIBERANDI Tiempo fijado por el testador al heredero para efectuar la <i>creatio</i> .	STATUS El estado o condición en que se encuentra una persona respecto de una determinada situación.	STIPULATIO DUPLEX Estipulación doble en la que se convenía el pago de una suma igual al doble del precio, en caso de evicción.	SUBSEQUENS MATRIMONIUM Matrimonio subsiguiente, cuando el padre lo contraía con la concubina madre del hijo, para legitimarlo.
SPECIES Especies o cuerpos ciertos.	STATUS CIVITATIS Estado de ciudadanía.	STIPULATIO POENAE Estipulación de pena, cláusula penal.	SUCCESSIO Sucesión. Procede de <i>succedere</i> , ocupar el lugar que tenía otra persona. Podía ser: <i>In unam rem</i> , sucesión singular. <i>In universum ius</i> , sucesión universal.
SPES Esperanza.	STATUS FAMILIAE Estado de familia.	STRICTU SENSU En estricto sentido.	
SPES DEBITUM IRI Esperanza de lo que se deberá. Expresión que alude a la expectativa de un derecho.	STATUSILLA EXISTIMATIONIS Integridad del honor del ciudadano, que no debía ser mancillado por nota infamante.	STRUPUM Deshonestidad, lujuria, adulterio, estupro.	SUBSTANTIA Esencia, naturaleza de un ser, substancia.
SPONDERE Prometer; verbo de uso obligatorio en la fórmula oral de la <i>sponsio</i> .	STATUS LIBERTATIS Estado de libertad.	SUB CONDITIONE Bajo condición; dícese de la obligación con condición suspensiva.	SUCCESSIO IN LOCUM Sucesión en el puesto, como en la subrogación.
SPONSIO Promesa; contrato primitivo de derecho estricto, de la clase de los <i>verbis</i> porque se realizaba con fórmulas orales.	STATUS QUO En el estado en que está.	SUB EXAMINE Bajo examen.	SUCCESSIO MORTIS CAUSA Sucesión por causa de muerte.
	STATUS QUO ANTE Llevar las cosas a su estado anterior.	SUB IUDICE Bajo juicio, enjuiciado.	SUI GENERIS De su género, especial, característico.

SUI IURIS

Persona no sujeta a potestad; lo contrario de *alieni iuris*.

SUO TEMPORE

A su tiempo.

SUPERSTES

El que sobrevive.

SUPRA

Arriba.

SYNDICUS

Síndico, especie de curador que ejercía las facultades de la persona moral (*universitas*).

SYNGRAPHA

Escrito *ad probationem* y luego *ad solemnitatem* para celebrar ciertos contratos *litteris*, documento con fuerza de vale. V. *Chirographa*.

T**TABULAE**

Tablas; también apuntes privados de ingresos y egresos; *codex*.

TABULAE NUPTIALES

Acta en la que a veces se hacía constar el matrimonio.

TABULARIUS

El escribano profesional.

TANTUMDEM

En igual cantidad (otro tanto).

TESTAMENTUM

Testamento; procede de *testatio*, testimonio. Podía ser:

Calatis comitiis, el que de viva voz se otorgaba ante los comicios.

In procinctu, el que se otorgaba ante el ejército en tiempo de guerra.

Peraes et libram, aquel en el que se hacía venta simulada del testador al heredero.

(*Familiae emptor*); la declaración se llamaba *mancipatio testamenti*.

Tempori pestes conditum, el especial que se otorgaba en lugar afectado por la peste u otra enfermedad.

Rure conditum, el hecho en el campo solo ante cinco testigos.

Irritum, el que habiendo nacido válido se invalidaba por *capitis demissio* del testador.

Destitutum o desertum, el que quedaba sin herederos por falta de los instituidos.

Ruptum, el que se revocaba por el testador, o se invalidaba por otra causa.

Inofficium, el que desconocía en todo o en parte la porción de los legítimarios.

Apud acta conditum, otorgado ante el juez o la curia municipal.

Principi oblatum, remitido al emperador para su conocimiento o su depósito en archivo público.

In iustum, cuando en el otorgamiento no se observaba la forma debida: *non Iure factum*, no hecho según derecho; o faltaba la *factio testamenti* activa o pasiva.

TESTATIO

Testimonio; también documento en el que las partes describían el negocio objetivamente, firmado y conservado por cada una.

TESTIMONIUM

Testimonio, declaración del testigo.

THESAURUS

Tesoro.

TITULUS

Título, inscripción, origen de una relación o situación jurídica.

TRADENS

El tradente, quien efectuaba la tradición.

TRADITO

Tradición, acción de entregar o dar un derecho, especialmente el de propiedad.

TRADITIO BREVI MANU

Entrega de breve mano, abreviada; quien se hallaba detentando

la cosa, por ejemplo, el arrendatario, se convertía en poseedor jurídico con el consentimiento de la otra parte.

TRANSCRIPTIO A PERSONA IN PERSONAM

Cambio de la persona del deudor.

TRANSCRIPTIO A RE IN PERSONAM

Cambio de la causa de una obligación.

TRANSACTIO

Transacción, conclusión de un negocio.

TRASLATIO

Transformación de un legado en otro distinto por voluntad de su autor.

TRASLATIO SERVITUTIS

Constitución directa de una servidumbre.

TURPES STIPULATIONES

Estipulaciones inmorales que hacían ilícito el objeto del contrato.

TURPIS

Torpé, deshonesto.

TUTELA

Tutela, defensa, protección, amparo.

U

USUCAPIO

Usucapión. Medio de adquirir el dominio de una cosa por su posesión durante cierto tiempo (origen de la prescripción adquisitiva). Proviene de *usu capere*, tomar por el uso.

USUCAPIO LIBERTATIS

Adquisición de la libertad de una servidumbre, por actos contrarios a esta durante cierto tiempo.

USURAE

Interés. Proviene de *usus*, porque corresponde al uso del dinero. V. *Fenus*.

USUS

Uso, derecho de usar una cosa sin derecho sobre los frutos: *nudus usus sinefructus*; uno de los atributos del dominio. V. *lus utendi*.

USUSFRUCTUS

Usufructo.

UTENDI

Ius utendi, derecho de usar una cosa.

UTENDUM DARE

Dar para el uso; se refiere en particular al préstamo de un inmueble.

UTILITAS

Utilidad, provecho, interés.

ULTIMA RATIO

Razón última.

ULTRO CITROQUE OBLIGARI

Obligarse de una y otra parte.

UNCLARIUM FOENUS

Máximo de interés que se podía cobrar en cierta época por préstamos de dinero.

UNIVERSITAS

Corporaciones para un objeto determinado; eran personas morales.

UNO EX LATERE

De un solo lado; dícese de los contratos unilaterales que no generan obligaciones sino de una sola parte.

UNUM DEBITUM

Un solo débito, una sola cosa debida, una sola obligación.

UNUS CONTEXTUS

Unidad de contexto, sobre todo en el testamento.

URBS

Ciudad.

UXOR

Mujer casada.

UTI NON ABUTI

Usar, no abusar.

UTI POSSIDETIS

Interdicto por el cual el pretor protegía al poseedor actual, prohibiendo el menor atentado contra su posesión, con la condición de que esta fuera *nec vi* (sin violencia), *nec clam* (sin clandestinidad), *nec precario* (sin precariedad).

UT INFRA

Como abajo.

UT SUPRA

Como arriba.

V

VACUAM POSSESSIONEM TRADERE

Transmitir al comprador la posesión pacífica.

VADIMONIUM

Obligación de comparecer en juicio en cierto día.

VELIS NOLIS

Quieras o no quieras, a la fuerza.

VENIA AETATIS

Venia de la edad; origen de la habilitación de edad.

VENDITIO IMAGINARIA

Venta imaginaria o ficticia.

VENDOR

El vendedor.

VERBA VOLENTE, SCRIPTA MANENT

Las palabras vuelan, lo escrito permanece.

VERBORUM SIGNIFICATIO

Significado de las palabras (alude a la interpretación gramatical de las normas jurídicas).

VENUM DATIO

Dación en venta.

VERBI GRATIA

Verbi gracia, por ejemplo (*verbi causa*).

VERBIS

(Contratos), los que se realizaban mediante fórmulas sacramentales, orales, solemnes, de derecho estricto: *verbis contrahitur obligatio*, la obligación se contrae con palabras.

VERUM REI PRETUM

Valor real de la cosa.

VINDEX

Tercera persona que intervenía para evitar la *manus iniection*, imponiendo su mano sobre el deudor y pronunciando fórmula contraria.

VINDICATIO

Vindicación, venganza. V. Acción reivindicatoria.

Compulsiva, moral.

Maior, fuerza mayor. Se la distinguió del caso fortuito.

VINDICTA

Venganza.

Vox iuris

La voz del derecho.

Vis

Fuerza, violencia. Podía ser:

Absoluta, física.

Vulgo concepti

V. Spurii.

TEXTOS**Regulae Juris**

Los textos extraídos de las fuentes han sido incluidos en cada capítulo de este manual, de acuerdo con su pertinencia. Algunos de ellos son ahora *regula iuris* o reglas de derecho, porque han demostrado a través del tiempo su carácter de perdurabilidad, certeza y oportunidad. Aunque los romanos no fueron afectos a las definiciones jurídicas ni a la construcción de principios absolutos, la utilización inveterada de estas *regulae* las han convertido, con el paso “lento e imperceptible” del tiempo, en las ideas fundamentales que nutren la ciencia y la esencia del derecho.

En esta sección incluimos algunos más.

DERECHO

**IURIS PRAECEPTA SUNT HAEC HONESTE VIVERE ALTERUM
NON LAEDERE SUUM CUIQUE TRIBUERE**

Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al próximo, dar a cada uno lo suyo.

(Dig., 1. 1. 10. 1; Inst., 1.1.3).

IUS EST ARS BONI AT EQUI

El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

(D. 1. 1. 10. 1).

TOTUM IUS CONSISTIT AUT IN ACQUIRENDO, AUT IN CONSERVANDO, AUT IN MINUENDO

Todo el derecho consiste, o en adquirir, o en conservar, o en disminuir.

(D. 1, 3, 41).

UBI HOMO, IBI IUS

Donde está el hombre, está el derecho.
(R.J.).

SUMMUM IUS SUMMA INJURIA

El derecho en exceso se convierte en injusticia.
(Cicerón).

NON IUS DEFICIT, SED PROBATIO

El derecho no falla, pero sí la prueba.
(D. 26, 2, 30).

ERROR COMMUNIS FACIT IUS

El error común hace derecho.
(D. 33, 10.3.5).

UBI EADEM RATIO, IBI IDEM IUS

Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho.
(R.J.).

IURA NOVIT CURIA

El juez conoce el derecho. Por eso se deben probar los hechos, no el derecho.
(R.J.).

DE SUO, NON DE ALIENO IURE, QUEMQUE AGERE OPORTET

Cada cual reclama su derecho, no el ajeno.
(D. 7.6.5).

QUI IURE SUO UTITUR, NEMINEM LAEDIT

El que usa su derecho a nadie perjudica.
(R.J.).

LIBERTAS EST POTESTAS FACIENDI ID QUOD IURE LICET

Libertad es la facultad de hacer lo que la ley permite.
(R.J.).

IURE SUO FACILE RENUNTIARE NON PRAESUMITUR

No se presume que uno renuncie fácilmente a su derecho.
(R.J.).

NEMO ID IUS, QUOD NON HABET, AMITTERE POTEST

Nadie puede perder el derecho que no tiene.
(R.J.).

NEMO PLUS IURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST, QUAM IPSE HABET

Nadie puede dar a otros más derechos que los que tiene.
(D. 50.17.54; Glosa a las Partidas).

NEMO DAT QUOD NON HABET

Nadie puede dar más de lo que tiene.
(R.J.).

QUOD AD IUS NATURALE ATTINET, OMNES HOMINES AEQUALES SUNT

En lo que al derecho natural se refiere, todos los hombres son iguales.
(D. 50.17.32).

NEMO IUS PUBLICUM REMITTERE POTEST

Nadie puede alterar el derecho público.
(D. 26.7.5.7).

VERBA CONVENTIONUM SECUNDUM IUS COMMUNE INTELLIGI DEBENT

Las palabras de los convenios deben entenderse con arreglo al derecho común.
(R.J.).

IUS GENTIUM EST, QUOD GENTES HUMANAEC UTUNTUR

Derecho de gentes es aquel que usan todos los pueblos humanos.
(D. 1.1.1.4).

IUS EX FACTO ORITUR

El derecho nace del hecho.
(R.J.).

IUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER CONSTITUITUR

El derecho no se establece para determinadas personas, sino que obliga a todos.
(D. 1.3.1.8).

IUS PUBLICUM PRIVATORUM PACTIS MUTARI NON POTEST

El derecho público no se puede alterar por pactos privados.
(D. 2.14.28).

LEY*DURA LEX, SED LEX*

La ley es dura pero es la ley.
(R.J.).

DURA LEX, SED SERVANDA

La ley es dura pero hay que observarla.
(R.J.).

DURUM HOC EST, SED ITA LEX SCRIPTA EST

Duro es ello, pero así está escrita la ley.
(D. 40.9.12.1).

LEX EST QUOD POPULUS IUBET ATQUE CONSTITUIT

Ley es lo que el pueblo ordena y constituye.
(Gayo. 1.3).

LEX EST COMMUNE PRECEPTUM

La ley es precepto común.
(D. 1.3.1).

SIMPLICITAS LEGUM AMICA EST

La simplicidad es amiga de la ley.
(R.J.).

*LEX EST COMMUNE PRAECEPTUM, VIRORUM PRUDENTIUM CONSULTUM, DELICTORUM
QUAE SPONTE VEL IGNORANTIA CONTRAHUNTUR COERCITIO, COMMUNIS REI PUBLICAE
SPONSIO*

La ley es precepto común, dictado de los hombres prudentes, corrección de delitos que se cometen por propia voluntad o por ignorancia, convención de la república.
(D. 1.3.1).

INCIVILE EST NISI TOTA LEGE PERSPECTA UNA ALIQUA PARTICULA EIUS PROPOSITA IUDICARE VEL RESPONDERÉ

Es impropio juzgar o responder de acuerdo con una parte de la ley sin haber tenido en cuenta toda ella.
(D. 1.3.24.9).

POTERIORES LEGES AD PRIORES PERTINENT, NISI CONTRARIAE SINT

Las leyes posteriores se integran en las anteriores, salvo que fueran contrarias a éstas.
(D. 1.3.28).

LEX EST ALIQUID RATIONIS

La ley es algo de razón.
(Santo Tomás, Suma Teológica, 1. 2).

*LEX EST ORDINARIO RATIONIS AD BONUM COMMUNE, AB EO QUI CURAM COMMUNITATIS
HABET, PROMULGATA*

La ley es la ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.
(Santo Tomás, Suma Teológica, 1.2).

SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO

Que la salud del pueblo sea la ley suprema.
(Ley de las XII Tablas).

LEX INIUSTA NON EST LEX

La ley injusta no es ley.
(R.J.).

LEX OMNIS DEBET ESE POSSIBILIS, ALIAS NON EST LEX

Toda ley ha de ser posible; en otro caso no es ley.
San Raimundo de Peñafort (*Summa Iuris*).

OMNIA MIHI LICET NISI LEGE VEL DECRETO VETENTUR

Me es lícito todo lo que no me está prohibido por la ley o por decreto.
San Raimundo de Peñafort (*Summa Iuris*).

LEGIS VIRTUS HAEC EST: IMPERARE, VETARE, PERMITTERE, PUNIRE

La fuerza de la ley es esta: mandar, vetar, permitir, castigar.
(D. 1.3.7).

*VERE DICI POTEST, MAGISTRATUM ESE LEGEM LOQUENTEM, LEGEM AUTEM MUTUM**MAGISTRATUM*

Puede decirse en verdad que el magistrado es la ley parlante; la ley, en cambio, el magistrado silencioso.
(Cicerón, De Legibus, 3.1).

VIS LEGIBUS INIMICA

La fuerza es enemiga de las leyes.
(R.J.).

INTER ARMA SILENT LEGES

Bajo las armas las leyes callan.
(Cicerón, Pro Milone, 4.10).

LEX JUBEAT, NON DISPUTET

La ley debe mandar, no polemizar.
(Séneca, Epístolas 94).

PESSIMA REPÚBLICA, PLURIMAE LEGES

Mal gobierno, muchas leyes.
(Tácito).

PATERE QUAM IPSE FECISTI LEGUM

Sufre la ley que tú mismo hiciste.
(R.J.).

EXCEPTIO FIRMAT VIM LEGIS IN CASIBUS NON EXCEPTIS

La excepción confirma la fuerza de la ley en los casos no exceptuados.
(Bacon, Aforismo XVII).

LEGUM OMNES SERVIS SUMUS, UT LIBERI ESSE POSSIMUS

Todos somos esclavos de las leyes para que podamos ser libres.
(Cicerón).

IMPOTENTIA EXCUSAT LEGEM

La imposibilidad excusa de la observancia de la ley.
(R.J.).

IGNORANTIA LEGIS NON EXCUSAT

La ignorancia de la ley no excusa.
(R.J.).

SCIRE LEGES NON HOC EST, VERBA EARUM TENERE, SED VIM AC POTESTATEM

Saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder.
(D. 1.3.17).

LEX SEMPER LOQUITUR

La ley siempre habla.
(R.J.).

LEX, UBI VOLUIT, DIXIT; UBI NOLUIT TACUIT

La ley, cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló.
(R.J.).

INCIVILE EST, NISI TOTA LEGE PERSPECTA, UNA ALIQUA PARTICULA EIUS PROPOSITA, IUDICARE VEL RESPONDERE

Es antijurídico juzgar o dictaminar, en vista de alguna pequeña parte de la ley, sin haberla examinado detenidamente en su totalidad.
(Bacon, aforismo IX).

LEX INTERPRETATIONE ADIUVANDA

La ley ha de ser ayudada por la interpretación.
(R.J.).

NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SINE

No hay delito ni pena sin una ley previa.

PUNIRI NON DEBET A MAGISTRATU, QUOD LEGE NON PUNITUR

No debe ser castigado por el magistrado lo que la ley no castiga.
(R.J.).

INTERPREATIONE LEGUM POENAE MOLLIENDAE SUNT POTIUS QUAM ESPERANDAE

En la interpretación de las leyes las penas han de ser atenuadas más bien que agravadas.
 (Hermogeniano, *De poenis*, 48.19.42).

OPTIMA EST LEGUM INTERPRES CONSUETUDO

La costumbre es la mejor intérprete de las leyes.
 (Calístrato, *de legibus*, 1.3.37).

UBI LEX NON DISTINGUIT, NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS

Cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir.
 (R.J.).

IN RE DUBIA, MELIUS EST VERBIS EDICTI SERVIRE

En caso de duda es mejor atenerse a las palabras de la ley.
 (Ulpiano).

LEGES GENERALES NON DEBENT EXTENDI AD LEGES QUAE HABENT SUAM PARTICULARREM PROVISIONEM

Las leyes generales no han de interferir en aquellas otras que dictan disposiciones particulares.
 (R.J.).

LEGES LEGIBUS CONCORDARE PROPTUM EST

Procede concordar unas leyes con otras.
 (R.J.).

POSTERIORA PRIORIBUS DEROGANT

Las disposiciones posteriores derogan las anteriores.
 (R.J.).

LEX POSTERIOR, DEROGAT PRIORI

La ley posterior deroga la anterior.
 (R.J.).

PRIORES LEGES NIHIL OMNIS STABUNT QUANTUM PRESENTI LEGI NON CONTRADICENT

Las leyes anteriores subsisten en cuanto no contradicen a la ley vigente.
 (R.J.).

LEX POSTERIOR GENERALIS, NON DEROGAT PRIORI SPECIALI

La ley posterior general, no deroga la anterior especial.
 (R.J.).

LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI

La ley especial deroga la general.
 (R.J.).

CONTRA LEGEM FACIT, QUID ID FACIT, QUOD LEX PROHIBET; IN FRAUDEM VERO, QUI SALVIS VERBIS LEGIS, SENTENTIAM EIUS CIRCUMVENIT

Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, el que, salvadas sus palabras, elude su sentido.
 (D. 1. 3. 29).

LEX NON COGIT AD IMPSSIBILIA

La ley no obliga a cosas imposibles.
 (R.J.).

LEX NEMINEM COGIT OSTENDERE QUOS NEC SIRE PRESUMITUR

La ley no obliga a nadie a declarar lo que se presupone que no sabe.
 (R.J.).

JUSTICIA, JURISDICCIÓN, PROCESO***IUSTITIA EST CONSTANS AC PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUNDI***

Justicia es voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo.
 (D. 1.1.10).

IUSTITIAM NAMQUE COLIMUS ET BONI ET AEQUI NOTITIA PROFITEMUR, AEQUUM AB INIQUO SEPARANTES, LICITUM AB ILLICITO DISCERNENTES

Rendimos culto a la justicia cuando profesamos la ciencia de lo bueno y de lo justo, separando lo equitativo de lo inicuo, distinguiendo lo lícito de lo ilícito.
 (D. 1.1.1.1).

IUSTITIA OMNIUM EST DOMINA ET REGINA VIRTUTUM

La justicia es reina y señora de todas las virtudes.

(Cicerón).

(Optima).

FUNDAMENTUM EST IUSTITIA FIDES, ID EST DICTORUM CONVENTORUMQUE CONSTANTIA ET VERITAS

El fundamento de la justicia es la fe, esto es, la firmeza y la verdad de lo dicho y convenido.

(Cicerón).

UBI NON EST IUSTITIA, IBI NON POTEST ESSE IUS

Donde no hay justicia no puede haber derecho.

(R.J.).

DENEGARE NON DEBET IUS, IUSTE DEPRECANTIBUS

No debe denegarse el derecho a quienes lo piden justamente.

(R.J.).

IUSTITIA FUNDAMENTUM REGNORUM

La justicia es el fundamento de los Estados.

OPTIMA EST LEX, QUAE MINIMUM RELINQUIT ARBITRIO IUDICIS; OPTIMUS IUDEX, QUI MINIMU SIBI

La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial; y el mejor juez, el que reduce al mínimo el suyo.

(Bacon, Aforismos, VIII y XLVI).

MEMINISSE DEBENT IUDICES ESSE MUNERIS SUI IUS DICERE, NON AUTEM IUS DARE

Los jueces deben acordarse de que su ministerio consiste en declarar el derecho, no en establecerlo.

(Bacon, De officio iudicis).

IUDEX TUNC LITEM SUAM FACERE INTELLIGITUR, QUUM DOLUS MALUS IN FRAUDEM LEGIS SENTENTIAM DIXERIT

Se entiende que el juez hace suyo el pleito, cuando con dolo malo hubiere pronunciado sentencia en fraude a la ley.

(D. 5.1.15.1).

IUDICARE MUNUS PUBLICUM EST

Juzgar es carga (función) pública.

(D. 5.1.78).

NEMO ESE IUDEX IN SUA CAUSA POTEST

Nadie puede ser juez en causa propia.

(Publio Siro).

IUDEX NON DEBET LEGE CLEMENTIOR ESSE

El juez no debe ser más clemente que la ley.

(R.J.).

UNIVERSI IUDICES INTELLIGUNTUR IUDICARE QUUM OMNES ADSUNT

Se cree que todos los jueces han juzgado cuando todos han estado presentes.

(R.J.).

IUDEX AEQUITATEM PRAE OCULIS SEMPER HABERE DEBET

El juez debe tener siempre la equidad ante la vista.

(Decio, R.J., 90.7).

IUDEX IUDICARE DEBET IUXTA (SIVE: SECUNDUM) ALLEGATA (SIVE: ALLIGATA) ET PROBATA

El juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado.

(Godofredo).

IUDEX POSTEAQUAM EMEN SENTENTIAM DIXIT, IUDEX ESSE DESINIT

El juez, después que una vez pronunció la sentencia, deja de ser juez en el asunto.

(D. 42, 1.55).

NON EST IUDEX ULTRA PETITUM PARTIUM

El juez no puede excederse de las peticiones de las partes.

(R.J.).

INFERIOR IUDEX NON POTEST TOLLERE LEGEM SUPERIORIS

El juez inferior no puede anular el mandamiento de su superior.

(R.J.).

PAR IUDEX IN PAREM NON HABET IMPERIUM

Un juez carece de potestad sobre su igual.

(R.J.).

QUI IUSSU IUDICIS ALIQUID FACIT, NON VIDETUR DOLUS MALUS FACERE, QUIA PARERE NECESSE EST

El que hace alguna cosa por mandamiento del juez no se considera que la hace con dolo malo, porque tiene necesidad de obedecer.

(D. 50.17.167).

IUDICATA RES PRO VERITATE ACCIPITUR

La cosa juzgada se recibe como verdadera.

(R.J.).

IUDICIS EST IUS DICERE NON DARE

Es propio del juez interpretar la ley, no dictarla.

(R.J.).

POST REM IUDICATAM NIHIL QUARITUR

Después de la cosa juzgada nada se cuestiona.

(R.J.).

RES INTER ALIOS ACTA IUDICATA ALIIS NON OBEST

La cosa juzgada entre unos no perjudica a otros.

(D. 44. 1. 10).

*EXCEPTIONEM REI IUDICATAE OBSTARE QUOTIENS EADEM QUESTIO INTER EADEM**PERSONAS VOCATUR*

Hay lugar a la excepción de cosa juzgada cuantas veces se reproduce el mismo asunto entre las mismas personas.

(D. 44. 2. 3).

PUBLICE INTEREST NON CONVELLI RERUM IUDICATARUM AUCTORITATEM

Es de interés público no destruir la autoridad de la cosa juzgada.

(R.J.).

NIHIL ALIUD EST ACTIO QUAM IUS QUOD SIBI DEBEATUR, IUDICIO PERSEQUENDI

La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno le es debido.

(D. 44. 7. 53. 3).

ACTORE NON PROBANTE, QUI CONVENITUR, ETSI NIHIL IPSE PRASETAT, OBTINET

Si el actor no prueba, hay que absolver al demandado.

(R.J.).

ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI

La carga de la prueba es del actor.

ACTORE NON PROBANTE, REUS EST ABSOLVENDUS

Si el actor no prueba, se debe absolver al demandado.

(C. 2. 1. 4).

AGERE ETIAM IS VIDETUR QUI EXCEPTIONE UTITUR: NAM REUS IN EXCEPTIONE ACTOR EST

Se considera que ejercita acción también el que usa de excepción, pues el demandado es actor en la excepción.

(D. 44. 1. 1).

REUS IN EXCIPIENDO FIT ACTOR

El demandado ejercitando una excepción se hace actor.

(R.J.).

REUS EXCEPTIONES QUAS OBICIT PROBARE TENETUR

El demandado está obligado a probar las excepciones que opone.

(Decio, reg. iuris 43.5).

NEC IUDICEM OPORTET INIURIAM SIBI FIERI EXISTIMARE, EO QUOD LITIGATOR AD PROVOCATIONIS AUXILIUM CONVOLAVIT

El juez no debe estimar que se le infiere injuria porque el litigante haya acudido al recurso de apelación.

(C. 7.62.20).

*APPELLANTI NIHIL OBESSE, QUOD IN LIBELLIS, A QUA PARTE SENTENTIAE APPELLARET,
NON SIGNIFICAVIT*

En nada perjudica al apelante el no señalar en el escrito del recurso de qué parte de la sentencia apela.
(D. 49.1.13).

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

Nadie está obligado a acusarse a sí mismo.
(R.J.).

NEMO DAMNATUS, NISI AUDITUS

Nadie puede ser condenado si no es oído.
(R.J.).

IN DUBIO PRO REO

En la duda, a favor del reo.
(R.J.).

IN OBSCURO, LIBERTAS PREVALET

En la duda prevalece la libertad.
(D. 40.5.50).

IN POENABILIS CAUSIS, BENIGNIUS INTERPRETANDUM EST

En las causas penales se ha de hacer la interpretación con más benignidad.
(D. 50.17.108).

QUOD NULLU SINE IUDICARIO ORDINE DAMNARI VALEAT

Que nadie pueda ser condenado sin sujeción al procedimiento judicial establecido.
(R.J.).

CONFESSUS PRO IUDICATO EST, QUI QUODAMmodo SUA SENTENTIAE DAMANTUR

Se tiene por juzgado al confeso, el cual en cierto modo se condena por su propia sentencia.
(D. 42.2.1).

DEFENSIONEM QUOCUMQUE TEMPORE POSTULANTI REO NEGARI NON OPORTET

Pidiéndola el reo, no se le debe negar en ningún tiempo la defensa.
(D. 48.18.18.9).

INIURIA EST QUOD NON IURE FACTUM EST, HOC EST CONTRA IUS

Injusticia es lo que no se hizo conforme a derecho, esto es, lo que se hizo contra derecho.
(D. 9.2.5.1).

CONFESSIO EST REGINA PROBATIONUM

La confesión es la reina de las pruebas.
(R.J.).

CONFESSUS PRO IUDICATO EST, QUI QUODAMmodo SUA SENTENTIAE DAMNATUR

Se tiene por juzgado al confeso el cual, en cierto modo, es condenado por su propia sentencia.
(D. 24.156).

UBI VERBA NON SUNT AMBIGUA, NON EST LOCUS INTERPRETATIONIBUS

Cuando las palabras no son ambiguas no hay lugar a las interpretaciones.
(R.J.).

NOTORIUM NON EGIT PROBATIONE

Lo notorio no requiere prueba.
(R.J.).

PROBATIO CONCLUDENS ESSE DEBET

La prueba debe ser concluyente.
(Decio, reg. iuris, 24.8).

PROBATIO EST DEMONSTRATIONIS VERITAS

La prueba es la demostración del hecho.
(R.J.).

PROBATIO VINCIT PRAESUMPTIONEM

La prueba vence la suposición.
(R.J.).

IN IUDICIO QUOD NON APPARET NON EST

Lo que no aparece en el juicio no existe.
(R.J.)

DA MIHI FACTUM EGO TIBI IUS

Dame el hecho y yo te daré el derecho.
(R.J.)

TESTIUM FIDES DILIGENTER EXAMINANDA

Se ha de examinar con diligencia la veracidad de los testigos.
(Calistrato, D. 22.5).

TESTIS IN UNO FALSUS, IN NULLO FIDEM MERETUR

Al testigo que es falso en un punto, no se le debe creer.
(R.J.)

UNIUS TESTIMONIUM NON SUFFICIT AD CONDEMNATIONEM

No es suficiente un solo testigo para condenar.
(C., 2.20.10).

QUOD NULLUM EST, NULLUM PRODUCIT EFFECTUM

Lo que es nulo no produce ningún efecto.
(R.J.)

NEMO POTEST AD IMPOSSIBILE OBLIGARI

Nadie puede ser obligado a lo imposible.
(R.J.)

ERROR IURIS EXPRESSUS SENTENTIAE VITIAT

El error de derecho expreso vicia la sentencia.
(Decio, rej. iuris., 155.4).

*DOLO, CULPA, FRAUDE, BUENA FE**DOLUS EST CONSILUM ALTERI NOCENDI*

Dolo es el propósito de perjudicar a otro.
(R.J.)

MAGNA CULPA DOLUS EST

La culpa grande es dolo.
(D. 50. 16. 226).

NEMINI DOLUS SUS PRODESSE DEBET

A nadie debe aprovechar su propio dolo.
(R.J.)

DOLUS NON PRAESUMITUR

El dolo no se presume.
(R.J.)

AD UTROQUE PARTE DOLUS COMPENSANDUS

El dolo de ambas partes debe compensarse.
(D. 2. 10. 3. 3).

DOLUM NON NISI PERSPICUIS INDICIS PROBARI CONVENIT

El dolo no se ha de probar sino por indicios claros.
(R.J.)

FIDES BONA CONTRARIA EST FRAUDI ET DOLO

La buena fe es contraria al fraude y al dolo.
(D. 17. 2. 3, 3).

FRAUS NUNQUAM PRAESUMITUR

El fraude no se presume nunca.
(R.J.)

CULPA EST, QUOD, QUUM A DILIGENTE PROVIDERI POTERIT, NON ESSET PROVISUM, AUT TUM DENUNTLATUM ESSET, QUUM PERICULUM EVITARE NON POSSIT

Hay culpa, porque habiéndose podido avisar por persona diligente, no se avisó, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro.
(D. 9.2.31).

IMPERITIA CULPÆ ADNUMERATUR

La impericia es contada como culpa.
(D. 50.17.132).

ILLE QUI NON PRAEVIDET QUOD PRAEVIDERE DEBUIT, IN CULPA EST

Incurre en culpa aquel que no prevé lo que debió prever.
(Baldo).

CULPA ABEST, SI OMNIA FACTA SUNT, QUAE DILIGENTISSIMUS QUISQUE OBSERVATURUS FUISSET

Desaparece la culpa si se hizo todo lo que hubiese de haber tenido en cuenta uno cualquiera muy diligente.
(D. 19. 2. 25. 7).

UBI NOS EST CULPA, IBI NON EST DELICTUM

Cuando no hay culpa no existe delito.
(R.J.).

CULPA EST QUOD, CUM A DILIGENTE PRAEVIDERE POTUIT, NON EST PRAEVISUM

Constituye culpa el no haber previsto cuando pudo preverse por persona diligente.
(D. 9. 2. 31).

*LATA CULPA EST NIMIA NEGLIGENTIA ID EST NON INTELLIGERE QUOS OMNES**INTELLIGUNT*

Culpa lata (grave) es la negligencia excesiva, esto es, no comprender lo que todos comprenden.
(D. 50. 16. 2. 13).

NON AUDITUR PROPRIAM ALLEGANS TURPITUDINEM

No es oído el que alega una torpeza propia.
(R.J.).

BONA FIDES SEMPER PRAESUMITUR, NISI MALA ADESSE PROBETUR

La buena fe se presume siempre, si no se prueba la existencia de la mala.
(Dino, reg. iuris, 82.5).

PACTA SUNT SERVANDA

Los pactos deben respetarse.

BONA FIDES NON PATITUR UT BIS IDEM EXIGATUR

La Buena fe no permite que se exija dos veces la misma cosa.
(D. 50. 17. 57).

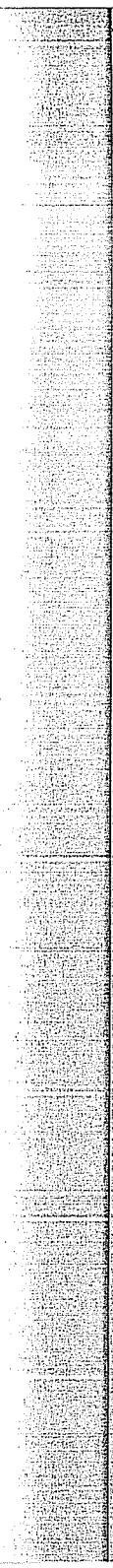
NEMINI LICIT LOCUPLETARI CUM ALTERIUS INJURIA VEL IACTURA

No es lícito enriquecerse con en perjuicio o en detrimento de otro.
(C. 5.12.48).

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Correa, Eduardo, *Curso de derecho romano*, Ed. Pluma, Bogotá, 1979.
- Ángel E. Lapieza Elli, *Historia del derecho romano*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1981.
- Barry Nicholas, *Introducción al derecho romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- Bernhard Windscheid, *Tratado de derecho civil alemán*, trad. de Fernando Hinestrosa, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976.
- Bertrand Russell, *La Sabiduría de Occidente*, Ed. Aguilar, Madrid.
- Betancourt, Fernando, *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.
- Borkowski, Andrew & Du Plessis, Paul. *Roman Law*, Oxford University Press, 2005.
- Casinos Mora, Francisco Javier. *La noción romana de Auctoritas y la responsabilidad por Auctoritas*. Ed. Comares, Granada, 2000.
- Cuenca, Humberto. *Proceso civil romano*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- Dante Corrente, Spanó, *Fuentes del derecho romano*, Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1970.
- De Churruca, Juan, *Introducción histórica al derecho romano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1987.

- Derecho Civil Primer Año, *Lecturas*, Compilador Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- *Digestum Vetus*, Lugduni, 1566.
- Domínguez Tristán, Paula, *El Prodigus y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Cedecs Editorial, Barcelona 2000.
- D'ors, *Derecho privado romano*, 5a ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1983.
- *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'ors; F. Hernández, P.; Fuenteseca; M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1968.
- Edmond Champeau y Antonio José Uribe, *Tratado de derecho civil colombiano*, París, 1899.
- Espitia Garzón, Fabio, *Historia del derecho romano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- F. C. de Savigny, *Derecho romano actual*, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1878.
- Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Gayo, *Instituciones*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985.
- González de Cancino, Emilssen, *Manual de derecho romano*, 5a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Heineccius, *Eléments du Droit Civil Romain*, París, 1812.
- *Elements du droit romain*, trad. par J. F. Berthelot, Paris, 1812.
- Hernán Valencia Restrepo, *Derecho privado romano*, Ed. Temis, Bogotá, 1992.



- Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- *Apuntes de derecho romano, Bienes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.
- Iglesias, Juan, *Derecho romano*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- *Miniaturas histórico-jurídicas*, Ariel, Barcelona, 1992.
- *Derecho romano*, 11^a ed., Ariel Derecho, Madrid, 1994.
- *Las fuentes del derecho romano*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1989.
- *Espíritu del derecho romano*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- Jaramillo, Carlos Ignacio, *El nacimiento de la cultura jurídica*, Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
- *Escuelas de los glosadores, canonistas y post-glosadores*. Universidad Javeriana, Bogotá, 1996.
- Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, t. 1, Editorial Herder, Barcelona, 1954.
- Juan Iglesias, *Derecho romano*, 11^a ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- *Justinian's Institutes*. Translated by Peter Birks & Grant McLeod. Duckworth, London, 2001.
- M. Ortolán, *Compendio de derecho romano*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978.
- Medellín Forero, Carlos, Introducción a la estética del derecho, Biblioteca "Umaña de Brigard", Contraloría de Cundinamarca, Bogotá, 1955.
- *Plures rei stipulandi et promittendi*, III Congreso Latinoamericano de derecho romano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

- Metzger, Ernest (Editor). *A Companion To Justinian's Institutes*. Duckworth, London, 2002.
- Mommsen, Theodor, *Le droit public romain*, 1ts., trad. de la 3^a ed., alemana por Paul Frédéric Girard, Paris, 1892.
- Histoire romaine*, trad. de C. A. Alexandre, Paris, Éditions Robert Lafont, 1985.
- Derecho penal romano*, trad. De P. Dorado, Ed. Temis, Bogotá, 1976.
- Mousourakis, George, *A Legal History of Rome*, Routledge, London, 2007.
- Nespral, Bernardo, *El derecho romano en el siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2002.
- Novitosky, V.I., *Fundamentos del derecho civil romano*, traducción de Delio Carreras Cuevas, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1980.
- Petit, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. por José Fernández González, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1910.
- Pieragnelo Catalano, Hans-Albert Steger; Giovanni Lobrano, *América Latina y el derecho romano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
- Recasens Siches, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, Driskill S.A., Buenos Aires, 1978.
- Rene Robaye, *Le droit romain*, Academia Bruxlant, Bélgica, 1996.
- Rodolfo Arguello, *Manual de derecho romano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Roldan Hervas, José Manuel, *Historia de Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

- Roldan, José Manuel; Blásquez, José María; y Del Castillo, Arcadio, *Historia de Roma*, t. II, Edit. Cátedra, Madrid.
- Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- Suetonio, *Vida de los Doce Césares*, Clásicos Jackson, Buenos Aires, 1950.
- Tercera Partida, Madrid, MDCX.
- Valencia Restrepo, Hernán, *Derecho privado romano*, Ed. Temis, Bogotá, 1986.
- Von Ihering, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- Watson, Alan, *The spirit of roman law*, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1995.
- Wolfgang Kunkel. *Historia del derecho romano*, Ariel Derecho, Barcelona, 1982.
- Zamora Manzano, José Luis, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental*, Edisofer, Madrid, 2002.