

LA PERSONA Y LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

*Análisis a través de sus etapas históricas y
su influencia en el Derecho civil vigente*

Antonio Silva Sánchez
Ángel Acedo Penco



Antonio Silva Sánchez
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho romano
Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura

Ángel Acedo Penco
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil
Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura

LA PERSONA Y LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

**ANÁLISIS A TRAVÉS DE SUS ETAPAS HISTÓRICAS Y
SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE**

DYKINSON

Madrid, 2019

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
© Antonio Silva Sánchez y Ángel Acedo Penco

Madrid, 2019

Editorial Dykinson, S.L.

Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 –(34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-900-1

Preimpresión realizada por el autor

ÍNDICE

Prólogo	13
Abreviaturas.....	15
Capítulo I LAS DIVERSAS ETAPAS HISTÓRICAS, POLÍTICAS Y JURÍ- DICAS EN QUE SE DESENVOLVIÓ EL DERECHO ROMANO <i>Por Antonio Silva Sánchez</i>	17
1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	17
1.1. Enfoque sistemático	17
1.2. Etapas históricas del Derecho romano	18
2. LA ÉPOCA ARCAICA.....	19
2.1. Orígenes de la sociedad romana	19
2.2. La Monarquía.....	20
2.2.1. Caracteres	20
2.2.2. <i>Comitia curiata</i> en la Monarquía.....	21
2.3. La República	22
2.3.1. La magistratura	22
2.3.1.1. <i>Imperium</i> y <i>potestas</i>	22
2.3.1.2. Características de las magistraturas.....	22
2.3.1.3. Clases.....	23
2.3.1.4. Órganos y funciones	23
2.4. El Senado	25
2.5. Las asambleas populares	25
2.5.1. <i>Comitia curiata</i> en la República.....	25
2.5.2. <i>Comitia centuriata</i>	25
2.5.3. <i>Comitia tributa</i>	26
2.5.4. Otras asambleas.....	26
2.5.5. Las leyes de las asambleas	27
2.6. El Derecho arcaico.....	27
2.6.1. <i>Mores maiorum</i>	27
2.6.2. <i>Leges regiae</i>	28
2.6.3. La <i>Ley de las XII Tablas</i>	28
2.6.4. La jurisprudencia pontifical.....	29
3. LAS ÉPOCAS PRECLÁSICA Y CLÁSICA.....	30
3.1. Situación político-social	30
3.2. Propuestas de reforma.....	30

3.3. Triunviratos y Principado.....	31
3.4. <i>Ius civile</i>	32
3.5. <i>Ius honorarium</i> o <i>ius praetorium</i>	32
3.6. La legislación popular	34
3.7. <i>Ius gentium</i>	34
3.8. La jurisprudencia y la actividad de los juristas.....	34
3.8.1. Etapa preclásica o helenística	34
3.8.2. Etapa clásica alta	35
3.8.3. Etapa clásica tardía.....	36
3.9. Las constituciones imperiales	38
4. LAS ÉPOCAS POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA	38
4.1. Enfoque histórico-político	38
4.2. Crisis del Derecho romano	39
4.3. <i>Iura</i> y <i>leges</i>	40
4.3.1. Colecciones de <i>Iura</i> y <i>leges</i>	40
4.3.1.1. Colecciones de <i>Iura</i>	41
4.3.1.2. Colecciones de <i>leges</i> antejustinianas	41
4.3.1.3. Colecciones jurídicas mixtas de <i>Iura</i> y <i>leges</i>	41
4.4. El <i>Corpus Iuris Civilis</i>	42
4.4.1. Escenario jurídico	42
4.4.2. Contenido	43
4.4.3. Significado	44
Indicación bibliográfica	45

Capítulo II. EL DERECHO Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA EN ROMA

Por Antonio Silva Sánchez..... 47

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO EN ROMA.....	47
1.1. <i>Regula agendi</i>	47
1.2. <i>Facultas agendi</i>	48
1.3. Las fuentes del Derecho romano	48
1.3.1. Fuentes de derecho escrito	48
1.3.2. Fuentes de derecho no escrito	49
2. LAS DIVISIONES DEL DERECHO ROMANO	49
2.1. <i>Ius publicum</i>	49
2.2. <i>Ius privatum</i>	49
2.2.1. <i>Ius naturale</i>	50
2.2.2. <i>Ius gentium</i>	50
2.2.3. <i>Ius civile</i>	50
3. OTRAS NOCIONES ESENCIALES DEL DERECHO ROMANO	50
3.1. <i>Fas</i>	50
3.2. <i>Ius</i>	51
3.3. <i>Iustitia</i>	51
3.4. <i>Iurisprudentia</i>	51
3.5. <i>Aequitas</i>	51

4. LA PERSONA FÍSICA	52
4.1. Clases de persona en el Derecho romano	52
4.2. Comienzo y fin de la persona	52
4.3. Los diferentes <i>status personae</i>	53
4.3.1. <i>Status libertatis</i>	54
4.3.1.1. Situación jurídica de la esclavitud	54
4.3.1.2. Causas que generan la esclavitud	54
4.3.1.3. El <i>ius postliminii</i>	55
4.3.1.4. Efectos de la esclavitud	55
4.3.1.4.1. En relación con el dueño	55
4.3.1.4.2. En relación con la sociedad	56
4.3.1.5. Causas extintivas de la esclavitud	56
4.3.1.5.1. <i>Manumissio</i> formal	56
4.3.1.5.2. <i>Manumissio</i> informal	57
4.3.2. <i>Status civitatis</i>	57
4.3.2.1. Ciudadanos romanos	57
4.3.2.2. Los no ciudadanos	58
4.3.2.2.1. Latinos	58
4.3.2.2.2. <i>Peregrini</i>	58
4.3.3. <i>Status familiae</i>	59
4.4. Causas modificativas de la capacidad de obrar	59
4.4.1. Aproximación conceptual	59
4.4.2. La edad	60
4.4.3. El sexo	60
4.4.4. La enfermedad mental	60
4.4.5. La infamia	61
4.4.6. La prodigalidad	61
5. LA PERSONA JURÍDICA	62
5.1. Aproximación	62
5.2. Significado	62
5.3. Modalidades	63
5.3.1. El Estado	63
5.3.2. <i>Municipia</i>	63
5.3.3. <i>Collegia</i>	63
5.3.4. La Iglesia	64
5.3.5. <i>Universitas</i>	64
5.3.5.1. <i>Universitas personarum</i>	64
5.3.5.2. <i>Universitas rerum</i>	64
Indicación bibliográfica	64
Capítulo III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAMILIA ROMANA	
<i>Por Ángel Acedo Penco</i>	67
1. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO	67
1.1. Introducción	67
1.2. Significados del vocablo familia	68
2. CLASES DE FAMILIA ROMANA	68

2.1. La familia agnaticia	68
2.1.1. <i>Paterfamilias</i> y <i>filiifamilias</i>	69
2.1.2. Otros miembros sometidos al <i>pater</i>	69
2.1.3. Miembros no sometidos al <i>pater</i>	70
2.2. La familia cognaticia.....	70
3. PATRIA POTESTAS	71
3.1. Concepto.....	71
3.2. Facultades de la <i>patria potestas</i>	71
3.3. Adquisición de la <i>patria potestas</i>	72
3.4. Extinción de la <i>patria potestas</i>	74
4. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS FILIIFAMILIAS	74
4.1. Reconocimiento.....	74
4.2. Los <i>peculium</i>	75
4.2.1. <i>Peculium profecticium</i>	75
4.2.2. <i>Peculium castrense</i>	75
4.2.3. <i>Peculium quasi castrense</i>	76
4.2.4. <i>Peculium adventicium</i> o <i>bona gratia</i>	76
4.2.5. <i>Actiones adiectitia qualit</i>	76
Indicación bibliográfica	77

Capítulo IV. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO: CONFIGURACIÓN PERSONAL Y ASPECTOS PATRIMONIALES

<i>Por Ángel Acedo Penco</i>	79
1. EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN ROMA	79
1.1. Aproximación.....	79
1.2. Definiciones	80
2. LA <i>AFFECTIO MARITALIS</i>	80
2.1. Consorcio permanente	80
2.2. Significado	81
2.3. Convivencia y persistencia	81
3. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.....	82
3.1. La capacidad natural.....	82
3.2. <i>Ius connubi</i>	82
3.3. El consentimiento	82
3.4. Otros requisitos.....	83
4. LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.....	83
4.1. Significado	83
4.2. Causas.....	84
5. EL CONCUBINATO	84
5.1. Significado	84
5.2. Caracteres y efectos.....	85
6. LOS ESPONSALES.....	86
6.1. Concepto.....	86
6.2. Capacidad y extinción.....	86
7. LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL DE AUGUSTO.....	87

7.1. Enumeración	87
7.2. Contenido esencial.....	87
8. EXTINCIÓN O DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO	88
8.1. Causas.....	88
8.2. <i>Divortium</i>	88
9. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO	89
9.1. Aproximación.....	89
9.1.1. Matrimonio <i>in manum</i>	90
9.1.2. Matrimonio <i>sine manu</i>	90
9.1.3. Síntesis: dos regímenes patrimoniales	90
9.2. La dote.....	91
9.2.1. Concepto y finalidad.....	91
9.2.2. Clases de dote.....	91
9.3. Los bienes parafernales	92
9.3.1. Contenido	92
9.3.2. Régimen.....	92
9.3.3. Finalidad.....	92
9.4. Las donaciones matrimoniales.....	93
9.4.1. <i>Donationes ante nuptias</i>	93
9.4.2. <i>Donationes propter nuptias</i>	93
Indicación bibliográfica	94

Capítulo V. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LA LEGISLACIÓN ROMANA <i>Por Ángel Acedo Penco</i>	97
---	----

1. LA TUTELA	97
1.1. Aproximación.....	97
1.2. Concepto	97
1.3. Clases.....	98
1.3.1. Por su forma de constitución.....	98
1.3.1.1. Tutela testamentaria	98
1.3.1.2. Tutela legítima	99
1.3.1.3. Tutela dativa	99
1.3.2. Por los sujetos tutelados.....	99
1.3.2.1. Tutela del impúber.....	99
1.3.2.2. Tutela de la mujer.....	100
1.4. Requisitos del tutor	101
1.5. Responsabilidad del tutor	102
1.5.1. Acciones de las XII Tablas	102
1.5.2. <i>Actio tutelae</i> , contraria y subsidiaria	103
1.6. Extinción de la tutela	103
1.6.1. <i>Ex parte pupilli</i>	104
1.6.2. <i>Ex parte tutoris</i>	104
2. LA CURATELA.....	104
2.1. Concepto	104
2.2. Clases de curatela	105

2.3. <i>Cura furiosus y cura mente captus</i>	106
2.4. <i>Cura prodigi</i>	106
2.5. <i>Cura minorum</i>	107
Indicación bibliográfica	107

Capítulo VI. APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA Y ORDENACIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN ROMA <i>Por Antonio Silva Sánchez</i>	109
--	-----

1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS REALES Y DERECHOS DE CRÉDITO	109
1.1. Aproximación.....	109
1.2. Sujetos.....	109
1.3. Objeto	110
1.4. Duración	110
1.5. Demandados	110
2. CONCEPTO DE DERECHO REAL	110
2.1. Definiciones	110
2.2. Ámbito.....	111
2.3. Configuración y clases	111
3. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN	111
3.1. Significado	111
3.2. Clases de cosas	112
3.2.1. Fuera y dentro del patrimonio de los particulares	112
3.2.2. <i>Res divini iuris y res humani iuris</i>	112
3.2.3. <i>Res Mancipi y nec Mancipi</i>	113
3.2.4. <i>Res mobiles e immobiles</i>	114
3.2.5. <i>Res consumibles y no consumibles</i>	115
3.2.6. <i>Res fungibles y no fungibles</i>	115
3.2.7. <i>Res coporalis e incorporalis</i>	115
3.2.8. <i>Res divisibles e indivisibles</i>	116
3.2.9. <i>Res simples, compuestas y universales</i>	116
3.2.10. <i>Res principal y accesoria</i>	116
4. LOS FRUTOS.....	117
4.1. Concepto	117
4.2. Frutos naturales	117
4.3. Frutos civiles	118
Indicación bibliográfica	118

Capítulo VII. LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO: ENFOQUE RÉGIMEN JURÍDICO Y MODOS DE ADQUISICIÓN <i>Por Ángel Acedo Penco</i>	119
---	-----

1. CONFIGURACIÓN ROMANA DEL DERECHO DE PROPIEDAD	119
1.1. Definición	119
1.2. Beneficios.....	121
1.3. <i>Condominium</i>	121
1.4. Limitaciones del derecho de propiedad	122

1.4.1. Públicas	122
1.4.2. Privadas	123
1.5. Protección de la propiedad	124
1.5.1. <i>Rei vindicatio</i> y <i>actio publiciana</i>	124
1.5.2. <i>Actio negatoria</i>	124
1.5.3. Otras acciones del dueño	125
1.6. Extinción del derecho de propiedad	125
2. LA POSESIÓN	126
2.1. Concepto	126
2.2. Clases	126
2.3. Adquisición	127
2.4. Pérdida	127
2.5. Acciones posesorias	129
2.5.1. Interdictos de retener y recobrar	129
2.5.2. <i>Actio publiciana</i>	130
3. FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD	130
3.1. Aproximación	130
3.2. Modos originarios de adquisición	131
3.2.1. <i>Occupatio</i>	131
3.2.2. <i>Accessio</i>	132
3.2.2.1. Accesión entre inmuebles	132
3.2.2.2. Accesión de bien mueble a bien inmueble	133
3.2.2.3. Accesión entre bienes muebles	133
3.2.3. <i>Specificatio</i>	134
3.2.4. <i>Confusio</i>	135
3.2.5. <i>Thesaurus</i>	135
3.2.6. Adquisición de frutos	136
3.2.7. La <i>usucapio</i>	136
3.2.7.1. En el Derecho arcaico	137
3.2.7.2. En el Derecho clásico	137
3.2.7.3. En Derecho justiniano	139
3.3. Modos derivativos de adquisición	139
3.3.1. <i>Mancipatio</i>	139
3.3.2. <i>In iure cessio</i>	140
3.3.3. <i>Traditio</i>	140
3.3.3.1. <i>Traditio ficta o symbolica</i>	141
3.3.3.2. <i>Traditio longa manu</i>	141
3.3.3.3. <i>Traditio brevi manu</i>	141
3.3.3.4. <i>Constitutum possessorium</i>	142
Indicación bibliográfica	142

Capítulo VIII. LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO ROMANO

Por Antonio Silva Sánchez

145

1. CONFIGURACIÓN DE LA SERVIDUMBRE ROMANA

145

1.1. Aproximación.....	145
1.2. Caracteres comunes	145
1.3. Caracteres diferenciales.....	147
1.4. Clases.....	147
1.5. Modos de constitución	148
1.6. Mecanismos de protección	148
1.7. Extinción.....	149
2. <i>SERVITUTES PRAEDIORUM</i>	149
2.1. Concepto.....	149
2.2. Clases de servidumbres prediales	150
2.2.1. <i>Servitutes praediorum rusticorum</i>	150
2.2.2. <i>Servitutes praediorum urbanorum</i>	150
3. <i>SERVITUTES PERSONARUM</i>	151
3.1. Definición y clases	151
3.2. <i>Usus fructus</i>	152
3.2.1. Origen y definición	152
3.2.2. Derechos del usufructuario	153
3.2.3. Obligaciones del usufructuario	153
3.2.4. Acciones de protección del usufructo.....	153
3.2.5. Extinción del usufructo.....	154
3.3. El <i>quasi-ususfructus</i>	155
3.4. El <i>usus</i> o <i>ius utendi</i>	156
3.5. La <i>habitatio</i>	157
3.6. <i>Operae servorum et animalium</i>	158
Indicación bibliográfica	158

Capítulo IX. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA: FIDUCIA, PRENDA E HIPOTECA

<i>Por Antonio Silva Sánchez</i>	159
1. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA	159
1.1. Concepto.....	159
1.2. Clasificación.....	160
2. LA FIDUCIA	160
2.1. Significado	160
2.2. Funcionamiento	160
3. LA PRENDA.....	161
3.1. Concepto.....	161
3.2. Mecanismos de protección	161
4. LA HIPOTECA.....	162
4.1. Significado	162
4.2. Modos de protección.....	163
4.3. Régimen	164
4.4. Extinción.....	165
Indicación bibliográfica	166

Capítulo X. EL RÉGIMEN NORMATIVO DE LA SUCESIÓN <i>MORTIS CAUSA</i> EN EL DE-RECHO ROMANO <i>Por Ángel Acedo Penco</i>	167
1. CONFIGURACIÓN DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA ROMANA	167
1.1. Significado	167
1.2. Modos de sucesión <i>mortis causa</i>	168
1.3. Evolución histórica	168
1.4. Régimen hereditario general	169
1.5. La protección del derecho hereditario	171
2. LA SUCESIÓN INTESTADA	172
2.1. Significado y evolución	172
2.2. Etapas de la sucesión intestada	172
3. EL TESTAMENTO	174
3.1. Concepto	174
3.2. Evolución de las clases de testamento	176
3.2.1. Etapa arcaica	176
3.2.2. Periodo clásico	177
3.2.3. Periodo postclásico	177
3.2.4. Etapa última	178
3.3. Capacidad para testar (<i>testamentifactio activa</i>)	178
3.4. Capacidad para ser heredero (<i>testamentifactio pasiva</i>)	179
3.5. Ineficacia y revocación del testamento	180
4. EL LEGADO	181
4.1. Concepto de legado	181
4.2. Clases de legado	181
4.2.1. Legado <i>per vindicationem</i>	181
4.2.2. Legado <i>per damnationem</i>	182
4.2.3. Legado <i>sinendi modo</i>	182
4.2.4. Legado <i>per praeceptionem</i>	182
4.3. Transformación histórica de los legados	182
4.4. Ineficacia y revocación de los legados	183
5. LOS FIDEICOMISOS	184
5.1. Concepto	184
5.2. Sujetos	184
Indicación bibliográfica	184

PRÓLOGO

Hoy día, nadie discute la importancia del Derecho romano en la configuración de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo civilizado, en especial, en los de corte occidental, por los que se rigen, precisamente, los países más y mejor desarrollados. Y no solo en las esferas del Derecho privado, enfoque central de este trabajo y especialidad de sus autores, sino también en el ámbito del Derecho público.

El título del presente libro ya supone un avance bastante esclarecedor acerca de lo que el lector podrá encontrar en sus páginas: La persona y la propiedad en el Derecho romano: análisis a través de sus etapas históricas y su influencia en el Derecho civil vigente.

La obra se estructura en diez capítulos, elaborados individualmente por mitad entre ambos autores, según la concreta atribución descrita en el índice, que vienen a ser una decena de trabajos específicos sobre las instituciones del Derecho privado romano a las que se refiere en cada uno de ellos, y su evolución en cada etapa histórica de aquel, así como su reflejo, proyección e influencia en el vigente Derecho civil español.

Se trata, en síntesis, del análisis específico de los aspectos jurídicos esenciales de la persona y la propiedad, en su más amplio sentido, de las diversas instituciones del Derecho privado romano que se derivan de aquellas. Simultáneamente, como se ha dicho y para hacer más útil la obra al jurista, siempre que el actual Derecho civil español contempla determinadas figuras jurídicas que proceden de aquellas instituciones romanas, lo que sucede en la mayoría de las veces, se va ofreciendo al lector la orientación, ubicación, extracto, sentido e inteligencia de esa regulación positiva vigente en nuestros días.

Principia la obra con la imprescindible ubicación histórica de los diferentes periodos en los que se desarrolló el Derecho romano, así como la organización, estructura y fuentes de la producción jurídica que lo conformaron a lo largo de tantos siglos en que estuvo vigente. A la vez analiza la consideración del Derecho para los habitantes de los territorios de Roma en cada una de sus etapas, siendo muy diferente el sentido de muchas de sus figuras jurídicas según el periodo del que se trate.

La aplicación del Derecho romano exige conocer singulares aspectos de lo que hoy se denomina Derecho de la persona, en sentido estricto, mucho más en aquella sociedad donde era abismal el estatus jurídico dependiendo del sujeto que se tratase: ciudadanos romanos, sus descendientes, mujeres, extranjeros, libertos o esclavos.

Se analizan igualmente las figuras que giran en torno a la persona en Roma, esto es, la posición de cada uno dentro de la sociedad y la familia, así como las clases de esta, con singular énfasis en los aspectos personales y patrimoniales del matrimonio, y también de las instituciones protectoras como son la tutela y la curatela.

En materia del derecho propiedad se estudia su amplia configuración, y también los demás derechos reales limitados más usados en Roma, tanto de goce, con especial atención a las servidumbres, como de garantía, sobre todo la prenda y la hipoteca, aunque no solo estas.

Entre la familia, o tal vez sea mejor expresado, entre la consideración individual de la persona y el derecho de propiedad, surgen en el Derecho romano –como hoy– importantes figuras para prevenir y solucionar la situación que se produce tras el, inevitable y seguro, fallecimiento de aquella, y que giran en torno a la herencia, existiere o no testamento.

La presente obra se justificará, y habrá dado plenos frutos, en cuanto logre despertar en el lector, inevitablemente jurista, investigador, académico o profesional, el interés y la pasión por tan interesantes y complejas figuras del Derecho romano y del Derecho civil actual, que sus autores se han propuesto con su elaboración.

En Cáceres, a 20 de junio de 2019.

LOS AUTORES

asilva@unex.es

aacedo@unex.es

ABREVIATURAS

a. C.	antes de Jesucristo
art./arts.	artículo/artículos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil de Alemania)
BIDR	<i>Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja</i> (Roma)
C.	<i>Codex Iustinianus</i> (<i>Corpus iuris civilis</i> , vol. II, ed. Paul Krüger, Berlín, 1954)
CC	Código civil español, Real Decreto de 27 de julio de 1889
CE	Constitución española, de 27 de diciembre de 1978
cit.	citado/a anteriormente
Code	Código civil francés de 1804
Coll. leg.	<i>Mosaicarum et Romanarum legum Collatio</i>
Codice	Código civil italiano de 1942
d. C.	después de Jesucristo
D.	<i>Digesto</i> –533 d. C.– (<i>Corpus iuris civilis</i> , vol. II, ed. Paul Krüger, Berlín, 1954)
Edictum	
Perpetuum	Lenel. <i>Das Edictum Perpetuum</i> (Leipzig, 1927; reimp Aalen-Alemania, 1985)
ed.	edición
Ep.	Gayo <i>institutionum</i> epitome –siglo II d. C.–
et ál.	y otros (del latín: et ál <i>i</i>)
Frag. Vat.	<i>Fragmenta quae dicuntur Vatinana</i>
ibidem	En el mismo lugar que la cita/referencia anterior
I.	<i>Institutiones Iustinianus</i> (<i>Corpus iuris civilis</i> , v. I, ed. Krüger), Berlín, 1954
Instit.	<i>Gai Institutiones</i> . Instituciones del jurista GAYO –año 161 d. C. (aprox.)–
IURA	<i>Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico</i> (Catania)
LABEO	<i>Labeo. Rassegna di Diritto Romano</i> (Nápoles)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
nº/núm.	número
op. cit.	obra citada
p./pp.	página/páginas
pr	principio
Res cott.	<i>Libri rerum cottidianarum sive aureorum</i>
Regl.	Reglas de Ulpiano –siglo III d. C.–
RHD	<i>Revue Historique de Droit français et étranger</i> (París)
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
RIDA	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> (Bruselas)
sigs./ss.	siguientes/ y siguientes
SCDR	<i>Seminarios Complutenses de Derecho Romano</i> (Madrid)
SDHI	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i> (Roma)
Sent.	Paulo <i>Sententiae</i> –siglo III d. C.– (Sentencias de Paulo)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, de lo Civil
Vol./v.	Volumen
ZSS	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i> . Weimar (Revista de la Fundación Savigny para la Historia Jurídica. Departamento romanista (Graz-Austria)

CAPÍTULO I

LAS DIFERENTES ETAPAS HISTÓRICAS, POLÍTICAS Y JURÍDICAS EN QUE SE DESARROLLÓ EL DERECHO ROMANO

Sumario: 1. Planteamiento general. 1.1. Enfoque sistemático. 1.2. Etapas históricas del Derecho romano. 2. La época arcaica. 2.1. Orígenes de la sociedad romana. 2.2. La Monarquía. 2.2.1. Caracteres. 2.2.2. Comitia curiata en la Monarquía. 2.3. La República. 2.3.1. La magistratura. 2.3.1.1. Imperium y potestas. 2.3.1.2. Características de las magistraturas. 2.3.1.3. Clases. 2.3.1.4. Órganos y funciones. 2.4. El Senado. 2.5. Las asambleas populares. 2.5.1. Comitia curiata en la República. 2.5.2. Comitia centuriata. 2.5.3. Comitia tributa. 2.5.4. Otras asambleas. 2.5.5. Las leyes de las asambleas. 2.6. El Derecho arcaico. 2.6.1. Mores maiorum. 2.6.2. Leges regiae. 2.6.3. La Ley de las XII Tablas. 2.6.4. La jurisprudencia pontifical. 3. Las épocas preclásica y clásica. 3.1. Situación político-social. 3.2. Propuestas de reforma. 3.3. Triunviratos y Principado. 3.4. Ius civile. 3.5. Ius honorarium o ius praetorium. 3.6. La legislación popular. 3.7. Ius gentium. 3.8. La jurisprudencia y la actividad de los juristas. 3.8.1. Etapa preclásica o helenística. 3.8.2. Etapa clásica alta. 3.8.3. Etapa clásica tardía. 3.9. Las constituciones imperiales. 4. Las épocas postclásica y justiniana. 4.1. Enfoque histórico-político. 4.2. Crisis del Derecho romano. 4.3. Iura y leges. 4.3.1. Colecciones de Iura y leges. 4.3.1.1. Colecciones de Iura. 4.3.1.2. Colecciones de leges antejustinianas. 4.3.1.3. Colecciones jurídicas mixtas de Iura y leges. 4.4. El Corpus Iuris Civilis. 4.4.1. Escenario jurídico. 4.4.2. Contenido. 4.4.3. Significado. Indicación bibliográfica.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1. Enfoque sistemático. La división de todo proceso histórico es siempre más teórica que real, por su carácter relativo y subjetivo, dado que suelen fijarse unos cortes tajantes entre los distintos períodos que en la realidad nunca llegaron a producirse con exactitud, sino que, por lo general, fueron producto de una lenta evolución, poniéndose de manifiesto la «relatividad de la división de la historia en momentos»¹.

Por tanto, los periodos o cortes en que se dividen las etapas históricas solo tienen efectos didácticos. Ello obliga a tener presente, por ejemplo, que el *pater* en la época arcaica pudiera disponer de la vida del *filius* y, sin embargo, en una época posterior, se castigase esta misma actividad. Pese a este brusco cambio de consecuencias en una y otra etapa, en

¹ GAOS, J., «Historia de nuestra idea del mundo», en *Obras completas*, tomo XIV, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 425.

realidad nunca fue así, sino como producto de una paulatina pero lenta evolución producida en el seno de la familia romana.

1.2. Etapas históricas del Derecho romano. A fin de facilitar el análisis de esta materia se seguirá la siguiente clasificación en tres grandes periodos²: 1ª) época arcaica (que comprende los sistemas políticos de la Monarquía y comienzos de la República), desde la fundación de Roma en el año 753 a. C. hasta el año 367 a. C.; 2ª) época preclásica y clásica (época del final de la República y el Principado), desde el año 367 a. C. hasta el año 284 d. C.; y 3ª) época postclásica y justiniana (etapa del Dominado), período comprendido entre los años 284 d. C. y 565 d. C.

Esta clasificación tiene dos caracteres fundamentales: a) muestra el paulatino progreso social, político, cultural y económico que, como en todas las sociedades, conlleva aparejada una evolución legal que va dotando de seguridad jurídica dicho progreso y enmarca la organización política de un pueblo en unos momentos concretos; y b) agrupa de forma didáctica y clara la evolución referida, de suerte que no se produzca una dispersión en la apreciación de su importancia y magnitud que, sin duda, son un ejemplo más de la habilidad organizativa y evolutiva de la sociedad romana y que supondrá un modelo de inspiración para las sociedades posteriores.

Al margen de la anterior clasificación que estructura este trabajo, la doctrina aporta también otra más detallada que divide en cinco las etapas históricas del Derecho romano: a) época arcaica (desde la fundación de Roma en el año 753 a. C. hasta el año 450 a. C.); b) época preclásica o republicana (desde el año 450 al 27 a. C.); c) época clásica o del Principado (desde el año 27 a. C. hasta el 230 d. C.); d) época postclásica (desde el año 230 d. C. hasta el año 476 d. C. en el imperio de Occidente y hasta el año 527 d. C. en el de Oriente); y e) época justiniana (que abarca el periodo de gobierno de Justiniano entre el año 527 y el 565)³.

² La clasificación del texto basada en las tres épocas indicadas se ha tomado de TELLEGEN-COUPERUS, O., *A Short History of Roman Law*, New York, 1993, pp. 3-148, si bien en el seno de la doctrina romanística cabe encontrar innumerables clasificaciones según el hecho que se quiera destacar como culminante en un momento concreto ya sea jurídico como de carácter histórico. BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2001, pp. 39 y ss.

³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 26-29.

2. LA ÉPOCA ARCAICA

2.1. Orígenes de la sociedad romana. Una gran oscuridad reina acerca de los orígenes de Roma. Según la ciencia moderna (que ha venido a sustituir a los relatos legendarios de los historiadores y poetas latinos) tres poblaciones concurren a su formación: una de raza latina (*Ramnenses*) que tenían por jefe a Rómulo, otra de raza sabina (*Titienses*) y, por último, la raza etrusca (*Luceres*)⁴.

La reunión de estos tres pueblos en tres tribus distintas, establecidas sobre la margen izquierda del río Tíber bajo la autoridad de un rey, constituía la ciudad romana cuyos primeros fundadores, según la tradición más conocida, fueron Rómulo y Remo⁵.

Cada una de las tribus primitivas estaba dividida, a su vez, en diez *curias* (reunión de hombres) y cada curia comprendía un número de gentes (*gens*). Cada una de las *gens* comprendía el conjunto de personas que descienden por los varones de un autor común. A la muerte de su fundador inicial, las familias se dividen en tantas como varones hijos existen, componiendo ramas de la originaria *gens* romana y conservando el *nomen gentilitium* que llevarán todos los miembros que continúan formando parte de aquella primera *gens*⁶.

Al lado de cada familia se encuentra un número de personas agrupadas, llamadas *clientes*, que no forman parte de ella por cuestión consanguínea, sino que crean entre ellos y los patronos (el jefe de familia, el *pater*) una relación mutua de derechos y obligaciones. Estos clientes son los extranjeros llegados a Roma, los libertos y sus descendientes.

⁴ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993, p. 6; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, 2006, pp. 28 y ss.

⁵ Descendientes de Eneas, héroe troyano, que huyó con unos seguidores tras la guerra de Troya y que tras una serie de aventuras logró llegar a Italia, estableciéndose en el margen del río Tíber; lo cual ha sido confirmado por estudios arqueológicos.

⁶ Por ejemplo: aquel que se llame *Publius Cornelius Scipio*, *Publius* será el *praenomen*, *Cornelius* será el *nomen gentilitium* y *Scipio* el *cognomen*. En los primeros tiempos, únicamente los patricios serán los que lleven los tres nombres, siendo una cuestión ya generalizada a partir del Imperio. WOLFF, H.J., *Roman law. An historical introduction*, 6ª edición, London, 1987, p. 23; FRANCIOSI, G., *Manuale di storia del diritto romano*, 2ª edición, Napoli, 2001, pp. 18 y ss.

El *pater* les socorrerá en temas judiciales y les concederá tierras gratuitamente para que las cultiven. El cliente le deberá respeto al *pater* y le asistirá en época de guerra.

Pronto aparece otra clase de personas, los plebeyos (*plebs*), que eran individuos libres de toda relación con los patricios y de rango inferior a éstos. No tienen ninguna participación en el gobierno, ni acceso a funciones públicas, ni pueden contraer matrimonio legítimo con los patricios. No se sabe bien cómo se formó la plebe, si bien se cree que estaría formada por clientes que se desligaron del patrón.

2.2. La Monarquía. La forma de gobierno más antigua en Roma es la monarquía, atribuyéndose a Rómulo la cualidad histórica de haber sido el primer rey de Roma.

2.2.1. Caracteres. Sin embargo, no se trata de una monarquía absoluta pues el rey no es más que el jefe de una especie de república aristocrática donde la soberanía pertenece a los patricios que componen las curias⁷. Son estos quienes ejercen su poder en las asambleas o comicios (*Comitia curiata*).

El rey es elegido, de manera vitalicia, por los comicios que le confieren la autoridad suprema, es el jefe del ejército y el más alto magistrado tanto en lo civil como en lo penal, así como el sumo sacerdote⁸ encargado de velar por el cumplimiento de las ceremonias del culto público.

El rey dictaba unas disposiciones (*leges regiae*)⁹ con origen en la acción de gobierno y en la administración de justicia del monarca.

A su muerte, mientras se elige al nuevo rey por el senado, el poder lo ejerce un *inter rex* tomado de entre los senadores. No será, por tanto, una monarquía hereditaria, ni el rey podía nombrar un sucesor¹⁰.

⁷ TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, pp. 72 y ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del derecho romano*, 5ª ed., Madrid, 1994, pp. 18 y ss.

⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, 19ª edición, Madrid, 2016, pp. 80-81; LEE, R.W., *The elements of roman law*, 4ª edición, London, 1956, p. 2.

⁹ Estas *leges* fueron recogidas en el siglo IV a. C. por el pontífice Sexto Papirio, recibiendo por ello, esta recopilación el nombre de *ius papirianum*.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 57.

La tradición señala la existencia de siete reyes durante dicho período monárquico: Rómulo, Numa Pompilio, Tula Hostilio, Anco Marcio, Tarquino el antiguo, Servio Tulio y Tarquino el soberbio¹¹.

El rey está asistido por el Senado, que estaba compuesto por los más viejos (de ahí deriva su nombre de *senex*), estimándose su número, originariamente, en una centena, entre las familias patricias. El senado forma un Consejo al que el rey debe consultar todas las cuestiones que interesan al Estado¹².

Las decisiones tomadas por el Senado se denominaron «senadoconsultos» (*senatus consultum*), que, en principio eran simplemente recomendaciones pero que, por la alta estima y consideración hacia el Senado, ningún magistrado se atrevía a incumplir.

La función más importante del senado es la del nombramiento del nuevo rey (tras la muerte del anterior) siendo el nombramiento provisional (*interregnum*) de carácter rotatorio de entre los *patres* de las *gens*.

2.2.2. Comitia curiata en la Monarquía. Los *Comitia curiata*¹³, eran una asamblea cuyas decisiones se convierten en leyes y está integrado por *patres*, *filiusfamilias* y *plebeyos*. Procedía a la elección y la investidura del rey, estatúa sobre la paz y la guerra y también decidía sobre determinadas cuestiones relacionadas con la familia romana (*adrogatio*) o la transmisión de bienes (*testamentum*). La ley será perfecta una vez que ha recibido la sanción del Senado (*auctoritas patrum*).

Pero cuando el número de plebeyos se incrementó de forma considerable y no podían participar en las decisiones políticas ni cargos públicos, Servio Tulio inicia una reforma estableciendo una nueva división del pueblo estableciéndola no sobre el origen de los ciudadanos (*Comitia curiata*) sino sobre la fortuna de todos los habitantes (*Comitia centuriata*).

¹¹ RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, p. 37.

¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 58.

¹³ Para algunos autores, este tipo de asamblea constituye el paso inicial de la formación de lo que posteriormente se denominará *populus*. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 23. Otros autores cuestionan el carácter electivo de dicha asamblea, relegándolo a etapas posteriores. DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; pp. 51-52.

De esta nueva organización, surge la modalidad de asamblea antes citada que también serán convocadas por el rey. La decisión acordada en los comicios centuriados (*lex centuriata*) no entraba en vigor hasta que no eran sancionadas por el Senado (*auctoritas patrum*) al igual que sucedía con los *Comitia curiata*.

2.3. La República. Tras casi dos siglos y medio de vigencia, la monarquía cayó en desgracia y surge un sistema de organización política romana muy distinto: la República romana o «constitución republicana».

Se hace referencia a la «constitución republicana», no como un documento escrito, sino más bien aludiendo a un complejo de viejos principios y prácticas que, en conjunto, definen los poderes y las funciones de gobierno sobre los que se asienta la República¹⁴.

2.3.1. La magistratura. Este paso del sistema político de la monarquía a la república supondrá que ya no estará un rey al frente del Estado sino un magistrado, elegido anualmente en las asambleas populares¹⁵.

2.3.1.1. Imperium y potestas. Para entender mejor la institución de la magistratura –los magistrados–, conviene en este punto diferenciar ambos conceptos. El *Imperium* es un poder supremo de mando en determinadas cuestiones (mando militar, mando civil, auspicios, etc.) que solo van a ostentar unos magistrados concretos (cónsules, pretores, dictador). En cuanto a la *potestas*, se trata de un poder general no tan enérgico como el anterior, sino más específico, relativo de cada magistrado en sus funciones y del que van a disponer el resto de los magistrados.

2.3.1.2. Características de las magistraturas. Resumidamente, cabe destacar las siguientes características¹⁶: a) anualidad, por cuanto que, salvo excepciones, su duración máxima será de un año, independientemente de que puedan existir excepciones como es el caso de la censura¹⁷, b)

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público. cit.*, pp. 111-112.

¹⁵ Los magistrados van a desempeñar unos cargos que les otorgarán la facultad y el deber de ejercer unas funciones que afectarán a los *cives* y que realizarán en nombre de la República, por lo que no serán meros mandatarios de las asambleas y, por ello, no se les podrá destituir discrecionalmente sin haber concluido su período de gobierno. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 76.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público. cit.*, pp. 133-141; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, pp. 43 y ss.

¹⁷ El censor se elegirá cada cinco años pese a que la duración en su cargo será de

colegialidad, es decir, las magistraturas están integradas por más de un miembro que podía oponer su veto (*intercessio*) en caso de discrepancia con su colega¹⁸, habiendo también una excepción en el supuesto de la Dictadura¹⁹, *c*) gratuidad, es decir, que no sólo no se va a recibir ningún dinero por ostentar dichos cargos, sino que, además, se van a tener que sufragar algunos gastos. De ahí que sólo las clases más pudientes económicamente pudieran desempeñar estos cargos y *d*) electividad, ya que los magistrados van a ser elegidos por las asambleas²⁰.

2.3.1.3. Clases. Existen distintas clases de magistraturas²¹: *a*) magistraturas ordinarias, en tanto contempladas y que funcionan de forma regular y, que a su vez, pueden ser permanentes (funciones que necesitaban un ejercicio continuado, como es el caso del cónsul, el pretor, el cuestor, el edil o el tribuno de la plebe) y no permanentes (funciones que no necesitaban un ejercicio continuado, como sucedía en el supuesto del censor); y *b*) magistratura extraordinaria (que responde a exigencias concretas y circunstanciales, como era el caso del dictador).

2.3.1.4. Órganos y funciones. Cada clase de magistratura tenía sus funciones propias que se desarrollaban a través de estos órganos²²:

a) El Consulado. Magistratura más prestigiosa, compuesta por dos miembros denominados cónsules que eran los que tenían el poder político y militar y no tanto el religioso, que quedaba relegado a los pontífices. Iban a ostentar el mando supremo en todos los órdenes, salvo cuando hubiese un dictador (en determinadas épocas de crisis).

b) La Pretura. La figura del pretor se crea en el año 367 a. C. por las leyes *Licinias Sextias*, cuyo cometido va a ser fundamentalmente el de administrar justicia (*ius edicere*). En un principio hubo un solo pretor (*praetor urbanus*) creándose más tarde en el año 242 a. C. otro para que

tan sólo 18 meses.

¹⁸ DAZA, M.J. *op. cit.*, p. 88; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 38.

¹⁹ Magistratura integrada por un solo miembro, el *dictator*.

²⁰ *a*) Los magistrados mayores (dictador, cónsul, pretor, censor) lo serán por los comicios centuriados, *b*) los magistrados menores (cuestor, edil) lo serán por los comicios por tribus y *c*) el tribuno de la plebe, por los plebeyos.

²¹ RASCÓN, C., *op. cit.*, pp. 60-65.

²² FUENTESECA, P., *Estudios de derecho romano*, Madrid, 2009, pp. 182-212.

regulara las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos o peregrinos entre sí (*praetor peregrinus*)²³.

c) La Edilidad También creada esta magistratura en el año 367 a. C. (los ediles curules, pues los ediles plebeyos ya existían con anterioridad), con el fin de que los ediles, desempeñaran fundamentalmente labores de policía (vigilar las calles, edificios, puentes, acueductos, espec-táculos, etc.)²⁴.

d) La Cuestura. Esta magistratura aparecerá a mediados del siglo V a. C. Su función principal va a ser la de servir de ayudantes de los cónsules (al principio había cuatro, dos por cada cónsul, aumentando su número hasta veinte en época de Sila, I a. C.)²⁵ en temas financieros y administrativos (*quaestores aerarii*), aunque las fuentes hablan también de los *quaestores parricidii*, encargados de dilucidar si una muerte había sido o no intencionada²⁶.

e) El Tribuno de la plebe. Institución creada alrededor de comienzos del siglo V a. C., como consecuencia de las presiones de la plebe hacia los patricios con el fin de tener unos derechos y una determinada protección ante los magistrados patricios. Eran elegidos anualmente y no disponía ni de *imperium* ni de *potestas*, pero sin embargo podían vetar las decisiones de los demás magistrados.

f) La Censura. Establecida a mediados del siglo V a. C., se nombraba al censor cada cinco años y por un tiempo de dieciocho meses, y sus funciones eran las de vigilar y proteger las buenas costumbres y la moral pública y privada, estableciendo una nota censorial al que no observaba tales costumbres. También tenían el cometido de elaborar el censo de los ciudadanos. Se nombraban censores a personas pertenecientes a las clases altas y generalmente entre aquellos que habían sido cónsules, como forma de culminar brillantemente la carrera política (*cursus honorum*)²⁷. Al finalizar su cargo, se celebraba un ritual religioso, un sacri-

²³ Posteriormente, el número cererá según las necesidades que iban surgiendo.

²⁴ El nombre lo recibe de su misión primitiva de cuidar los oficios religiosos de la plebe (*aedes* = templo). MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 44.

²⁵ PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, p. 58.

²⁶ Lo cual tenía importancia porque si era una muerte intencionada el culpable era condenado a muerte y si no era intencionada, no era condenado a la pena capital.

²⁷ Tras la aprobación de *Lex Ovinia* (alrededor del año 318 a. C.), que suprime la

ficio, llamado *lustrum*, terminándose por llamar así al período que comprende cinco años y de aquí que hoy se le continúe denominado así.

g) La Dictadura. Al frente de la cual hay un dictador, que se trataría de un magistrado de los dos que componen el consulado, con poderes especiales para épocas de crisis importantes, militares, fundamentalmente, y cuyo mandato va a estar limitado a la etapa de crisis, debiendo cesar cuando ésta acabe o a una duración máxima de seis meses.

2.4. El Senado. Otro de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la constitución republicana será el Senado²⁸.

En la época republicana dejará de ser un órgano consultivo para llegar a tener el control supremo de las cuestiones políticas y administrativas, de finanzas, política exterior con otros pueblos e incluso algunas de tipo religioso (protección de lugares sagrados, prohibición de determinados cultos, etc.). De esta forma, tanto el pretor como el cónsul, consultaban al Senado cualquier cuestión antes de tomar una decisión.

2.5. Las asambleas populares. En relación a las asambleas romanas en esta etapa política, se continúan distinguiendo tres modalidades.

2.5.1. Comitia curiata en la República. Asamblea a la que pertenecían inicialmente tan sólo los patricios, pero a la cual terminaron accediendo también los plebeyos. Su origen se encuentra probablemente en el período de la monarquía, en que tuvo una mayor importancia que durante la república, donde perderá poder ante otros tipos de asambleas. Sus decisiones se convierten en leyes (*leges curiatae*). Pero, como se vio, estas leyes serán perfectas una vez que reciben la sanción del Senado (*auctoritas patrum*). Ahora ya, en decadencia durante este período, en lugar de acudir el pueblo organizado por curias, acudían unos lictores en su representación (en número de treinta), presididos por el *pontifex maximus*.

2.5.2. Comitia centuriata. Los historiadores latinos (Dionisio de Halicarnaso y Tito Livio) atribuyen al rey Servio Tulio el origen de este tipo de asamblea aunque pudiera ser que tenga su verdadero origen en el período republicano. Se llama centuriado este tipo de comicio por su

condición vitalicia del cargo senatorial, los censores tendrán también el derecho incluso de nombrar senadores.

²⁸ TELLEGEN-COUPERUS, O., *op. cit.*, p. 38.

distinta distribución a la anterior, siendo ahora ya no dividida o establecida en curias, sino en centurias, basadas en una distribución de carácter timocrático, es decir, por la riqueza de los habitantes se incluían las centurias en una u otra clase²⁹.

Su lugar de reunión era en el Campo de Marte (Dios de la guerra y, según la tradición, padre de Rómulo y Remo) y sus funciones principales eran las relativas a temas militares y políticos así como nombrar a los magistrados mayores. De dicha asamblea emana la *lex centuriata*, que, al igual que las aprobadas en otras asambleas, iba a necesitar de la *auctoritas patrum* para ser perfecta.

2.5.3. Comitia tributa. También originaria de tiempos de Servio Tulio, en que el territorio romano se dividió en distritos locales o tribus. Este tipo de asamblea se va a caracterizar porque la pertenencia a una de estas tribus va a depender de un criterio geográfico y no ya timocrático. Originariamente eran cuatro tribus, llegando a ser en el año 241 a. C. treinta y una rústicas y cuatro urbanas. Esta asamblea no llegó a tener excesiva importancia durante la república, siendo una de sus funciones más importantes la de nombrar los magistrados menores.

2.5.4. Otras asambleas. Aparte de estas asambleas, existieron en Roma otras reuniones con un papel distinto pero que merece la pena resaltar: a) *Concilia plebis*; es la reunión de los plebeyos en asamblea donde deliberan y toman decisiones: *plebiscitos*, cuya fuerza se asemeja a la de las leyes por medio de la *Lex Hortensia* (año 286 a. C.)³⁰. Entre sus fun-

²⁹ Cuya real distribución sería la siguiente: 80 centurias que compondrían la 1ª clase, e integradas por los ciudadanos que posean más de 100.000 sestercios de patrimonio, 20 centurias que compondrían la 2ª clase, e integradas por los ciudadanos que posean más de 75.000 sestercios de patrimonio, 20 centurias que compondrían la 3ª clase, e integradas por los ciudadanos que posean más de 50.000 sestercios de patrimonio, 20 centurias que compondrían la 4ª clase, e integradas por los ciudadanos que posean más de 25.000 sestercios de patrimonio, 30 centurias que compondrían la 5ª clase, e integradas por los ciudadanos que posean más de 11.500 (según Tito Livio) ó 12.000 (según Dioniso de Halicarnaso) sestercios de patrimonio, 18 centurias de *aequites* (nobles) integradas por ciudadanos con capital muy superior a los de la primera clase y, finalmente, 5 centurias (2 de obreros y 3 de músicos) integradas por ciudadanos con patrimonio inferior a los 12.000 ó 11.500 sestercios de la 5ª clase. Todo ello suma un total de 193 centurias que decidían la aprobación o no de las leyes, magistrados, etc. PARICIO, J. *Historia y fuentes del derecho romano*, 2ª ed., Madrid, 1992, p. 78.

³⁰ Antes de dicha ley, solo estaban obligados a cumplir los plebiscitos los plebeyos.

ciones más importantes está la elección de los magistrados plebeyos: Tribuno de la plebe; *b) Contiones*; asambleas no formales cuya única función era la de comunicar algo al pueblo³¹.

2.5.5. Las leyes de las asambleas. Las leyes que se aprobaban en las diferentes asambleas, se componen de tres partes: *a) praescriptio*, en donde se indica el magistrado que la propone, fecha, asamblea que la aprueba, etc.; *b) rogatio*, que va a contener el texto propuesto por el magistrado; y *c) sanctio*, que es una disposición que tiene que ver con la validez de la ley; es decir, si entra o no en contradicción con otras, etc.³²

Por la eficacia de las leyes³³ cabe a su vez distinguir entre: *a) leyes perfectae*, cuando se declara nulo *–ipso iure–* el acto o hecho realizado en contra de la ley; *b) leyes minus quam perfectae*, en que no se declarara nulo el acto pero se impone una sanción al infractor; o *c) leyes imperfectae*, cuando, prohibiendo algo, ni declaran nulo el acto contrario a la ley ni imponen una sanción pero dan lugar a la anulabilidad *ope exceptionis*³⁴.

2.6. El derecho arcaico. El comienzo de la etapa arcaica del Derecho romano se suele situar en el siglo VIII (año 27) a. C., fecha de la fundación de la ciudad de Roma, y su final se viene ubicando en el siglo V (año 450) a. C., con la promulgación de la *Ley de las XII Tablas*.

2.6.1. Mores maiorum. Durante los tres primeros siglos de Roma el Derecho privado tenía su fuente única en los usos vigentes entre los fundadores de la ciudad y siendo unas normas jurídicas no escritas³⁵.

A estas costumbres de los antepasados o *mores maiorum* les faltaba precisión en sus reglas favoreciendo el arbitrio de los magistrados al hacer justicia. Esta discrecionalidad y falta de claridad hicieron que la plebe presionara con el fin de redactar y recoger estas costumbres por escrito. Tras ciertas tensiones entre patricios y plebeyos, para poner fin

³¹ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 76.

³² PARICIO, J., *op. cit.*, p. 96.

³³ DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El Derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010, p. 59.

³⁴ Pero se puede interponer una *exceptio* a favor del demandado para repeler una demanda en contra de la ley.

³⁵ PETIT, E., *Derecho romano*, México, D.F., 2006, p. 42.

a tan grave imprecisión, inseguridad e injusticia, finalmente se redactará y promulgará una importante norma escrita: la *Ley de las XII Tablas*.

2.6.2. *Leges regiae*. Los decretos reales, llamados en Roma, *leges regiae*, tenían fuerza de ley, es decir, carácter vinculante; si bien no se sabe exactamente cómo se elaboraban, ni la extensión de los mismos, aunque parece que se confeccionaban de manera periódica.

En ocasiones como, por ejemplo, durante el reinado de Servio Tulio, se dictaron gran cantidad de estos decretos³⁶. Los decretos reales tenían un predominante carácter religioso (el derecho y la religión estaban mezclados) y, con una finalidad de apaciguar la ira divina, esto es, cumplir con los deseos de los dioses³⁷. Generalmente, estos decretos contenían dos tipos de contenidos: *a*) una resolución condenatoria (por ejemplo, «si se hace tal cosa tendrá tal consecuencia»); o *b*) medidas prescriptivas (por ejemplo, estableciendo ciertas prohibiciones).

2.6.3. *La Ley de las XII Tablas*. Según los historiadores romanos en el año 451 a.C., diez patricios, también llamados *decenviri* fueron encargados de elaborar una ley escrita para el pueblo romano³⁸. Para ello fueron dotados de enormes poderes de forma que su trabajo no pudiera sufrir interferencias. Finalmente los *decenviros* elaboraron un código de leyes escrito sobre diez Tablas (probablemente de madera o bronce)³⁹.

Considerándose que aún faltaban materias por recoger, se formó un segundo grupo de *decenviros* (incluyendo ahora algunos plebeyos) que elaboraron dos Tablas más sobre leyes, conformando las doce Tablas. Contenían los criterios generales de la organización política y muchas normas para facilitar la convivencia entre los habitantes romanos.

³⁶ ¿Cómo se elaboraban? No se sabe exactamente, como se adelantó. Al respecto, POMONIO (jurista del siglo II d. C.), en *Digesto* 1.2.2.1-2, recoge: «Así, pues, nos parece necesario exponer el origen y desarrollo del mismo derecho. Y ciertamente en el comienzo de nuestra ciudad el pueblo determinó vivir sin ley cierta, sin derecho cierto y todo se gobernaba con la fuerza de las leyes. Dicese que el mismo Rómulo promulgó para el pueblo algunas leyes también las promulgaron los siguientes reyes, como todas las que se hallan reunidas en un libro de Sexto Papirio. Este libro se llama *Derecho Civil Papiriano*». TORRENT, A., *op. cit.*, pp. 76-77.

³⁷ Por ejemplo, no se celebraban ritos funerarios al que moría atravesado por un rayo, pues se entendía que Júpiter lo había matado.

³⁸ Ver CARRILHO, F., *A lei das XII tábuas*, Lisboa, 2008.

³⁹ PETIT, E., *op. cit.*, pp. 37 y ss.

De acuerdo con la reconstrucción llevada a cabo por DIRKSEN en 1824 y SCHÖLL en 1866, la *Ley de las XII Tablas* contendría⁴⁰: normas de derecho procesal (fórmulas procesales para las partes, citación, etc.), derecho penal (ley del Talión para lesiones graves y composición pecuniaria para las leves), derecho de familia y herencia (patria potestad y sucesión *ab intestato*), derecho de cosas (distinción entre propiedad y posesión), derecho de obligaciones (*nexum*) y derecho funerario (prohibición de enterrar cadáveres dentro del recinto de la ciudad, etc.)⁴¹.

En conclusión, la *Ley de las XII Tablas* tuvo una gran reputación entre los juristas romanos durante muchos siglos y al ser escritas estaban dotadas de publicidad proporcionando cierta seguridad jurídica, mayor objetividad y un paso más hacia la igualdad entre patricios y plebeyos, siendo un primer intento serio de reunir todo el derecho.

Sin embargo, sus altas aspiraciones no se lograron en buena medida, al no conseguir unificar todo el derecho y tampoco se logró el objetivo de otorgar la plena igualdad que reclamaban los plebeyos respecto de los patricios, quienes continuarían con grandes privilegios, manteniéndose las prohibiciones que limitaban a los plebeyos tales como, por ejemplo, contraer matrimonio con personas pertenecientes a familias patricias o quedando excluidos del acceso a las magistraturas.

2.6.4. La jurisprudencia pontifical. La necesidad de expertos legales se sintió pronto en Roma dado el rigor por el que se encaminaba el derecho y la necesidad de llenar las lagunas en materias que no estaban recogidas en la *Ley de las XII Tablas*, o, que estándolo, no eran sin embargo suficientemente claras o desarrolladas: y la menor omisión o el más pequeño error llevaría consigo la pérdida de un litigio⁴².

⁴⁰ TORRENT, A., *op. cit.*, pp. 126-134. En cuanto al contenido de la *Ley de las XII Tablas*, hemos de decir que lo que se conoce de ellas es a través de alusiones, citas y comentarios dispersos en obras literarias, gramaticales o jurisprudenciales, ya que las verdaderas Tablas parece ser que desaparecieron tras la devastadora invasión de Roma por los Galos (s. IV a. C.) y, aunque reconstruidas posteriormente tampoco nos ha llegado parte de ella directamente. PANERO, R., *op. cit.*, pp. 52-54.

⁴¹ PIETRO, Di, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 71.

⁴² Así es que, supuesto el caso de que uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la acción la palabra *vites*, perdería el litigio fundados en que debiera haber empleado la palabra *árboles*, porque la *Ley de las XII Tablas* de donde, en este caso pro-

Esta asistencia legal vino del colegio de los Pontífices, una clase de sacerdotes (aparte de los *fetiales*, *augures*, *decemviri sacris facundis*) que mantenían un archivo que contenía los distintos ritos y frases a emplear dependiendo del caso concreto. Ya que nadie, aparte de los pontífices, tenía acceso a este archivo, estos pudieron durante un tiempo preservar el monopolio de la asistencia legal. No existen en esta época trabajos individuales de derecho, sino que el material jurídico de esta época es producto de una labor colectiva, lenta pero continua, llamada *interpretatio*, fue obra exclusiva de los pontífices.

3. LAS ÉPOCAS PRECLÁSICA Y CLÁSICA

3.1. Situación político-social. Hacia finales del siglo II a. C. se produce una crisis en el sistema político y social de la república⁴³. Los drásticos cambios en la vida social y política romana de los siglos II y III a. C. condujeron a una tensión tal que el régimen quedó colapsado debido a una confluencia de diversas circunstancias:

a) En los territorios conquistados, la violencia de los romanos y la toma de sus habitantes como esclavos hizo que surgiera con fuerza una fuerte oposición, con continuas rebeliones, disturbios, etc.

b) Los aliados de Roma que tanto la apoyaron a la hora de las guerras fundamentalmente contra Aníbal, ahora se ven como ciudadanos de segunda clase pues existen diferencias con los ciudadanos romanos.

c) Entre los mismos romanos surgen grandes diferencias, ya que los senadores han ido adquiriendo dominios y tierras convirtiéndose en grandes terratenientes, cuando antiguamente dominaba la austeridad entre los miembros de la clase senatorial mientras que los pequeños propietarios no podían ni dedicarse a las suyas pues tenían que servir al ejército al menos durante treinta años y los escasos intentos por revertir o mitigar esta situación fracasan.

3.2. Propuestas de reforma. En este ambiente, surgió en el Senado la discusión de qué política se debía seguir para mejorar la situación. La mayoría de los senadores se oponía a cualquier tipo de cambio (senadores *optimates*), mientras que la minoría intentó hacer reformas con el

cedía la acción, habla en general de *arbores* cortados. GAYO, *Instit.*, 4.11.

⁴³ Sobre ello, PITILLAS, E., *La crisis de la república romana*, Zaragoza, 2012.

apoyo de las asambleas (senadores *populares*) destacando entre estos últimos el tribuno de la plebe Tiberio Graco⁴⁴. Este intentará redistribuir mejor las tierras y llevar a cabo una serie de reformas nada beneficiosas para las clases más pudientes, y de ahí que vaya a encontrar una oposición frontal a sus reformas por parte del Senado, llegando incluso a ser asesinado por un número indeterminado de senadores⁴⁵.

Ello no supuso el fin de los intentos de reformas pues diez años más tarde (sobre el año 122 a. C.), su hermano Cayo Graco⁴⁶, también tribuno de la plebe, intentó continuar aquellas intentando ganarse a la clase social más rica (los *aequites*) y actuando más prudentemente que su hermano. Sin embargo, corrió la misma suerte y también pagó con su vida este nuevo intento de reformas, quedando el poder definitivamente en manos de los *optimates*.

Las sucesivas derrotas del ejército (sobre todo con Yugurta) hizo inevitable recurrir a soldados profesionales, reformando el ejército, lo que llevó a cabo Mario, que será sucedido en el poder por Sila, que lo venció en una guerra intestina, modificando los órganos del Estado (retiró el poder de veto de los tribunos de la plebe, aumentó el número de senadores⁴⁷, etc.) concentrando para sí cada vez mayor poder.

3.3. Triunviratos y Principado. El sucesor de Sila fue Pompeyo quien junto a César y Craso formarán el primer triunvirato en Roma. Pero el triunvirato duró poco porque tras morir Craso hubo una lucha civil por el poder entre Pompeyo y César que lo derrotará y acabará teniendo un

⁴⁴ Hizo que se aprobara una *Lex Sempronia Agraria* (año 133 a. C.) proponiendo, por ejemplo, la limitación en el número de hectáreas que se podía poseer y repartiendo el excedente entre los ciudadanos pobres. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público. cit.*, pp. 169-170.

⁴⁵ PARICIO, J., *op. cit.*, pp. 108-109.

⁴⁶ Quien promovió la aprobación de otra *Lex Sempronia Agraria* (año 123 a. C.) que redistribuía las tierras en favor de los ciudadanos pobres.

⁴⁷ Llegando a ser, por motivos de amistad, de relaciones familiares y otro tipo de intereses, más de 1000 senadores. En época de Augusto, se redujo el número a 600 sobre la base de que sólo pudieran ostentar dicha condición las personas que verdaderamente pudieran aportar conocimiento. Lo que, en verdad supuso, en la práctica, una depuración de los contrarios a su poder. ALFÖLDY, G., *The social history of Rome*, London, 1984, p. 115.

poder casi absoluto. Lo cual generó una reacción contra él por parte del Senado terminando con el asesinato de César en el año 44 a. C.⁴⁸.

A la muerte de éste surge de nuevo otra lucha civil en la que Marco Antonio, colaborador de César, derrota a los asesinos de aquél. Más tarde, junto a Lépido y Octavio formará un segundo triunvirato por un tiempo, llegando a su final cuando Octavio fuerza a Lépido a dejar su puesto y retirarse de forma honrosa como pontífice máximo.

Tras ello surgirá una rivalidad creciente entre Marco Antonio y Octavio que conducirá a una nueva guerra civil que finalmente llevará a este último al poder en el año 27 a. C. siendo nombrado honoríficamente *César Augustus* y estableciendo un nuevo sistema político absolutista denominado el Principado.

3.4. *Ius civile*. El derecho propio de los ciudadanos romanos es el *ius civile*, estando los peregrinos al margen del mismo, salvo ciertas excepciones como cuando se le conceda el *ius commercium* a alguno de ellos. Este *ius civile* va a ser la plasmación por escrito de los *mores maiorum*, que estaban recogidos ya en el siglo V a. C. en la *Ley de las XII Tablas*.

3.5. *Ius honorarium* o *ius praetorium*. El ambiente político en el que se va a desarrollar el denominado *ius praetorium*, coincide con el comienzo de la época clásica y la llegada de Augusto al poder y durará hasta casi la mitad del siglo III d. C. Durante este período, sólo existirá junto al anterior sistema de las obras clásicas elementales, el sistema del Edicto. A la acción de los jurisconsultos hay que añadir la de los magistrados y, fundamentalmente, la de los pretores, que se encontraron con la necesidad de adaptar el estático *ius civile* a los nuevos tiempos.

Todos los magistrados, cónsules, censores, tribunos, tenían la costumbre de publicar declaraciones o disposiciones que tenían conexión

⁴⁸ Cayo Julio César fue objeto de uno de los magnicidios más conocidos de la historia, víctima del complot urdido por un grupo de senadores entre los que destacaban sus más leales. El crimen provocó el estallido de una guerra civil en Roma y fue inspiración de la magistral tragedia teatral *Julio César* de William Shakespeare, además de otras muchas obras literarias y decenas de películas, algunas de gran calidad, y aparece en algunos capítulos de la serie de televisión *El Imperio Romano* (Netflix, 2016).

con el ejercicio de sus funciones, llamadas *edicta*⁴⁹. En Roma, el más importante es el edicto del pretor, prefectura creada en el año 367 a. C.

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

Ésta fue una manera de crear derecho, cada pretor aceptó los principios que había establecido su antecesor, los alteró en algún punto y añadió una u otra regla. Es probable que el pretor se limitase, en un principio, a asegurar y facilitar la aplicación del *ius civile*, desde luego no podía variarlo.

Pero con el paso del tiempo, a medida que las costumbres se modifican, el pretor inserta en el edicto las nuevas disposiciones apropiadas a las necesidades sociales, ayuda al derecho civil complementándolo, corrigiéndolo y proponiendo y sancionando con su autoridad, una regla más equitativa que terminó por prevalecer, y que con el tiempo alcanzará la fuerza de una regla consuetudinaria⁵⁰. En este período van a tener importancia también las escuelas⁵¹ sabiniana y proculeyana.

⁴⁹ Importante para la doctrina romanística será la reconstrucción que elabora LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner wiederhellung*, Leipzig, 1957. El edicto constaría de cuatro partes más un apéndice, consistiendo en una exposición del modelo de fórmula que debe seguirse. WOLFF, H.J., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰ Algunos autores creen que ambos derechos (*ius civile-ius honorarium*) «podían coordinarse, entrar en contradicción o subordinarse, pero en todo caso el *ius civile* está por encima del pretoriano». LAURIA, M. «Ius civile-Ius honorarium», en *Studi e Ricordi*, Napoli, 1983, p. 421.

⁵¹ De las cuales no conocemos su organización ni método de enseñanza. WOLFF considera que más que escuelas de enseñanza en sentido estricto, eran probablemente clubs de jurisconsultos y sus aprendices, con una cierta organización. De los sabinianos, el máximo exponente será el jurista ATEYO CAPITÓN. Por parte de los proculeyanos, LABEÓN, será la cabeza de la escuela proculeyana. Sus seguidores, continuarán publicando los resultados de sus trabajos en libros, si bien ya la influencia de la filosofía griega y sus métodos serán menos pronunciados que en sus antecesores. Al final del siglo II, cuando el derecho romano alcanza su madurez, las escuelas dejarán de ser importantes. WOLFF, H.J., *op. cit.*, p. 106.

3.6. La legislación popular. Cuando la labor creadora de los magistrados y, en concreto del pretor, decae, va a ir apareciendo una nueva forma de crear derecho, que es lo que se va a denominar como *ius novum*, basado en el poder de dictar normas el emperador mediante las constituciones imperiales.

Pese a que todo el poder se reunirá en las manos del *princeps*, las asambleas continuarán teniendo la facultad de emitir leyes o plebiscitos, a propuesta de Augusto, y por ello, van a tener una labor muy profusa y creativa tanto en temas matrimoniales (*Lex iulia de adulteriis*, *Lex Iulia de maritandis ordinibus*) como en materias relacionadas con la regulación de manumisiones de esclavos (*Lex Fufia Caninia*, *Lex Aelia Sentia*).

Pero, sin duda, el creciente poder absolutista del príncipe, entre otras causas, van a dejar al margen la importancia de las asambleas que irán decayendo en cuanto a su influencia y actividad paulatinamente.

En relación con el Senado, también la influencia del poder de Augusto se va a dejar notar hasta el punto de que, aparte de que ya ha perdido esa antigua importancia en temas que trataban de la paz y de la guerra (que ahora serán objeto de decisión por el *Princeps*), su tarea legislativa se va a limitar a aprobar cuantas propuestas presenta Augusto, más por carácter formal que práctico.

3.7. *Ius gentium*. En cuanto al *ius gentium*, consiste en un derecho que regula las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos o extranjeros. Se trata, normalmente de un derecho menos formal y menos rígido que el habitual del *ius civile*, de ahí que contratos como el mandato, la compraventa, etc. sean de derecho de gentes y otros como la *stipulatio*, *dotis dictio*, etc., lo sean de *ius civile*.

3.8. La jurisprudencia y la actividad de los juristas. Resulta oportuno dividir la acción de la jurisprudencia y la actividad de los juristas en las siguientes etapas: preclásica o helenística; clásica alta; y clásica tardía.

3.8.1. Etapa preclásica o helenística. Abarca desde el año 367 a. C. hasta el año 27 d. C. Este período se va a caracterizar por ser el comienzo de la actividad jurisprudencial laica, es decir, independiente de la labor de los pontífices, seguido de un período de equilibrio y auge de Roma y, finalmente, un período de épocas de crisis de la república y guerras civiles, en que se va a notar la influencia griega en cuanto a un

primer intento de dar un contenido científico al derecho clasificándolo, sistematizándolo o definiéndolo⁵².

En esta primera época del derecho clásico destacó el *Ius Flavianum*, primer libro que hizo posible el acceso de juristas no pertenecientes al grupo de los pontífices, al material que éstos tenían archivado⁵³.

Poco a poco, los juristas comenzaron a elaborar conexiones lógicas entre sus *Institutiones* y a crear conceptos teóricos con el fin de definir y clasificar y, ya en el último siglo de la República, se puede observar una corriente que se ocupa de formular abstractamente las doctrinas jurídicas como consecuencia de la influencia griega⁵⁴.

3.8.2. Etapa clásica alta. Comprende desde el año 27 a. C. al año 130 d. C. En esta época van a dominar unos caracteres distintos y, por tanto, nuevos a la hora de aplicar el derecho. En este sentido, cabe decir que el excesivo formalismo existente hasta ahora va a ir mitigándose y la aplicación de los principios de la buena fe (*bona fides*), la *aequitas*, etc, sirven para que casos en que un acto o negocio pudieran resultar nulos por carecer de la formalidad suficiente, gracias a la interpretación am-

⁵² PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 32.

⁵³ Llamado así porque fue GNEO FLAVIO el que publicó los archivos alrededor del año 304 a. C. Consistía en una simple colección de fórmulas fijadas para ser recitadas en el curso de las acciones procesales. WOLFF, H.J., *op. cit.*, p. 99. En este período cabe destacarse otra importante obra llamada *Tripertita* (h. 200 a. C.) atribuida al jurista SEXTO AELIO PETO, que aún mantiene el método casuístico, va a introducir ya un procedimiento científico debido en gran medida a la influencia de la literatura griega. A su obra se le llamó más tarde *Ius Aelianum*. PARICIO, J., *op. cit.*, pp. 90-91; SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, Madrid, 1990, p. 74.

⁵⁴ En esta época destacan otros juristas y sus obras como son los casos de MARIO MANILIO con sus *Monumenta Maniliana*, aún con escasa influencia griega. De clara influencia griega, destaca un nombre, QUINTO MUCIO SCAEVOLA (el pontífice), conservador a la hora de la aplicación del derecho, quien considera que esta aplicación se ha de hacer con rigor. Su obra fundamental es un comentario del "*ius civile*", considerado como la primera exposición sistemática del derecho civil, representando el nuevo modelo de jurista formado por la cultura helenística. Destacarán en esta línea, igualmente, otros juristas como JUNIO BRUTO o SERVIO SULPICIO RUFO. SCHIMIDLIN, B., -CANNATA, C.A., *Droit privé romain*, I-II, Lausanne, 1984, p. 43; SCHULZ, F., *op. cit.*, p. 74, BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 245; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976, p. 23.

plia y flexible de principios como los vistos, pueden superarse y ser negocios válidamente celebrados.

Además, dado el auge del comercio y la complejidad de los negocios, va a ir tomando importancia el documento escrito, fundamentalmente a efectos de ser un elemento indiscutible e importantísimo como prueba en los procesos judiciales y que hasta ahora había tenido un papel secundario, frente a la oralidad.

Surgen en este periodo dos escuelas opuestas como consecuencia del enfrentamiento entre sus dos máximos exponentes⁵⁵: a) los *Sabinianos*, cuyo representante era Ateyo Capitón (continuista y de acuerdo con el régimen político); y b) los *proculeyanos*, cuyo líder era Marco Antisteyo Labeón (más innovador), pero sin que esas diferencias resultaran excesivamente amplias⁵⁶.

Por recoger algún matiz diferenciador entre ambas escuelas, los sabinianos justificaban una norma refiriéndose a la naturaleza de las cosas «*natura rerum*»⁵⁷. Prefieren llegar a una decisión diferente para cada caso (pues cada caso tiene sus particularidades) que mantener o aplicar a toda costa un conjunto de palabras (definición) al caso concreto, por el simple hecho de que tenía sanción legal.

Lo cual contrasta con la opinión de los proculeyanos, que tratan de hacer del Derecho una ciencia ofreciendo definiciones claras, lógicas y racionales, es decir, un derecho más sistemático, más seguro.

3.8.3. Etapa clásica tardía. Período que comprende desde el año 130 d. C. hasta el año 230 d. C. Etapa caracterizada por la progresiva centralización del Derecho y la transformación de los juristas en burócratas. La importancia del Derecho se centra ahora en los rescriptos y reso-

⁵⁵ DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *op. cit.*, p. 57.

⁵⁶ En cuanto a los juristas de esta época, dentro de los sabinianos destacan CASIO, JULIANO y SABINO, quien compuso un *Tratado de ius civile* de 3 libros (*libri tres iuri civilis*) que constituye el primer intento de reunir el derecho civil y el derecho honorario. SCHULZ, F., *Roman Legal Science*, Oxford, 1967, p. 130; ÁLVAREZ, U., *Instituciones de derecho romano*, I, Madrid, 1973, pp. 25-27. Dentro de la escuela proculeyana destacan juristas como LABEÓN, NERVA, PRÓCULO, o CELSO. STEIN, P., *Roman law in European history*, Cambridge, 1999, p. 43.

⁵⁷ Sobre este punto son interesantes los trabajos de COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1976, pp. 131 y ss.

luciones imperiales. Así, un jurisconsulto, Juliano, reconoce que la fundamental tarea de interpretar y crear Derecho corresponde al Príncipe.

El Derecho estudiado por los juristas (generalmente centrado en el pasado) se amplía ahora a materias relacionadas con la administración: derecho penal, fiscal, etc. De aquí que surja la distinción entre derecho público y derecho privado⁵⁸. Importante en relación a la elaboración de manuales de enseñanza va a ser el jurista Gayo y su obra *Institutiones*⁵⁹.

La actividad de los juristas en la aplicación del Derecho, además de crear obras, comprende tres tareas fundamentales⁶⁰: a) el jurista aconsejará si procede o no la interposición de una acción y cuál ha de ser (*agere*); b) asesora a los particulares⁶¹ sobre si se cumplen los requisitos para poder celebrar válidamente sus relaciones jurídicas: como compraventa, arrendamiento, etc. (*cavere*); c) emitir dictámenes sobre consultas o casos jurídicos concretos solicitados por los particulares (*respondere*).

⁵⁸ En esta época cabe destacar los juristas siguientes: POMPONIO, cuya obra más conocida es el *Enchiridion*, que ofrece un relato sobre historia de la jurisprudencia romana. Además, se debe citar a ULPIANO, PAULO y PAPIANO, todos prefectos del Pretorio. De los dos primeros debemos destacar sus estudios y exposiciones sobre el derecho civil. De PAPIANO, decir que fue el jurista de mayor nivel técnico y prestigio entre los romanos (*primus omnium*) por el ingenio y profundidad de sus respuestas inspiradas en la justicia y la equidad. También cabe destacar a MODESTINO, autor de obras elementales destinadas a la enseñanza y la práctica.

⁵⁹ GAYO, *Instit.* 3.88; 3.89; 3.90; 3.142; 3.148 y 3.155. Apartado éste, complejo y muy discutido, que parte en relación a una afirmación hecha por el propio jurista en sus *Institutiones* (1.8): «Por lo demás todo el derecho que usamos o bien trata de las personas, o bien de las cosas, o bien de las acciones»; pudiendo considerarse por algunos autores como una verdadera obra sistemática: definiciones, clasificaciones, etc., frente a la opinión de otros como SCHULZ que no creen que ni en períodos anteriores ni en éste en concreto haya habido grandes avances en cuanto a la tarea sistematizadora realizada. No puede, pues, afirmarse categóricamente que las *Institutiones* de GAYO constituyan una sistematización real del derecho romano; y si considerar su utilidad como manual enfocado para la enseñanza. El título *Commentarii* apela a un trabajo realizado para un curso académico. TELLEGEN-COUPERUS, O., *op. cit.*, p. 101, SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1947, pp. 77, 130 y 160.

⁶⁰ KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, 2012, pp. 116-118; VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978, pp. 58 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público. cit.*, pp. 149-150.

⁶¹ En ocasiones también a los magistrados que eran políticos casi siempre, sin conocimientos de derecho a la hora de elaborar sus edictos.

A partir de Diocleciano (siglos III-IV d. C.) al acentuarse el monopolio burocrático, se impone el anonimato de los juristas. La crisis que sufre el imperio se reflejará también en lo jurídico por la oscuridad de los juristas absorbidos por la burocracia imperial. El vulgarismo jurídico y el oficialismo imponen el uso de colecciones y compilaciones de constituciones imperiales (*leges*) y de las obras de los juristas clásicos (*iura*).

3.9. Las constituciones imperiales. Las constituciones más antiguas datan de Adriano. Pero parece que ya Augusto tuvo, al menos, la facultad de publicar constituciones con fuerza de ley.

En un principio se utilizarán raramente y la actividad legislativa se desarrollará a través del Senado por simple cuestión formal porque éste nunca se negaría a aprobar una ley propuesta por el príncipe⁶².

Poco a poco, esta formalidad irá decayendo, siendo reemplazada por la incesante producción de constituciones, relegando al Senado a una labor muy de segundo plano.

Existen las siguientes clases de constituciones: *a) edicta*; son verdaderos edictos publicados por el emperador en calidad de magistrado que contenían generalmente las reglas de derecho aplicables a todo el imperio, *b) decreta*; que son decisiones judiciales emitidas por el emperador en las causas a él sometidas, bien en primera instancia o bien en apelación, *c) rescripta*; consultas dadas en forma de carta a un magistrado (*epistola*) o de nota escrita junto con la demanda de un particular (*subscriptio*), *d)* asimiladas a las constituciones son los *mandata*; que son instrucciones dadas por el emperador a los funcionarios imperiales sobre cuestiones de administración y rara vez de derecho privado.

4. LAS ÉPOCAS POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

4.1. Enfoque histórico-político. Este cuarto y último período en que tradicionalmente suele dividirse la historia de Roma, se inicia tras la llegada al poder de Diocleciano en el año 284 d. C. que pone fin a la

⁶² GAYO, *Instit.*, 1.5: «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 por ley».

anarquía militar y durará hasta el año 565 d. C., fecha en la que muere el emperador Justiniano.

Estos más de tres siglos van a estar marcados, pues, por guerras civiles, luchas internas, invasiones de los bárbaros, etc. Entre la multitud de emperadores que se van a suceder, va a haber algunos que, por su carisma, detendrán la lenta pero continua caída del Imperio romano, como es el caso de Constantino, que trasladará de Roma a Constantinopla la sede del Gobierno⁶³.

A este último período se le denomina *Dominado* porque en el año 270 d. C., a la llegada de Aureliano al poder, éste se hace llamar o denominar como si fuera *dominus et deus*. Por tanto, no va a ser ya un *princeps* la cabeza del Estado, sino un *dominus* considerándose el emperador ahora ya como el dueño y señor de Roma⁶⁴.

Tras la muerte de Teodosio (año 395 d. C.), la unidad del imperio se rompe dividiéndose en dos partes: una Occidental, cuya duración será hasta el año 476 d. C., en que cae en manos de los bárbaros, y el Oriental que hallará en Justiniano (año 527 d. C.) algunos años de prosperidad, llegando a reconquistar Italia, África y prácticamente las antiguas posesiones de Roma.

4.2. Crisis del Derecho romano. Ante la situación histórico-política del primer periodo temporal de esta etapa postclásica, ¿qué ocurre con el Derecho romano?

Las antiguas fuentes están casi todas agotadas en dicho momento y la ciencia del Derecho caería en una profunda decadencia⁶⁵.

Ya no se elaboran leyes, ni hay plebiscitos (pues han desaparecido las asambleas populares), ni hay senadoconsultos (el senado se ha convertido en un órgano con carácter meramente consultivo) y existe un palpable deterioro del nivel técnico y científico de los juristas⁶⁶.

⁶³ BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010, pp. 18 y ss.

⁶⁴ PARICIO, J., *op. cit.*, p. 154.

⁶⁵ PANERO, R., *op. cit.*, p. 93; PETIT, E., *op. cit.*, pp. 55 y ss. La jurisprudencia en estos momentos había dejado de ser la principal preocupación que se va a verter ahora sobre cuestiones religiosas y las controversias teológicas.

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, pp. 101 y ss.

El Derecho, pues, se va a caracterizar en estos momentos por la sustitución de las formas solemnes (suavizadas en la época clásica) y orales en favor de la escritura, junto a un incremento en la protección de las partes más débiles como serán los casos de la mujer, menor o el deudor.

En esta época tan sólo quedan como fuente de Derecho la costumbre y las constituciones imperiales, que irán siendo cada vez más una fuente activa de derecho privado y se produce el abandono de toda investigación científica, encontrando los jueces la solución de los casos en las obras de los grandes jurisconsultos del pasado⁶⁷.

4.3. *Iura y leges.* En conexión con lo expuesto hasta ahora y, con la finalidad de dar a conocer y actualizar el Derecho existente, se van a llevar a cabo en Roma ciertas obras, como las colecciones de *iura* y *leges*. Se entenderá por *iura*, todas aquellas obras o decisiones jurisprudenciales que están al margen del derecho que emana del emperador y que fueron transmitidas a través de los juristas. *Leges*, serán las constituciones imperiales que contienen una normativa de carácter general.

4.3.1. Colecciones de *Iura* y *leges*. En Roma existirán colecciones o compilaciones de *iura*, *leges* y *iura-leges* conjuntamente⁶⁸. Entre las primeras, destacan las *Regulae* de ULPIANO o las *Sententiae* de PAULO. Entre las segundas, el *Codex Gregorianus* o el *Codex Hermogenianus*. Entre las terceras, destacan los *Fragmenta Vaticana* y la *Collatio legum mosaicorum et romanorum* (comparación de leyes romanas y mosaicas)⁶⁹.

⁶⁷ La gran cantidad de estos escritos va a dificultar esta tarea de los jueces, así que Constantino será el primero en disminuir el número de obras a consultar. Otros emperadores seguirán el ejemplo de Constantino, así, Teodosio II y Valentiniano III, por medio de una constitución promulgan la Ley de citas (año 426), la cual viene a confirmar la autoridad de los escritos de PAPIANIANO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO y GAYO a efectos de su uso por los Tribunales en los casos en que todos ellos coincidieran. Si no coincidían en la solución, se tomaba la opinión mayoritaria de los jurisconsultos, en caso de empate (porque uno de ellos no se pronuncia sobre el tema) se concedía un voto suplementario a PAPIANIANO y si aun así no había una opinión mayoritaria, se dejaba al juez que escogiese la que quisiera. BORKOWSKI, A., *op. cit.*, pp. 52 y ss.; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *op. cit.*, pp. 28 y ss.; PANERO, R., *op. cit.*, p. 96.

⁶⁸ FUENTESECA, P., *Lecciones de historia del derecho romano*, Madrid, 1978, p. 186.

⁶⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, cit., pp. 106-108; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, pp. 108-110.

4.3.1.1. Colecciones de *Iura*. Entre los trabajos más importantes de los juristas, cabe citar los siguientes: a) *Sententiae*, obra del jurista Paulo que datan del final de la época de Caracalla (217 d. C.). Sólo existen fragmentos, el de mayor importancia proviene del *Breviarium* de Alarico o *Lex romana visigothorum*; y b) *Regulae*⁷⁰, obra de ULPIANO, que fue discípulo de PAPINIANO, elaboradas, al igual que las *sententiae*, bajo el mandato de Caralla y recogidas, posteriormente, en el *Digesto*.

4.3.1.2. Colecciones de *leges antejustinianas*. Se realizan con anterioridad a Justiniano, tienen su origen en el paulatino aumento de constituciones imperiales, que propician la necesidad de reunir las y clasificarlas para su mayor accesibilidad a la hora de aplicarlas. Entre esas colecciones cabe destacar las siguientes:

a) Código Gregoriano y Código Hermogeniano, que tuvieron un carácter privado siendo obra de jurisconsultos de los cuales no se tienen noticia y que se llamaron Gregorius o Gregorianus y Hermogenes o Hermogeniano. El *Codex Gregorianus* publicado bajo el mandato de Diocleciano, contiene constituciones desde Septimio Severo hasta Diocleciano (años 196 d. C. 295 d. C.). El *Codex Hermogenianus*, reúne constituciones desde Diocleciano hasta Valentiniano I (291 d. C.-365 d. C.)⁷¹.

b) Código Teodosiano. Proyecto legislativo encargado por Teodosio en el año 429 d. C. a una comisión con el fin de reunir y clasificar todas las constituciones imperiales desde Constantino (año 312 d. C.) y reunir además extractos de trabajos de jurisconsultos, finalizando sus trabajos en el año 438 d. C.⁷². Permanecerá vigente en Oriente hasta la publicación en el año 529 d. C. del Código de Justiniano, y en Occidente hasta que Justiniano reconquista Italia en el año 554 d. C.

4.3.1.3. Colecciones jurídicas mixtas de *Iura* y *leges*. Además de las compilaciones de *iura* y *leges* citadas más arriba perviven, además, algu-

⁷⁰ *Regula* significa apreciación corta sobre cuestiones de derecho.

⁷¹ Ninguno de ellos se ha conservado en su totalidad conociéndolos a través de otros textos como los Fragmenta vaticana, la *Collatio romanorum et mosaicorum*, la *Lex romana visigothorum* o la *Lex romana burgundiorum*. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, pp. 42-43.

⁷² Al igual que en el caso de los códigos precedentes, tampoco este Código se ha conservado íntegro teniendo conocimiento del mismo por otros textos como la *Lex romana visigothorum*.

nos textos o colecciones que contienen opiniones de juristas (*iura*) junto a constituciones imperiales (*leges*)⁷³:

a) *Collatio legum mosaïcorum et romanorum*, compilación anónima, elaborada entre el año 390-428 con el propósito de comparar algunas normas romanas con los principios de la Historia Sagrada o mosaica⁷⁴.

b) *Fragmenta vaticana*, es una colección de *iura* y *leges* de mediados del siglo IV, conservado en la biblioteca vaticana⁷⁵.

c) *Consultatio veteris jurisconsulti*, colección de autor desconocido que data de finales del siglo V. Consiste en un conjunto de respuestas dadas por este autor anónimo a consultas a él realizadas⁷⁶.

d) *Fragmenta Sinaitica*, de autor desconocido, son unos textos escritos en griego, descubiertos en un monasterio del monte Sinaí, y que versan sobre una parte del trabajo de Ulpiano sobre Sabino⁷⁷.

4.4. El Corpus Iuris Civilis. Se trata, seguramente, de la obra legislativa de Derecho escrito de mayor importancia y repercusión que nos llega de la antigüedad, siendo actualmente la base muchos sistemas legales.

4.4.1. Escenario jurídico. En el momento de la llegada al poder de Justiniano, existían en todo el Imperio romano grandes volúmenes conteniendo material jurídico (rescriptos, senadoconsultos, etc.).

Los juristas, desde hace ya tiempo, carecen de originalidad creativa, limitándose a citar a los grandes juristas del pasado y a compilar las disposiciones de emperadores anteriores que serán accesibles a través de

⁷³ Apareciendo, más tarde, obras de los bárbaros que contienen normas romanas como son los casos del Edicto de Teodorico (comienzos del siglo VI que dejó de estar vigente a partir de la llegada al poder de Justiniano) o la *Lex romana visigothorum* también llamada *Breviarium Alarici* (506 d. C.).

⁷⁴ Figuran textos de la *Ley mosaica* junto a textos de juristas clásicos romanos.

⁷⁵ Contiene opiniones de juristas clásicos (*iura*) y constituciones imperiales (*leges*) de los Códigos Hermogeniano y Gregoriano. VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶ Además, también se incluyen extractos de textos de PAULO y otros de los Códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano.

⁷⁷ Recoge opiniones de juristas clásicos y también textos de los Códigos Hermogeniano y Gregoriano. Utilizado, según algunos autores (PARICIO, J., *op. cit.*, p. 194.) como medio para la docencia, siendo, pues, un reflejo de esa actividad docente de las escuelas orientales.

colecciones publicadas a finales del III siglo d. C. (*Código Gregoriano* y *Código Hermogeniano*), que reproducen las respuestas dadas por los emperadores, indicándose el nombre del emperador y la fecha de la respuesta imperial.

Justiniano (nacido el año 482 d. C. y emperador entre los años 527 d. C. y 565 d. C. en que falleció) se propuso elaborar un derecho uniforme para todo el imperio y ordenar la inmensa masa legal existente, introduciéndose, si era necesario, cualquier alteración de los textos de los juristas (interpolaciones)⁷⁸. La obra de Justiniano consiguió llevar a cabo y en mayor escala el proyecto de Teodosio⁷⁹.

4.4.2. Contenido. Así se elaboró un conjunto legal llamado *Corpus Iuris Civilis*⁸⁰, que consta de cuatro partes fundamentales:

I.- Instituta (año 533 d. C.): breve introducción, de cuatro libros. Sus fuentes son las *Instituciones* de Gayo y otros libros de similar carácter. Sin embargo, a diferencia del *Digesto*, éstas no indican el origen de sus partes aunque sí ofrecen un texto coherente, adaptando el texto al derecho requerido en ese momento⁸¹.

II.- Digesto (año 533 d. C.): colección de cincuenta libros de extractos de literatura clásica⁸². En el año 530, Justiniano le encarga, a un comité

⁷⁸ ÁLVAREZ, U., *op. cit.*, pp. 98-107.

⁷⁹ El *Codex Theodosianus* fue una muy importante recopilación, pero no solucionaba los problemas que tenían los juristas de aquel tiempo. WOLFF, H.J., *op. cit.*, p. 162.

⁸⁰ Así llamado por el jurista DIONYSUS GOTHOFREDUS, en 1583.

⁸¹ Para evitar el riesgo de errores al escribir las palabras o incluso alteraciones textuales, Justiniano prohibió el uso de abreviaturas y de números en lugar de letras. Además no se podían incluir comentarios aclaratorios en los manuscritos. TELLEGEN-COUPERUS, O., *op. cit.*, p. 145. Como curiosidad añadida, cabe decir que el plan de estudios de Derecho, consistía en lo siguiente: Los alumnos de primer curso, estudiaban las instituciones y la primera parte del *Digesto*: (pensando en ellos, Justiniano prohibió las novatadas indignas); los de segundo curso, estudiaban la segunda parte del *Digesto* (*de iudiciis*) o la tercera (*de rebus*) y cuatro libros del *Digesto* concretos: el 23 (*dos*), el 26 (*tutela*), el 28 (*testamenta*) y el 30 (*legados*). Los alumnos de tercer curso, estudiaban la parte de *iudiciis* o *de rebus*, más los libros del *Digesto* 20 a 22. Los de cuarto, estudiaban los libros no estudiados los años anteriores que comprendían los libros del 24 al 36 del *Digesto*. Los alumnos de quinto curso, estudiaban el *Codex* (segunda edición) y las constituciones emitidas con posterioridad a la promulgación de dicho *Codex* (las surgidas a partir del 534 d. C.).

⁸² Lo que los latinos entendieron como una creación sistemática (*Digestum*) y los

encabezada por Triboniano, elaborar una recopilación del derecho de los juristas clásicos que, junto con otros colaboradores, se culmina tres años después. El Digesto, consiste, pues, en miles de extractos de trabajos de juristas del siglo I a. C. al siglo IV d. C. y, para llevarla a cabo se facultó al comité encargado de realizarla acortar los textos o alterarlos (interpolaciones)⁸³.

III.- Codex (año 529 d. C. el primer código y 534 d. C. el segundo): colección en doce libros de constituciones imperiales. El *Codex Theodosianus* recogía únicamente normas imperiales desde Constantino y no los rescriptos o decretos de anteriores emperadores. Por ello, Justiniano sintió la necesidad de elaborar una compilación sistemática que reuniera todo el derecho imperial anterior a él, adecuando y reduciendo a lo esencial la parte que fuera útil⁸⁴.

IV.- Novellae (año 529 d. C.): recopilación de constituciones no recogidas en el *Codex*. Tras la promulgación del segundo Código, Justiniano emitió una gran cantidad de normas que fueron conocidas con el nombre de *Novellae* (Novelas)⁸⁵. El plan para recogerlas en una legislación adicional no se llevó a cabo, pero muchas de ellas fueron conservadas en una colección privada⁸⁶. Las *Novellae* proporcionarán innovaciones en el campo del derecho administrativo, eclesiástico y de familia.

4.4.3. Significado. En suma, puede decirse que las *Instituciones* consisten en una introducción para comprender mejor el estudio del *Digesto* y están basadas, como se dijo, en su mayor parte en la obra de Gayo.

El *Digesto*, por su parte, contiene una gran cantidad de fragmentos de juristas clásicos, recogidos de distintos lugares y que son incluidos por los compiladores discrecionalmente.

griegos como los libros que lo contenían todo (*Pandectas*).

⁸³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público. cit.*, pp. 243-244; BORKOWSKI, A., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁸⁴ Inmediatamente a su promulgación, Justiniano dictó una serie de decretos en relación a determinados aspectos del derecho. Parte de ellos fueron recogidos en una Colección especial conocida como la *Quinquaginta Decisiones*, colección que no nos ha llegado a nuestros días. WOLFF, H.J., *op. cit.*, p.165.

⁸⁵ Literalmente significan *enmiendas*.

⁸⁶ Así como algunas otras emitidas por sus dos sucesores Justino II y Tiberio II.

El *Codex*, pese a lógicas diferencias con el *Codex* de Teodosio⁸⁷, sigue en líneas generales el modelo establecido por éste.

Por último, las *Novellae* se pueden considerar como un suplemento a la gran codificación, la mayoría de ellas emitidas en los años inmediatamente siguientes a ésta.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ALFÖLDY, G., *The social history of Rome*, London, 1984; ÁLVAREZ, U., *Instituciones de derecho romano*, I, Madrid, 1973; ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del derecho romano*, 5ª edición, Madrid, 1994; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2001; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010; CARRILHO, F., *A lei das XII tábuas*, Lisboa, 2008; COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1976; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El Derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, 19ª edición, Madrid, 2016; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; FRANCIOSI, G., *Manuale di storia del diritto romano*, 2ª edición, Napoli, 2001; FUENTESECA, P., *Lecciones de historia del derecho romano*, Madrid, 1978; y *Estudios de derecho romano*, Madrid, 2009; GAOS, J., «Historia de nuestra idea del mundo», en *Obras completas*, tomo XIV, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993; KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, 2012; LAURIA, M. «Ius civile-Ius honorarium», en *Studi e Ricordi*, Napoli, 1983; LEE, R.W., *The elements of roman law*, 4ª edición, London, 1956; LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner wiederhellung*, Lepizig, 1957; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015; PARICIO, J. *Historia y fuentes del derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 1992; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; PITILLAS, E., *La crisis de la república romana*, Zaragoza, 2012; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SCHIMIDLIN, B.,-CANNATA, C.A., *Droit privé romain*, I-II, Lausanne, 1984; SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1947; SCHULZ, F., *Roman Legal Science*, Oxford, 1967; SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, Madrid, 1990; STEIN, P., *Roman law in Eueropean history* Cambridge, 1999; TELLEGEN-COUPERUS, O., *A Short History of Roman Law*, New York, 1993; TORRENT, A. *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982; VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978; VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (tra-

⁸⁷ Diferencias que consisten en su organización, el material incluido y en el grado de los cambios realizados en las promulgaciones tempranas.

ducción de J. Daza), Madrid, 1991; WOLFF, H.J., *Roman law. An historical introduction*, 6ª edición, London, 1987.

CAPÍTULO II

EL DERECHO Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA EN ROMA

Sumario: 1. Aproximación al concepto de Derecho en Roma. 1.1. *Regula agendi*. 1.2. *Facultas agendi*. 1.3. *Las fuentes del Derecho romano*. 1.3.1. *Fuentes de derecho escrito*. 1.3.2. *Fuentes de derecho no escrito*. 2. *Las divisiones del Derecho romano* 2.1. *Ius publicum*. 2.2. *Ius privatum*. 2.2.1. *Ius naturale*. 2.2.2. *Ius gentium*. 2.2.3. *Ius civile*. 3. *Otras nociones esenciales del Derecho romano*. 3.1. *Fas*. 3.2. *Ius*. 3.3. *Iustitia*. 3.4. *Iurisprudentia*. 3.5. *Aequitas*. 4. *La persona física*. 4.1. *Clases de persona en el Derecho romano*. 4.2. *Comienzo y fin de la persona*. 4.3. *Los diferentes status personae*. 4.3.1. *Status libertatis*. 4.3.1.1. *Situación jurídica de la esclavitud*. 4.3.1.2. *Causas que generan la esclavitud*. 4.3.1.3. *El ius postliminii*. 4.3.1.4. *Efectos de la esclavitud*. 4.3.1.4.1. *En relación con el dueño*. 4.3.1.4.2. *En relación con la sociedad*. 4.3.1.5. *Causas extintivas de la esclavitud*. 4.3.1.5.1. *Manumissio formal*. 4.3.1.5.2. *Manumissio informal*. 4.3.2. *Status civitatis*. 4.3.2.1. *Ciudadanos romanos*. 4.3.2.2. *Los no ciudadanos*. 4.3.2.2.1. *Latinos*. 4.3.2.2.2. *Peregrini*. 4.3.3. *Status familiae*. 4.4. *Causas modificativas de la capacidad de obrar*. 4.4.1. *Aproximación conceptual*. 4.4.2. *La edad*. 4.4.3. *El sexo*. 4.4.4. *La enfermedad mental*. 4.4.5. *La infamia*. 4.4.6. *La prodigalidad*. 5. *La persona jurídica*. 5.1. *Aproximación*. 5.2. *Significado*. 5.3. *Modalidades*. 5.3.1. *El Estado*. 5.3.2. *Municipia*. 5.3.3. *Collegia*. 5.3.4. *La Iglesia*. 5.3.5. *Universitas*. 5.3.5.1. *Universitas personarum*. 5.3.5.2. *Universitas rerum*. *Indicación bibliográfica*.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO EN ROMA

A efectos de la mejor comprensión de las instituciones jurídicas en el Derecho romano, conviene aproximarse a qué ha de entenderse por la expresión «derecho» en sentido general⁸⁸.

1.1. *Regula agendi*. A tal fin, es bien sabido que el hombre que vive en sociedad tiene limitada su libertad natural debido al respeto a la libertad del resto de los individuos con los que convive. Por ello, resulta necesario la dotación de unas normas que garanticen a todos los miembros de esa sociedad el ejercicio de su actividad. El conjunto de esas reglas (*regula agendi*) es lo que se denomina «Derecho» o «derecho objetivo».

En referencia al Derecho romano, éste será un conjunto de principios o normas que rigen o han regido una sociedad, la vida social de una

⁸⁸ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; pp. 25 y ss.

comunidad o un aspecto determinado de esa vida social⁸⁹, la romana en nuestro caso, en las diversas épocas de su existencia y desarrollo.

1.2. *Facultas agendi*. Por otra parte, se entiende por derecho subjetivo, en general, aquella facultad de hacer, omitir o exigir alguna cosa (*facultas agendi*) como consecuencia de las normas y que otorga a los individuos o sujetos unas facultades o les garantiza las ya adquiridas⁹⁰.

1.3. *Las fuentes del Derecho romano*. Son fuentes de este derecho aquellos modos de producción normativa en Roma⁹¹. En general deben distinguirse dos grandes tipos según su forma, de un lado las fuentes de derecho escrito (aquel derecho que tiene un autor cierto), y de otra, las fuentes de derecho no escrito (está formado por el uso, la tradición)⁹².

1.3.1. *Fuentes de derecho escrito*. Si bien, como es habitual en el Derecho romano, no todas van a coincidir en la misma época y momento, entre las principales fuentes escritas destacan las siguientes:

a) Leyes: se trata de decisiones votadas por el pueblo en los *comicios*. b) Plebiscitos: son las decisiones votadas por la plebe en los *Concilia plebis*. c) Senadoconsultos: que eran decisiones votadas por el *Senado*, con efecto y fuerza de Ley. d) Constituciones imperiales: normas que emanan de la voluntad del emperador. e) Edictos de los magistrados (*edicta*): aquellas reglas de derecho que determinados magistrados publicaban en sus edictos. f) Respuestas de los prudentes: tratándose de dictámenes de

⁸⁹ DÍAZ, A.-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010, página 20.

⁹⁰ IHERING, R. von, establece una definición de derechos subjetivos entendiéndolos como aquellos «intereses jurídicamente protegidos», (en su obra *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Estudio Preliminar sobre «Ihering, ensayo de explicación», tomo IV, Monereo Pérez, J.L., Granada, 1998, p. 1032, §70. Véase también sobre el derecho subjetivo en Ihering, LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Introducción histórica a la filosofía del Derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005, pp. 51-54.

⁹¹ Sobre este particular, METRO, A., *Las fuentes del derecho romano*, (traducción de M^a.J. Bravo), Madrid, 2012; PARICIO, J., *Historia y fuentes del derecho romano*, 2^a edición, Madrid, 1992, pp. 33-39; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4^a edición, Madrid, 2011, pp. 26-27; TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, pp. 11-15. En general, la imprescindible obra de WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953.

⁹² El artículo 1.1 del vigente Código civil, determina: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

los jurisconsultos, concededores del derecho y, por ello, con autoridad para interpretarlo y desarrollarlo.

1.3.2. Fuentes de derecho no escrito. Se trata de la costumbre, la única que pueda ser considerada como tal. Se entiende por costumbre el hábito jurídico practicado desde un cierto tiempo de forma regular, constante, pública y pacífica en un determinado grupo social, con espontaneidad, no impuesta, y con la general convicción de su valor normativo⁹³.

La costumbre en el Derecho romano como fuente de derecho no dista mucho de la concepción actual de esta figura que también incluye los denominados usos jurídicos y sigue planamente vigente⁹⁴.

2. LAS DIVISIONES DEL DERECHO ROMANO

El Derecho romano se suele dividir en dos grandes grupos: el derecho público (*ius publicum*) y el derecho privado (*ius privatum*).

2.1. *Ius publicum*. El Derecho público corresponde con aquellas normas jurídicas que se refieren al gobierno del Estado, la organización de las magistraturas, así como aquellas referentes al culto y al sacerdocio (*ius sacrum*) y a las relaciones del Estado con los ciudadanos⁹⁵.

2.2. *Ius privatum*. De otro lado, el Derecho privado será aquella parte del ordenamiento que regula o tiene por objeto el interés y las relaciones entre los particulares y sus patrimonios⁹⁶. Este derecho

⁹³ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 62.

⁹⁴ Artículo 1.3 del vigente Código civil español (CC): «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre».

⁹⁵ *Digesto* 1.1.2: «El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes y las de los magistrados. El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles».

⁹⁶ *Digesto* 2.14.38; *D.* 50.17.45.1. ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, p. 38; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª ed., Madrid, 2018, p. 21; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976, pp. 18-23.

privado se puede subdividir a su vez en Roma en tres: *ius naturale*, *ius civile* y *ius gentium*⁹⁷.

2.2.1. *Ius naturale*. Se trata del derecho natural, que fue utilizado por primera vez por CICERÓN, siendo para los romanos, tal y como escribe PAULO: «lo que siempre es siempre equitativo y bueno»⁹⁸, o ULPIANO: «lo que la naturaleza enseñó a los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano»⁹⁹. Una definición más tardía y de clara influencia del cristianismo va a ser la que define el derecho natural como «el conjunto de principios emanados de la voluntad divina, inmutables, perfectamente conformes con la idea de lo justo y lo injusto».

2.2.2. *Ius gentium*. Respecto del llamado derecho de gentes, cabe distinguir en de esta expresión dos nociones: una extensa, o en sentido amplio, por la cual se entiende por este derecho el conjunto de reglas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad¹⁰⁰.

En un sentido más estricto, el *ius gentium* sería el conjunto de normas de derecho positivo (contrapuesto al natural) producto de la actividad del pretor peregrino (una clase de pretor) para aplicarse a las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos o peregrinos entre sí.

2.2.3. *Ius civile*. Será el conjunto de leyes especiales de cada pueblo para sí¹⁰¹. Es el derecho de los ciudadanos, por ello, de una manera más concreta, los juristas romanos entienden por *ius civile* el derecho propio de los ciudadanos romanos¹⁰² del que no participan los extranjeros.

3. OTRAS NOCIONES ESENCIALES DEL DERECHO ROMANO

3.1. *Fas*. Vocablo relacionado con *fari* (hablar, manifestarse) contrario a *nefas* lo prohibido por el mundo mágico-religioso.

⁹⁷ *Instituta* 1.2; *Digesto* 1.1.2: «Dos son los aspectos de este estudio, el derecho público y el derecho privado. Es derecho público el que se refiere al estado romano. Privado, el que se refiere a la utilidad de cada individuo».

⁹⁸ *Digesto* 1.1.11: «*quod semper aequum ac bonum est*».

⁹⁹ *Digesto* 1.1.1.3.

¹⁰⁰ *D.* 1.1.1.4: «El que usan todos los pueblos humanos y se diferencia frente al natural, porque éste es común a todos los animales y aquél a sólo los hombres entre sí».

¹⁰¹ GAYO, *Instit.*, 1.1.

¹⁰² ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 13.

De esta manera distinguimos entre *fas*, referente al ámbito de lo permitido por manifestación divina, fruto de la voluntad de los dioses, derecho religioso, santo o revelado, inmutable y comprende tanto a la religión en su aspecto jurídico (derecho eclesiástico) como al carácter religioso del derecho privado y público.

Por otro lado, *ius*, que tiene que ver con el ordenamiento jurídico humano¹⁰³, como tal, variable y perfectible y su obligatoriedad proviene del acuerdo del pueblo¹⁰⁴.

3.2. *Ius*. En relación con esto último, CELSO define el término *ius*, o derecho, como el arte de lo bueno y equitativo¹⁰⁵; si bien en Roma se hace referencia a *ius*, a veces en sentido objetivo entendido como norma o regla, y otras, en sentido subjetivo en tanto facultad o poder.

3.3. *Iustitia*. Según ULPIANO, es «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo»¹⁰⁶. Siendo, por tanto, *iustitia*, la justicia, cualidad del hombre justo, conforme su conducta a derecho, a la ley.

3.4. *Iurisprudentia*. La expresión *iurisprudentia* está compuesta por la unión de otras dos palabras: *iuris* (derecho) y *prudentia* (sabiduría, experiencia). ULPIANO la define como: «el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto»¹⁰⁷.

3.5. *Aequitas*. Expresión que equivale a justicia o equidad, valor ideal al que tiende y con el que se justifica la norma. Término que no hace referencia a un concepto o idea fija inmutable sino adaptable, flexible y que se va modulando según la conciencia social de cada momento.

¹⁰³ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁴ IHERING, R., *El espíritu del derecho romano* (traducción de F. Vela), Paracuellos del Jarama, 1997, pp. 95-96.

¹⁰⁵ *Digesto* 1.1.1 pr.

¹⁰⁶ *Digesto* 1.1.10 pr: «*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*».

¹⁰⁷ *Digesto* 1.1.10.2: «*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*».

4. LA PERSONA FÍSICA

4.1. Clases de persona en el Derecho romano. Los juristas romanos entienden por persona, aquel sujeto o individuo que es poseedor de una serie de derechos pero también está sujeto a unas obligaciones¹⁰⁸.

En Roma se distinguió entre personas físicas y personas jurídicas o legales. Entre estas personas legales cabe destacar los Colegios sacerdotales, el Estado, los Municipios, las Asociaciones o la Iglesia.

4.2. Comienzo y fin de la persona. En relación con las personas físicas, para los juristas romanos el comienzo de la existencia del individuo como persona, esto es, con sus derechos y obligaciones, será a partir de su nacimiento, que para los romanos supone un desprendimiento total del seno materno pues mientras siga alojado en el vientre de la madre se le va a considerar como una parte más de ésta¹⁰⁹.

Además, tal desprendimiento total de la madre, o nacimiento, ha de ser con vida pues al bebé que nace muerto no se le tiene por nacido¹¹⁰.

Finalmente, para la existencia de la persona física se exigía que el niño nacido con vida, además, presentara forma humana¹¹¹.

¹⁰⁸ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 57; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p.143. Sin embargo, en las fuentes romanas cabe encontrar referencias a la palabra latina persona para designar tanto al hombre libre como al esclavo (GAYO, *Instit.*, 1.9.). MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 101.

¹⁰⁹ Según lo expresado por ULPIANO: «el parto antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas; pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer ya puede pretender el marido por derecho propio llevárselo». *Digesto* 42.4.1.1.

¹¹⁰ Según PAULO: «Los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados, ya que nunca pudieron ser denominados hijos». *Digesto* 50.16.129.

¹¹¹ Como bien explica PAULO: «No son hijos, los que, fuera de lo acostumbrado, son procreados con forma contraria a la del género humano como si una mujer hubiese dado a luz alguna cosa monstruosa o prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así se contará entre los hijos». *Digesto* 1.5.14. La reforma del art. 30 CC operada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, eliminó el requisito romano de la «figura humana» que estuvo vigente en el texto legal 120 años desde la primera publicación del Código civil el día 25 de julio de 1889 hasta la reciente reforma indicada, cuyo texto derogado era el siguiente: «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

El *nasciturus*, esto es, el concebido no nacido, se le reconocerán unos derechos al objeto de preservar sus derechos sucesorios que irán cobrando especial importancia en época justiniana¹¹².

El final de la existencia de la persona física llega por su muerte¹¹³, teniendo relevancia en Roma, los casos en que fallecían al mismo tiempo a dos personas que tenían relación de parentesco entre ellas. En estos casos y por los efectos sucesorios que se derivan de tal hecho, debía determinarse quién falleció primero.

La solución fue diferente en el tiempo. Así, si bien en el período clásico entrará en funcionamiento una presunción de «comoriencia», es decir, se presumía que ambos murieron al mismo tiempo¹¹⁴; sin embargo, luego, en época justiniana se estableció la presunción de «premoriencia», es decir, que alguien premuere o muere antes que el otro¹¹⁵.

4.3. Los diferentes status personae. La persona física romana se encontraba muy condicionada jurídicamente por el *status*¹¹⁶ al que pertenecía, que dividía a los habitantes de Roma en tres estados básicos:

1º. *Status libertatis*: que diferencia a los hombres entre libres o esclavos. 2º. *Status civitatis*: que establecía si los habitantes de Roma eran ciu-

¹¹² El artículo 29 CC expresa que: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente»; que es el art. 30 a cuyo tenor: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

¹¹³ Art. 32 CC: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas».

¹¹⁴ El Código civil español adopta esta postura pero con ciertos matices, es decir, salvo prueba en contrario, al disponer en su artículo 33 que: «Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro».

¹¹⁵ Así, por ejemplo, cuando un padre y un hijo mueren en un accidente (incendio, naufragio, etc.) si el hijo es *impúber*, no ha alcanzado la pubertad todavía, se le tiene por premuerto al padre, es decir, que moriría antes que el padre (al que se considera como más fuerte físicamente). En el caso en que el hijo fallecido fuera *púber*, se entiende que por su mayor juventud y resistencia física era el padre quien premoría. Si bien todo ello giraba en torno a una presunción que admitía prueba en contra. Es decir, si hubo testigos del accidente o por cualquier otro medio se puede constatar que el orden de muerte era distinto, se admitía y se destruía de esta forma la presunción.

¹¹⁶ RASCÓN, C., *op. cit.*, pp. 140-141.

dadanos romanos o no¹¹⁷. 3º. *Status familiae*: por el que se determinará la capacidad de cada miembro integrante de la familia según se sea *paterfamilias* (miembro *sui iuris*, con plenos derechos) o *filiifamilias* (los individuos *alieni iuris*, sometidos a la autoridad –*potestas*– del *pater*).

4.3.1. *Status libertatis*. La división de los hombres según su situación de libertad o no (*status libertatis*) es la que distingue entre los hombres que son libres y aquellos que son esclavos y, a su vez, si los libres son «ingenuos» (aquellos que nunca han sido esclavos) o son «libertos» (a los que habiendo sido esclavos luego se les concedió la libertad).

4.3.1.1. *Situación jurídica de la esclavitud*. En Roma, como en tantos pueblos y épocas de la antigüedad, la esclavitud era algo habitual en los pueblos, aceptada por la sociedad y justificada por los filósofos¹¹⁸.

Se consideraba como una situación del derecho de gentes (*ius gentium*), propia del Derecho de todos los pueblos y no específica del Derecho romano. En la práctica, suponía la esclavitud, la entrada de un sujeto, esto es, de un ser humano, bajo la propiedad de otro (*dominus*)¹¹⁹.

4.3.1.2. *Causas que generan la esclavitud*. En la Antigüedad, el origen principal de la esclavitud solía ser la guerra, en la que el enemigo vencedor puede apropiarse los bienes y las personas de los vencidos, condenando a muerte algunos prisioneros para celebrar la victoria y haciendo esclavos a otros¹²⁰. No obstante lo anterior, en Roma, se podía nacer esclavo o llegar a serlo por alguna causa posterior al nacimiento.

¹¹⁷ Distinción que desaparece a partir del año 212 d. C. con una constitución de Caracalla según la cual todos los habitantes del imperio eran ciudadanos romanos.

¹¹⁸ Los grandes filósofos de la época aceptaban este hecho como algo necesario y natural. Así según Aristóteles, la esclavitud es algo natural y legítimo; Cicerón parece aceptarla como un hecho inseparable de las necesidades de la vida; Séneca la comprende y, por ello, se limita en una carta dirigida a los amos de los esclavos a que los traten con humanidad (aunque hubo alguno como Platón que reconociendo su necesidad entendía que no era algo natural).

¹¹⁹ Tal y como lo define FLORENTINO: «Libertad es la natural libertad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley. La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto, contra la naturaleza, al dominio ajeno». *Digesto* 1.5.4 pr-1.

¹²⁰ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 51.

Esto sucedía en ciertos casos, afectando a quienes: *a)* no se inscribían en el censo; *b)* la mujer que comerciaba con el esclavo que pertenecía a otro; *c)* el liberto ingrato con el patrono que le había concedido la libertad; *d)* los hijos de mujer esclava nacen esclavos: una esclava no puede contraer matrimonio legítimo y el hijo toma la condición de su madre.

No obstante, en favor de la libertad, se admitió en Roma que si la madre concibe libre y alumbró siendo esclava, el hijo nace libre. Y más tarde sería suficiente, para que el hijo nazca libre, que la madre lo haya estado en cualquier momento de su gestación¹²¹.

4.3.1.3. El *ius postliminii*. Según una tradición romana, el soldado romano apresado por el enemigo (y, por tanto, esclavo de éste) cuando se escapa y vuelve a su hogar, deja de ser esclavo, al disfrutar entonces del llamado *ius postliminii*¹²².

Mediante esta ficción jurídica, el efecto de su cautividad se borra retroactivamente, de manera que vuelve jurídicamente a la situación anterior a haber caído en manos del enemigo.

Este *ius postliminii* le concede, al que recuperó su libertad por esta vía, algunos de los derechos perdidos aunque no todos¹²³. Así, por ejemplo, no se restablece el matrimonio disuelto a causa de su cautividad.

4.3.1.4. Efectos de la esclavitud. De la situación del esclavo, respecto de su dueño y la sociedad, se derivan diversas consecuencias jurídicas.

4.3.1.4.1. En relación con el dueño. La potestad del dueño sobre su esclavo comprende las siguientes facultades: *a)* el derecho sobre su persona (de vida y muerte, pudiendo, incluso, venderlo, castigarlo o abandonarlo); *b)* el derecho sobre los bienes del esclavo (todo lo que adquiriera el esclavo pertenece al dueño, pues el esclavo no puede tener la propiedad sobre nada, con la excepción de una cantidad de bienes que en ocasio-

¹²¹ GAYO, *Instit.*, 1.89: «Lo que generalmente se admite que si una esclava concibiera de un ciudadano romano y pariera tras ser manumitida, su hijo sea libre, se ajusta a la razón natural, pues aquellos que son concebidos de modo no legítimo toman su estado al tiempo de nacer, y así si nacen de mujer libre se hacen libres y nada importa de quien los concibió la madre cuando era esclava».

¹²² MAFFI, A., *Ricerche sul postliminium*, Napoli, 1992; PERIÑÁN, B., *Un estudio sobre la ausencia en derecho romano: absentia y postliminii*, Granada, 2008, pp. 80 y ss.

¹²³ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 108.

nes otorgará el dueño al esclavo para que los goce y negocie con ellos, denominado peculio)¹²⁴.

4.3.1.4.2. En relación con la sociedad. El esclavo tuvo numerosas limitaciones en sus relaciones sociales, pudiendo destacarse, entre otras, las siguientes: *a)* no tiene derechos políticos (no puede votar ni presentarse como candidato); y *b)* no puede contraer matrimonio (la unión de hecho que contrae se denomina «contubernio»).

4.3.1.5. Causas extintivas de la esclavitud. Ahora bien, ¿cómo puede finalizar la situación de esclavitud? En primer lugar y de manera lógica, puede terminar, como es obvio, por la muerte pero, además, también por otros medios como, por ejemplo, por la concesión de la libertad al esclavo, o lo que es lo mismo, por la manumisión¹²⁵. La libertad a través de la manumisión se puede conseguir de diferentes formas¹²⁶.

4.3.1.5.1. Manumissio formal. Se aprecian tres modalidades de manumisión formal: *a) censu*, con el consentimiento del *dominus* y del censor, el esclavo es inscrito en el censo; *b) testamento*, si el dueño del esclavo así lo dispone en su testamento de manera que, a su muerte, se le conceda la libertad al esclavo¹²⁷; *c) vindicta*, clase de concesión de la li-

¹²⁴ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp. 66 y ss.

¹²⁵ Sobre este particular, LÓPEZ, P., *Historia de la manumisión en Roma*, Madrid, 2007. Así lo expone ULPIANO: «Las manumisiones son también de derecho de gentes. Mas derivase manumisión de *manu missio* (suelta de la mano), esto es, dación de libertad; porque mientras está uno en esclavitud, está bajo mano y potestad, y manumitido se libra de la potestad. La manumisión tomó su origen del derecho de gentes, porque después que apareció por derecho de gentes la esclavitud, siguióse el beneficio de la manumisión; y comenzó a haber por derecho de gentes tres clases: libres, esclavos en oposición a éstos, y libertos, esto es, aquellos que habían dejado de ser esclavos». *Digesto* 1.1.4.

¹²⁶ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 53-57.

¹²⁷ Esta libertad de manumitir a los esclavos que se quiera y en la cantidad que al dueño le apetezca, va a ser limitada por una serie de leyes: *Lex Fufia Caninia* (año 2 a. C.: establece, por ejemplo que quien posea diez esclavos sólo podrá manumitir cinco; o quien posea cien, sólo podrá manumitir veinticinco), o la *Lex Aelia Sentia* (año 4 d. C.: donde se exigen unas edades determinadas para poder manumitir y también se exigían en determinados casos, que hubiera una buena causa para manumitirlos. Así Paulo recoge cuáles son esas buenas causas: «Muchas pueden ser las causas, por ejemplo, por haber ayudado al señor en la guerra, por haberlo amparado contra los ladrones, por haberlo curado estando enfermo y sería prolijo si quisiéramos enumerarlas todas, porque puede haber muchos méritos por los que sea honrado conceder con

bertad muy solemne consistente en que el pretor y el dueño del esclavo tocaban con una vara al esclavo y se le concedía la libertad.

4.3.1.5.2. Manumissio informal. Las manumisiones informales pueden ser de dos tipos: *a) per epistulam* (por carta), consistente en que el dueño escribe una carta dirigida al esclavo, en donde (mediante el empleo de ciertas palabras) le concede la libertad; y *b) inter amicos* (ante testigos), que consiste en una declaración de libertad del dueño del esclavo ante sus amigos, lo que podía hacerse, por ejemplo, durante una cena¹²⁸.

El principal efecto que se produce con este tipo de manumisión es que el individuo no obtiene la libertad automática, es decir, sigue siendo esclavo, sin embargo, el pretor le concederá al afectado una acción de protección al esclavo que así fuere manumitido.

4.3.2. Status civitatis. Existía en la sociedad romana una clara distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, según fuera su *status civitatis*¹²⁹.

4.3.2.1. Ciudadanos romanos. Son ciudadanos romanos (*civis romanus*) quienes adquieren la ciudadanía: *a)* por el simple hecho de su nacimiento en Roma¹³⁰; *b)* por hechos posteriores como la manumisión solemne; o *c)* por concesión del emperador a través de una constitución destinada a un pueblo o a una persona concreta.

Algunos de los derechos propios de los que disponía todo ciudadano romano consistían en los siguientes: *1) ius suffragii* (derecho a votar así como ser candidato); *2) ius commercii* (transmisión de derechos *inter vivos* o *mortis causa*); *3) ius connubii* (derecho a contraer matrimonio).

La ciudadanía romana, por otra parte, se podía perder por diversos motivos¹³¹: *a)* sufrir una *capitis deminutio maxima*¹³² (pérdida de la libertad

decreto la libertad; cuyas causas deberá estimar aquel ante quien se trate este asunto». *Digesto* 40.2.15.1.

¹²⁸ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 69-70.

¹²⁹ PETIT, E., *Derecho Romano*, México D.F., 2006, pp. 81 y ss; RASCÓN, C., *op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹³⁰ Siempre que se hayan celebrado unas *iustae nuptiae*.

¹³¹ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 9ª edición, Madrid, 2000, pp. 83 y ss.

¹³² La modificación del *status* en Roma se denomina *capitis deminutio* y puede afectar a tres niveles diferentes: *a) capitis deminutio maxima*, sobre la pérdida de sus tres

y, por consiguiente, de la ciudadanía y del *status familiae*); o b) por renuncia voluntaria a la ciudadanía romana.

4.3.2.2. Los no ciudadanos. Por debajo de la categoría de los *civis romanus* existían estas dos clases de individuos: latinos y *peregrini* que si bien eran personas libres no ostentaban de la ciudadanía romana, ni de la plenitud de tal estatus jurídico, sí que gozaban de ciertos derechos.

4.3.2.2.1. Latinos. Ostentaban una posición intermedia entre los *civis romanus* y los *peregrini*. Se dividían en tres categorías ostentando derechos también diferentes entre cada una de ellas:

1^a) latinos *veteres o prisci*, a quienes se reconoció derechos como el *ius commercii* y el *ius connubii*; 2^a) latinos *coloniarii*, habitantes de las colonias romanas que van a poseer el *ius commercium*, pero no el *ius connubi*, salvo que se le conceda de forma concreta y específica; y 3^a) latinos *iuniani*, que eran los esclavos manumitidos no solemnemente, siendo personas libres por la *Lex Iunia Norbana* (19 d. C.), disponen los de este grupo del *ius commercii*, pero no de *ius connubi*; además, los esclavos manumitidos a través de una forma solemne, aun equiparándose a los ciudadanos romanos, no disponen de la posibilidad de postularse para ser candidatos y sólo tendrán derecho de voto en los Comicios por Tribus¹³³.

4.3.2.2.2. Peregrini. Eran habitantes libres de aquellos países que mantenían algún tipo de relaciones con Roma y que residían en cualquier territorio que fuera parte del Imperio romano.

No disponían del *ius commercii*, ni del *ius suffragii*, ni del *ius connubii*, aunque se les podía otorgar, al igual que a los latinos, por concesión especial. En general se van a regir por el *ius gentium* y por el derecho de sus provincias, salvo los *peregrini dediticii*, que son aquellos que se resistieron a la conquista romana.

Finalmente, en el año 212 d. C., por medio de un edicto del emperador Caracalla, se concedió el *status civitatis* a todos los habitantes del

elementos (libertad, ciudadanía y situación familiar); b) *capitis deminutio media*, acerca de la pérdida de la ciudadanía y el *status familiae*; y c) *capitis deminutio minima*, pérdida o modificación de los derechos de familia (*emancipatio, adrogatio*).

¹³³ En el año 74 d. C. el emperador Vespasiano concedió el estatus de latinos a todos los residentes en la provincia romana de Hispania (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, 2017, página 144).

imperio romano, ya fueran latinos o peregrinos, ostentando la ciudadanía romana cualesquiera hombres libres del territorio de Roma.

4.3.3. *Status familiae*. Mediante la expresión *status familiae*¹³⁴ se hace referencia, en Roma, a la diferente situación que ostentan los miembros de una familia, considerada como grupo de personas libres bajo el poder de un cabeza de familia o *paterfamilias*, quien ostentará plenos poderes domésticos –*sui iuris*–, frente a aquellos que está sometidos a éste, denominados *filiifamilias*, cuyo poder es limitado –*alieni iuris*–.

Será el *pater* quien tenga para sí, durante toda su vida, el pleno control de la práctica totalidad del patrimonio familiar, salvo alguna excepción¹³⁵, y sólo se repartirá cuando se produzca su muerte, sucediéndoles los *filiifamilias* quienes en ese momento pasarán a ser *sui iuris*.

4.4. *Causas modificativas de la capacidad de obrar*. En el Derecho romano existían numerosos motivos que limitaban a las personas sus posibilidades de desenvolverse jurídicamente en la sociedad¹³⁶.

4.4.1. *Aproximación conceptual*. ¿Qué es la capacidad jurídica y cuál la capacidad de obrar? La capacidad jurídica es la posibilidad por un sujeto de ser titular de unos derechos y unas obligaciones. La capacidad de obrar implica la aptitud para realizar con eficacia actos jurídicos.

En concreto, un bebé, siendo *civis romanus*, podrá tener –y la tiene– capacidad jurídica (será titular de unos derechos y obligaciones), pero carece de la capacidad de obrar (no podrá ejercitarlos), debiendo ser otra persona quien realice los actos jurídicos en su nombre.

Las personas *alieni iuris* estaban bajo la *potestas* del *paterfamilias*, teniendo muy limitada su capacidad, tratándose de los *filiifamilias*, su esposa y otras personas libres en determinadas circunstancias.

Todo ciudadano romano puede ver modificada su capacidad jurídica o su capacidad de obrar por la aparición de las siguientes ciertas causas:

¹³⁴ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

¹³⁵ Los *filiifamilias* podrán, en algún momento, disponer de ciertos bienes, denominado *peculium*, cuya regulación jurídica irá evolucionando si bien, en un primer momento, incluso esos bienes u objetos, estarán comprendido en el patrimonio del *pater*.

¹³⁶ ACEDO PENCO, A., *Introducción al Derecho privado y Derecho de la persona*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 53-75, sobre la capacidad actual de las personas físicas.

4.4.2. La edad. En Roma, los seres humanos que tenían la consideración de personas físicas, se distinguen, según su edad, entre:

a) *Infans*, establecido por Justiniano en 7 años la edad hasta la cual el infante no podrá celebrar por sí solo ningún acto jurídico válido.

b) *Impuberes*, que comprendería desde los 7 hasta los 12 o 14 años. Son aquellas personas que aún no tienen el desarrollo físico para engendrar (*potestas generandi*). Justiniano fijó la edad de 12 años para las mujeres y 14 para los varones ya que se pensaba que a esa edad finalizaba la etapa a partir de la cual comenzaba la pubertad. Además se distinguía entre los *impuberes infantiae proximi* (edad cercana a la infancia) y los *impuberes pubertati proximi* (edad cercana a la pubertad), cuya distinción era, por ejemplo, que estos últimos responderían por actos ilícitos y posibilidad de hacer negocios con la simple *auctoritas* del tutor.

c) *Puberes*, que eran las personas capaces para concluir cualquier negocio, aunque necesitando en ciertos casos la asistencia de una persona (*curator*) hasta la edad de 25 años¹³⁷.

4.4.3. El sexo. La mujer, por el simple hecho de serlo, tendrá en Roma, como tantas otras culturas y épocas, unas claras limitaciones jurídicas, pues no podrá desempeñar numerosas tareas. Allí no ostentaba, por ejemplo, la patria potestad sobre los hijos. Con la pubertad, acaba la tutela habitual del impúber, comenzando otra para la mujer (*tutela mulierum*) que le durará toda la vida¹³⁸.

4.4.4. La enfermedad mental. Pueden darse dos casos: a) *mente captus* o deficiente mental; y b) *furiosus* o loco con intervalos de lucidez (*dilucida*

¹³⁷ Una *Lex Laetoria* (alrededor del año 200 a. C.) protegió a los menores de 25 años contra el engaño (*circumscriptio*) a través de la *restitutio in integrum* o de una *exceptio*. MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 105; GARCÍA, L., *La protección procesal de minor viginti quinque annis en el derecho romano*, Madrid, 2008, pp. 56 y ss. Según el art. 12 de la Constitución española: «Los españoles son mayores de edad a los 18 años». Lo que se completa con el art. 315 CC: «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos»; adquiriéndose en tal momento la plena capacidad de obrar, a tenor del art. 322 CC: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

¹³⁸ Los artículos 199 al 303 del Código civil regulan la incapacitación de las personas por cualesquiera motivos, incluyendo, «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

intervalla), es decir, aquel que tiene alterada sus facultades mentales¹³⁹, pero con intervalos lúcidos durante los cuales los negocios que concluya en ese periodo van a resultar plenamente válidos y eficaces¹⁴⁰.

4.4.5. La infamia. Se entiende por tal aquella falta de honorabilidad en la que puede incurrir un ciudadano por diferentes motivos (legales, sociales o judiciales) afectando y perdiendo su honor civil y, por ello, alterándose su capacidad, de suerte que, por ejemplo, no podría ser testigo o presentarse a magistrado¹⁴¹. Se llevaba a la práctica mediante una nota escrita que se le añadía en el censo, por parte del censor, pudiéndose, aquella nota censorial, ser borrada por el censor siguiente¹⁴².

4.4.6. La prodigalidad. Pródigo era aquel que dilapidaba o derrochaba su patrimonio, limitándose su capacidad de obrar y quedando en una situación amparada bajo curatela¹⁴³ y semejante a los *impuberes infantia maiores* con lo que ello conlleva (como la pérdida del derecho a contratar libremente, siendo el *curator* quien administre su patrimonio)¹⁴⁴.

¹³⁹ GAYO, *Instit.*, 3.106.

¹⁴⁰ Hoy día, como es sabido, está constitucionalmente prohibida cualquier clase de discriminación por razón de sexo, a tenor del art. 14 de la Constitución española.

¹⁴¹ *Digesto* 3.2; *Codex* 2.11; C. 10.59. Con Justiniano se establece una lista de infames en la que se incluirían, por ejemplo, los artistas de teatro, los gladiadores, etc.

¹⁴² Hoy día, la letra y el espíritu de los artículos 1, 10.1 y 14 de la Constitución hacen imposible la operatividad de cualquier modalidad de infamia de índole jurídica.

¹⁴³ Sobre dicha condición, véase, DOMÍNGUEZ, P., *El prodigus y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona, 2000.

¹⁴⁴ En la actualidad han sido derogados la mayoría de los preceptos del Código civil en materia de prodigalidad al reconocerse mayor autonomía, libertad y capacidad a las personas discapacitadas o con trastornos. La STS de 20 de octubre de 2014 recuerda la STS de 29 de septiembre de 2009 del Pleno y la de 11 de octubre de 2012, la interpretación de las normas vigentes a la luz de los arts. 18, 19 y 20 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23-11-2007) y señala lo siguiente: «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

5. LA PERSONA JURÍDICA

5.1. Aproximación. Junto a las personas físicas, que son los seres humanos individualmente considerados, reconoce el Derecho romano, otro tipo de personas que, sin existencia material, ostentan un patrimonio que se va a gestionar a través de la actuación de personas físicas.

La noción de la persona no humana es una invención, producto de un proceso mental llamado «personificación jurídica¹⁴⁵», y que obedece al instinto de personificación innato en la naturaleza humana, en virtud del cual se atribuyen formas de hombre a una institución o creación artificial para predicarle el derecho, ya que éste solo puede dirigirse a un ser inteligente y libre, capaz de conocerla y de acomodarse a ella¹⁴⁶.

5.2. Significado. Se alude a la persona jurídica, frecuentemente, como personas «civiles», «morales» o también «ficticias», aunque la denominación más generalizada parece ser la de personas jurídicas.

En el Derecho moderno se llaman así, a las «organizaciones de individuos» o «masas de bienes» a las que el ordenamiento jurídico les dota de capacidad jurídica (es decir, sujetos de derecho, al reconocerles aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones) que tienen la finalidad de asegurar el logro de fines humanos generales y permanentes que, a veces, exceden de las posibilidades o del esfuerzo de los individuos obrando aisladamente¹⁴⁷.

La expresión «persona jurídica» es extraña a las fuentes romanas, que

¹⁴⁵ BLANCH, J. M^a., *Régimen jurídico de la fundación en derecho romano*, Madrid, 2007, páginas 21 y siguientes.

¹⁴⁶ Acorde con un pasaje del libro I del *Epitome Iuris* de *Hermogeniano* recogido en la compilación Justiniana, en donde se expresa que el destinatario final de la norma jurídica es el hombre, en cuanto aquella tutela intereses humanos, seres individuales o colectivos. BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987.

¹⁴⁷ Determina el artículo 33 del vigente Código civil que: «Son personas jurídicas: 1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados». Añadiendo el art. 38.I CC, respecto de su capacidad, que: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

no se refieren a ella con tal denominación, donde los términos que se emplean con más frecuencia son los de *collegium* o *universitas*.

5.3. Modalidades. Personas jurídicas serán, entonces, en el Derecho romano, unas asociaciones o reuniones de personas con intereses comunes, entre las que destacan las que ahora se describen.

5.3.1. El Estado. Durante la época de la República, había algunos tipos de propiedad fuera de la adquisición por parte de los ciudadanos romanos como eran, por ejemplo, la tierra provincial, las costas, etc. La propiedad de estos bienes –inmuebles, por lo general–, en teoría, pertenecía a la comunidad o a la sociedad como conjunto (Estado)¹⁴⁸.

Durante el período imperial, la importancia de la consideración del Estado como conjunto de ciudadanos romanos, empezó a decaer en favor del Emperador que fue paulatinamente considerado como *dominus* del mundo romano.

5.3.2. Municipia. Los municipios comprendían diversas clases de entidades sociales existentes en Roma durante la época imperial¹⁴⁹. Había diferentes grados de corporación en función de los beneficios que se les otorgasen por el Imperio. Estos municipios actuaban por medio de sus representantes, pudiendo recibir legados.

5.3.3. Collegia. Los colegios eran un tipo de asociación pública de carácter religioso dedicada a un Dios concreto¹⁵⁰ algo que ya estaba reconocidos por la *Ley de las XII Tablas*, con el límite del orden público.

Dada su excesiva proliferación, Augusto los limitó exigiendo, para su creación, la autorización del Senado y regulando el número de colegios a los que podía pertenecer un ciudadano romano¹⁵¹.

¹⁴⁸ Tal y como relata genéricamente GAYO: «La capital división de las cosas se reduce a dos especies, porque unas son de derecho divino y otras de derecho humano. Mas las cosas que son de derecho humano o son públicas o privadas, las que son públicas se reputa que no están en los bienes de nadie, porque se considera que son de la misma universalidad». *Digesto* 1.8.1 pr.

¹⁴⁹ *Digesto* 3.4.7.1.

¹⁵⁰ BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010, pp. 84-86.

¹⁵¹ *Digesto* 3.4.1.1; *D.* 47.22.1: «mas no es lícito tener más de un colegio y si alguno fuere de dos, se resolvió, por rescripto que él debía elegir en cuál prefería estar».

5.3.4. La Iglesia. Tras su conversión al Cristianismo y su imposición en todo el Imperio romano, Constantino determinó que se pudieran hacer donaciones a la Iglesia Católica y también a parroquias locales¹⁵².

5.3.5. Universitas. Se trata de las asociaciones que tienen carácter privado y consisten en agrupaciones en las que las personas ponen una serie de bienes en común¹⁵³, pudiendo ser de diversos tipos.

5.3.5.1. Universitas personarum. Que eran asociaciones de tipo gremial o de oficios. Suponía un conjunto de personas que aportaban de dinero o cosas ostentando un patrimonio separado y distinto al de los patrimonios propios cada uno de los individuos que la componían¹⁵⁴.

5.3.5.2. Universitas rerum. Son asociaciones, bien de tipo lucrativo, o bien de beneficencia, y de carácter privado o público¹⁵⁵ en función de si quien las constituye eran particulares o se trataba del Estado romano, y en las que destaca el objeto social o fin para el cual se han creado.

Normalmente tenían finalidad caritativa pudiendo recibir legados o donaciones. Si tenían carácter religioso y local, beneficiarían a la parroquia concreta que estaría administrada por el obispo encargado de la administración de la misma.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Introducción al Derecho privado y Derecho de la persona*, 2ª edición, Madrid, 2018; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972; BLANCH, J.Mª., *Régimen jurídico de la fundación en derecho romano*, Madrid, 2007; BONFANTE, P. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010; DAZA,

¹⁵² PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 127. El art. 38.II CC indica: «La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales».

¹⁵³ *Digesto* 3.4.7.1; *D.* 48.18.1.7. GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo*, *cit.*, p. 88 ss.

¹⁵⁴ Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, según se determina en el artículo 36 CC: «se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste».

¹⁵⁵ A tenor del artículo 37 CC: «la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y las de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario».

M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DÍAZ, A.-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010; DOMÍNGUEZ, P., *El prodigus y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona, 2000; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; GARCÍA, L., *La protección procesal de minor viginti quinque annis en el derecho romano*, Madrid, 2008; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 9ª edición, Madrid, 2000; IHERING, VON, R., *El espíritu del derecho romano* (traducción F. Vela), Paracuellos del Jarama, 1997; LÓPEZ, P., *Historia de la manumisión en Roma*, Madrid, 2007; LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Introducción histórica a la filosofía del Derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005; MAFFI, A., *Ricerche sul postliminium*, Napoli, 1992; METRO, A., *Las fuentes del derecho romano*, (traducción de Mª. J. Bravo), Madrid, 2012; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, 10ª edición Málaga, 2010; PARICIO, J. *Historia y fuentes del derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 1992; ; PERIÑÁN, B., *Un estudio sobre la ausencia en derecho romano: absentia y postliminii*, Granada, 2008; PETIT, E., *Derecho romano*, México D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; TELLEGEN-COUPERUS, O., *A Short History of Roman Law*, New York, 1993; TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982; WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953; WOLFF, H.J., *Roman law. An historical introduction*, 6ª edición, London, 1987.

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAMILIA ROMANA

Sumario: 1. Aproximación a la familia en el Derecho romano. 1.1. Introducción. 1.2. Significados del vocablo familia. 2. Clases de familia romana. 2.1. La familia agnaticia. 2.1.1. Paterfamilias y filifamilias. 2.1.2. Otros miembros sometidos al pater. 2.1.3. Miembros no sometidos al pater. 2.2. La familia cognaticia. 3. Patria potestas. 3.1. Concepto. 3.2. Facultades de la patria potestas. 3.3. Adquisición de la patria potestas. 3.4. Extinción de la patria potestas. 4. La capacidad jurídica de los filifamilias. 4.1. Reconocimiento. 4.2. Los peculium. 4.2.1. Peculium profectium. 4.2.2. Peculium castrense. 4.2.3. Peculium quasi castrense. 4.2.4. Peculium adventitium o bona gratia. 4.2.5. Acciones adiectitia qualis. Indicación bibliográfica.

1. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

1.1. Introducción. La familia es una institución universal, sin embargo, cada pueblo tiene unas peculiaridades determinadas. Así, la familia romana presentará un modelo muy distinto al moderno¹⁵⁶ y aparece utilizado en las fuentes romanas con diferentes acepciones¹⁵⁷.

En Roma, la *gens* es una agrupación determinante en el modelo de familia, a la que pertenece el individuo y por el cual dicha *gens* se interesa, de ahí que el *gentil* tuviera derecho a la protección y sostén de la *gens*. La obligación de los parientes de protegerse mutuamente es uno de los corolarios del principio de familia romana¹⁵⁸.

Por otra parte, la familia romana no va a ser un modelo fijo y constante a lo largo de su historia del Derecho romano, sino que presentará una lenta, pero enorme, transformación debida no sólo a los factores económicos y sociales, sino también a otros de tipo ideológico.

¹⁵⁶ A diferencia de otros aspectos del Derecho romano como por ejemplo en materia de obligaciones, donde hoy se siguen en lo fundamental las pautas marcadas por el Derecho romano. ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, p. 725; ACEDO PENCO, A., *Derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, 2016, pp. 21-24.

¹⁵⁷ *Digesto* 50.16.195.1 y ss. FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 131.

¹⁵⁸ Así cuando faltaba el tutor, la *gens* confiaba la tutela a uno de los suyos no sólo nombrando un tutor, sino pudiendo obligarlo a cederlo a otro o, por ejemplo, la insolencia de un miembro de la *gens* obligaba a ésta a socorrerle. IHERING, R., *El espíritu del derecho romano* (traducción de F. Vela), Paracuellos del Jarama, 1997, pp. 77-78.

1.2. Significados del vocablo familia. La expresión «familia» tiene en el Derecho romano diversas acepciones, siendo estas las esenciales¹⁵⁹:

a) La familia *proprio iure dicta*, que era el conjunto de personas libres bajo el poder de un *paterfamilias*¹⁶⁰. Este modelo tiene vigencia desde la *Ley de las XII Tablas*, existiendo con atenuaciones hasta Justiniano.

b) Como un conjunto de cosas sujetas al poder de un *paterfamilias* y que forman una masa patrimonial o hereditaria. En ocasiones, el término familia se usa también para referirse al conjunto de todos los esclavos sometidos al dominio de un *paterfamilias*.

En las siguientes páginas se partirá del concepto expresado de familia *proprio iure dicta*, entendida, por tanto, como un conjunto de personas libres bajo el poder de un *paterfamilias*.

2. CLASES DE FAMILIA ROMANA

La principal división y más práctica es la que contempla dos modalidades: la familia agnaticia y la familia cognaticia.

2.1. La familia agnaticia. Para los romanos, tal como se ha adelantado, la familia viene a ser un grupo de personas que viven sometidas al poder doméstico de un mismo jefe (*pater*). Esta relación de dependencia se llama *agnatio* y, por ello, se entenderá por familia agnaticia al grupo de personas sometidas al *pater*¹⁶¹.

¹⁵⁹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, páginas 100-102.

¹⁶⁰ Con anterioridad a la *Ley de las XII Tablas*, se hablaba también del modelo de familia denominado familia *communi iure dicta*, que sería el más antiguo en Roma, y entendido como un amplio y dispar conjunto de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un *paterfamilias* común, si éste estuviera con vida. ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 35.; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, pp. 158-159. La relación que les une se llama *agnatio* y tiene importancia jurídica sobre todo desde el punto de vista sucesorio, ya que constituye la segunda clase de herederos en la sucesión *mortis causa ab intestato*. FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 132; SANZ, L., *La tutela en el derecho romano*, Madrid 2009, página 9.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, p. 181; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, 2006, pp. 97-98. Sobre ello, BONFANTE, P., *La gens e la familia*, *Scritti* 1 (1916).

En función de lo anterior, la posición de los ciudadanos en el seno de la familia podía ser, esencialmente, alguna de las siguientes.

2.1.1. Paterfamilias y filifamilias. Son los miembros principales y más destacados de la familia romana, aunque con muy diferente *status*.

1º) El *paterfamilias* es el varón libre y ciudadano romano que no tiene ascendiente varón vivo o que ha sido emancipado y que no ha sido adoptado o adrogado. Es decir, no ha entrado a estar bajo la potestad de un tercero y es, por tanto, una persona *sui iuris* (plenos derechos). 2º) Los *filifamilias* son personas dependientes del *pater* (*alieni iuris*), es decir, no tienen plena capacidad jurídica, lo cual no tiene nada que ver con la edad sino con la existencia de una relación de dependencia o de sujeción a un jefe de familia (*pater* o *paterfamilias*).

2.1.2. Otros miembros sometidos al pater. En Roma, además, hay otra serie de sujetos que pueden encontrarse en esa situación de sometimiento al poder del *pater*, como son los siguientes:

a) La mujer casada con él –si se habían cumplido determinadas ceremonias, por ejemplo, la *manus*–; b) los hijos legítimos y los descendientes legítimos de sus hijos y nietos varones¹⁶²; c) las personas que el *pater* acogiera en la familia mediante los procedimientos de *adrogatio*¹⁶³ y *adoptio*¹⁶⁴; y d) los hijos ilegítimos, o engendrados fuera del matrimonio pero que han sido legitimados o reconocidos a través de una ceremonia concreta, pasando a estar bajo la *potestas* del *pater*¹⁶⁵.

También la persona *in causa mancipi*, u hombre libre dado en *noxa* o cuasi-esclavitud por sus delitos o como garantía de las obligaciones de su *paterfamilias*.

¹⁶² *Digesto* 1.1.6; *D.* 38.16.3.11-12.

¹⁶³ *Codex* 6.61.6. Este procedimiento consiste en la adopción por el *pater* de un ciudadano varón y *sui iuris*, es decir, de otro *pater*, sometiéndolo a su autoridad así como a toda la familia que se encontraba bajo la *patria potestas* de este *pater adrogado*. ORTEGA, A., *op. cit.*, página 39.

¹⁶⁴ Mediante la adopción, el *pater* acoge bajo su *patria potestas* a un *alieni iuris* que deja la pertenencia a su familia originaria. Por tanto, lo único que hay, en este caso, es un cambio de *pater*. *Instituta* 1.11.4; *Digesto* 1.16.2 pr.

¹⁶⁵ *Instituta* 1.10.13; *Codex* 5.27; *Novella* 74.3.

2.1.3. Miembros no sometidos al pater. Hay también en Roma otros individuos que no están bajo el poder del jefe de familia o *pater*, como:

a) La mujer casada con el *pater* pero que no celebró cierta ceremonia –*manus*– al contraer matrimonio; b) los descendientes ilegítimos no legitimados; c) los descendientes legítimos que salen de la familia agnaticia para constituir la suya propia –*emancipatio*¹⁶⁶– o para entrar en otra –*adoptio*–; d) los descendientes legítimos o no de hijas y nietas¹⁶⁷; y e) los hijos vendidos por el *pater* a un tercero.

2.2. La familia cognaticia. El lazo o vínculo biológico que constituye el parentesco de sangre determinado por la procreación, se llamó en la sociedad romana, *cognatio* o *cognatio naturalis*¹⁶⁸.

Siempre produjo determinadas consecuencias jurídicas –siendo, por ejemplo, un motivo de impedimento matrimonial– pero estuvo en un principio relegada a un segundo plano.

Este vínculo de consanguinidad¹⁶⁹ con el tiempo fue adquiriendo relevancia jurídica y habrá que esperar hasta Justiniano (VI d. C.) para que desplace totalmente el modelo agnaticio. Los usos sociales, el pretor y los legisladores van abriendo brechas y dando paso a la concepción familiar basada en la consanguinidad¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Ya referido en la *Ley de las XII Tablas* (4.3) como forma indirecta de realizarla, aparece en el siglo VI un nuevo mecanismo a través de rescripto del príncipe (*Codex* 8.48.5). PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, páginas 250-251.

¹⁶⁷ Las hembras son *finis familiae*, es decir, interrumpen la agnación, la cual sólo es transmisible *virilem sexum*. Sobre la *agnatio* y la *cognatio*, FUENTESECA, M., *La formación romana del derecho de propiedad*, Madrid, 2004, páginas 57-65.

¹⁶⁸ PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, páginas 347-354.

¹⁶⁹ La relación de parentesco por consanguinidad se mide por grado: entre ascendientes y descendientes en línea recta hay tantos grados como generaciones (por ejemplo, un grado entre padre e hijo, dos entre abuelo y nieto, etc.) y en la línea colateral, el grado de parentesco entre dos personas se mide computando las generaciones que van de un de ellas hasta el ascendiente común, y las que van desde éste hasta la otra persona (así, por ejemplo, entre primos, el parentesco es de cuarto grado, ya que hay que remontarse dos generaciones hasta el abuelo común y contar luego otras dos generaciones más).

¹⁷⁰ El Código civil español regula las relaciones familiares de parentesco en los artículos 915 a 922, que están presididas por los vínculos de sangre cuya importancia es

Así, la *manus* (como forma de entrar bajo la *potestas* paterna) cae en desuso y las facultades del *pater* irán disminuyendo al tiempo que cobra importancia la *cognatio*, y otras situaciones, capacidades o instituciones se van debilitando. Paralelamente, la capacidad patrimonial de los *alieni iuris* irá adquiriendo un especial desarrollo.

3. PATRIA POTESTAS

3.1. Concepto. Se ha venido haciendo referencia al modelo de familia agnaticia como el dominante y por el cual se diferencia entre un cabeza de familia (*pater*) y los sometidos a él (*filiifamilias*), indicándose cuáles sujetos están o no sometidos al poder (*patria potestas*) del *pater*¹⁷¹.

Se entiende, pues, por *patria potestas*, el poder del *pater* sobre los hijos y otras personas sometidas a su autoridad que habían de cumplir para él unos deberes u obligaciones, correspondidas por el deber de asistencia o protección del *pater* también hacia ellos. Tal *patria potestas* sólo pertenecerá al jefe de familia varón¹⁷² y la madre nunca podrá ostentar la *patria potestas* paternal¹⁷³.

3.2. Facultades de la *patria potestas*. En relación con las facultades o poderes del *pater* hacia los que están bajo su autoridad, entendidos como patria potestad, ésta comprendía, especialmente, las siguientes:

a) *Ius vitae ac necis* (derecho de vida y muerte), tradicionalmente tolerado, cuyas primeras limitaciones aparecen a comienzos de la etapa del principado, llegando a ser considerado delito de parricidio a partir de la llegada al poder de Constantino;

decisiva. Según el art. 916: «La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común».

¹⁷¹ DOMINGO, R., *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, 1987, pp. 85 y ss.

¹⁷² Aunque no siempre es el padre quien la ejerce puede que, por encima de él, esté el abuelo, por ejemplo.

¹⁷³ Pues se trata de un derecho que corresponde únicamente al *pater* y sólo al final de la época romana se admitirán excepciones y siempre que se reúnan ciertas condiciones por parte de la mujer.

b) ius exponendi (derecho de exposición y abandono). Poder del *pater* de reconocer a su hijo como legítimo y aceptarlo en su familia o, por el contrario, de abandonarlo¹⁷⁴;

c) ius vendendi (derecho de venta). Sólo admitido en caso de pobreza máxima del *pater* y disponiendo Justiniano el derecho a recobrar al hijo por el *pater* pagando el mismo precio que el adquirente entregó al *pater*;

d) ius noxae dandi (derecho de entrega noxal), lo que no significaba darlo como esclavo, sino *in causa Mancipi*¹⁷⁵. Es decir, supone una forma de exclusión de responsabilidad del *pater* por los delitos cometidos por un *filiusfamilias*. Consistía en una entrega temporal al acreedor o perjudicado, volviendo el *filius* a la potestad de su *pater* inicial, conservando sus derechos políticos y su ingenuidad. Este derecho de entrega fue abolido por Justiniano.

3.3. Adquisición de la patria potestas. Las diversas formas de adquisición de la patria potestad o de entrar en la familia son, en la regulación del Derecho romano, las siguientes:

a) Manus. Entendida como el cambio de *status* por el cual, dadas ciertas condiciones, la mujer al casarse con un *paterfamilias* o un *filiusfamilias* queda sujeta al poder jurídico llamado *manus* del *paterfamilias*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Práctica que, con el tiempo, se prohibió y con Constantino se decidió que el hijo abandonado estuviere bajo la autoridad de quien lo recogiere, ya fuera como hijo o como esclavo. Justiniano lo declarará libre, *sui iuris* e ingenuo.

¹⁷⁵ GAYO, *Instit.*, 116-118: «Nos queda por exponer qué personas estén en *mancipio*. Pues todas las personas que tienen la consideración de descendientes, y tanto del sexo masculino como del femenino que se encuentran bajo la potestad de un ascendiente, pueden ser entregados en *mancipatio* a otro, del mismo modo que pueden ser también entregados a otro los esclavos».

¹⁷⁶ Las fuentes y los manuales hacen referencia a tres modos de producirse tal cambio de *status*: *a) confarreatio*; antigua ceremonia religiosa de los patricios con asistencia de testigos, realizado en honor al Dios Júpiter, reservada en un principio a los patricios que cayó en desuso tras la *Lex Canuleia* (año 445 a. C.), *b) coemptio*; simulación de entrega de la mujer a través de una celebración ficticia de compraventa o *mancipatio* por la cual se opera la constitución del poder del *pater* sobre la mujer, empleado comúnmente en la época clásica, *c) usus*; consiste en el ejercicio continuado de un derecho sobre la mujer que, por el transcurso del tiempo, daba lugar a la titularidad jurídica del *pater* sobre ella, simulando una forma de adquisición de la propiedad como es la *usucapio*. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, pp. 361-363. AMUNÁTEGUI, C.F.,

b) Filiación. Mediante ella quedan sometidos a la *patria potestas* de un *paterfamilias* sus hijos legítimos y los hijos legítimos de los varones que ya estén bajo su poder familiar¹⁷⁷.

c) Adrogación –*adrogatio*– y adopción –*adoptio*–. Constituyen un medio para asegurar la perpetuidad de las familias. La adopción en el Derecho romano puede afectar a un *sui iuris* (*adrogatio*) o a un *alieni iuris* (*adoptio*). La *adrogatio* (practicada ya antes de la *Ley de las XII Tablas*), permitía al *pater* sin posibilidades de dejar un hijo varón al frente de la familia, procurarse uno, haciendo ingresar en ella a otro *pater*¹⁷⁸. Por otra parte, la adopción, significa la salida de un *alieni iuris* de una familia y su ingreso en otra, la del adoptante¹⁷⁹.

d) Legitimación. Término utilizado por la doctrina romanística para designar el cambio de estado jurídico de los hijos ilegítimos en legítimos. A partir del siglo II d. C. los emperadores concedieron, en ocasio-

Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familias y la patria potestas, Madrid, 2009, pp. 180 y ss. En la *Ley de las XII Tablas* se disponía que: «Si la mujer durante un año había estado conviviendo con su marido, bajo su poder o el del *pater* de éste, se entendía que sobre ella se había adquirido la *manus*, a no ser que ésta pasara tres noches consecutivas fuera del lugar conyugal (*trinoctium*), interrumpiendo la prescripción adquisitiva de la *manus* sobre ella». GAYO, *Instit.*, 1.111, donde el prestigioso jurista romano expone que esta figura -*usus*- se encuentra ya desaparecida en parte, derogada por las leyes y, en parte, por la falta de costumbre.

¹⁷⁷ Son hijos legítimos los habidos de padre y madre unidos en matrimonio o *iustae nuptiae* (*Digesto* 1.1.6); lo cual les diferencia de los hijos naturales, que son los nacidos fuera del matrimonio. La maternidad es fácilmente demostrable por el hecho del parto (*Digesto* 2.4.5). La paternidad del marido que en principio era afirmada o negada libremente por éste (gesto de recoger en brazos al recién nacido, *tolliere liberum*), descansó después en una presunción *iuris tantum* que ha pasado a las legislaciones modernas (*Digesto* 38.16.3.11-12), consistente en la presunción de considerar como procreados por el marido a los hijos dados a luz por la mujer después de los ciento ochenta días desde que se contrajo el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución, admitiéndose prueba en contra.

¹⁷⁸ En los primeros tiempos se recurrió a determinados actos solemnes frente a los *Comicios Curiados* presididos por el pontífice máximo. Más tarde también se estableció para la adrogación el *rescriptum principis*. En época imperial se extendió la posibilidad de ser adrogados también a los niños y mujeres.

¹⁷⁹ Se trata de un acto de menor gravedad y dimensión que la *adrogatio*, aunque con los mismo objetivos, que no exigió la intervención de los comicios ni de los pontífices. No se exigieron requisitos concretos para llevarla a cabo, pues se trataba de algo privado entre dos *pater familias* cuya opinión no afectaba al pueblo.

nes, a los padres que así lo solicitaban, la consideración de hijos nacidos de *iustae nuptiae* a los hijos nacidos de padres que no habían contraído matrimonio.

3.4. Extinción de la patria potestas. Entre las diversas formas de extinción (razones objetivas) o salida (razones subjetivas) de la *patria potestas*, en gran medida relacionadas con su ingreso, destacan las siguientes¹⁸⁰:

a) Las razones objetivas serían: la muerte del *pater*, su caída en esclavitud (*capitis deminutio máxima*) o la pérdida de su condición de ciudadano (*capitis deminutio media*); y

b) la salida por razones subjetivas¹⁸¹, concernientes a la voluntad del *pater*, serán: los casos de entrega noxal (*noxae deditio* del *filius*), la venta del hijo (*in causa mancipi*), la entrega en *adoptio*, realizar la *conventio in manum* de una hija¹⁸², y también, la concesión al hijo de la *emancipatio*.

4. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS FILIIFAMILIAS

4.1. Reconocimiento. Se vio que sólo a los *patres*, o personas *sui iuris*, les está reconocida la plena capacidad jurídica. También, que los *alieni iuris*, siendo incapaces de derecho pueden (al igual que los esclavos) ser capaces de hecho o actuación.

Pueden cumplir actos de adquisición, o sea, adquirir cosas si redundan en beneficio patrimonial del *pater*, no así cuando el *filius* se obligue con una deuda, a la que sólo él queda obligado, no afectándole al *pater*.

Este principio excluyente de la capacidad patrimonial de los *filiifamilias* subsistirá siempre, técnica y formalmente, si bien, el desarrollo de los peculios lo irá poco a poco deteriorando y debilitando¹⁸³.

¹⁸⁰ VOLTERRA, E., *op. cit.*, páginas 109 y siguientes.

¹⁸¹ AMUNÁTEGUI, C.F., *op. cit.*, páginas 139-149 y 158 y siguientes.

¹⁸² En el caso de la *manus*, la mujer salía de la potestad del *pater* mediante unas ceremonias determinadas: a) si se adquirió la *manus* por *confarreatio*, se llevará a cabo mediante una *diffarreatio*, ceremonia de carácter formal, también del período arcaico, b) si la mujer ingresó en la familia del *pater* por *coemptio* o por *usus*, su salida de la misma se realizará mediante una *remancipatio*.

¹⁸³ Sobre la capacidad patrimonial del *filius*, LONGO, S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003.

4.2. Los *peculium*. Se entiende por *peculium*: «Aquella porción de bienes o dinero que el *pater* concede al *filius* con carácter libremente revocable»¹⁸⁴. Veamos ahora las diversas clases de peculios¹⁸⁵.

4.2.1. *Peculium profectivum*. Llamado así por ser un peculio proveniente del *pater* (*patre profectum*). Se trataba de una parte del patrimonio del *pater* que éste concedía al *filius* (o a un esclavo) para que lo administrara y gozara, pero la propiedad seguía siendo del *pater*, por lo que el hijo no podía enajenar los bienes en que consistía el peculio. El *pater* sólo respondía de las deudas asumidas por los sometidos hasta la cantidad en que consistía el peculio¹⁸⁶.

4.2.2. *Peculium castrense*. Para los *filiifamilias* (y no para los esclavos), a partir de Augusto, el llamado peculio castrense incluye lo adquirido por el *filius* durante su carrera militar (salario, botines de guerra, legados de camaradas del ejército)¹⁸⁷, y también ciertas donaciones y herencias. Sobre este peculio, el *filius* se comportará como un verdadero *pater*¹⁸⁸.

Si el *filius* moría sin dejar testamento, el *pater* recuperaba el peculio, no por derecho sucesorio, sino por *iure peculii* (derecho de peculio). Porque aunque el hijo tenía la plena disposición sobre el peculio, (es decir, administración y la posibilidad de enajenarlo), no por ello dejaba de ser un peculio con todo lo que ello implica. Ello implicará que el *pater* tomará los bienes del *filius*, no a título de heredero, sino que se hacía con ello en calidad de bienes de su pertenencia.

¹⁸⁴ MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, página 294.

¹⁸⁵ PETIT, E., *op. cit.*, pp. 308-312; PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A., *op. cit.*, pp. 365-366.

¹⁸⁶ *Digesto* 39.5.7 pr. También se concedieron en ocasiones a hijas y esclavas peculios consistentes en: ornamentos, vestidos, e incluso esclavos, para que pudieran llevar a cabo con la ayuda de éstos, determinadas tareas domésticas a ella confiada.

¹⁸⁷ LONGO, S., *op. cit.*, pp. 23 y ss.

¹⁸⁸ Definiciones sobre este tipo de *peculio* las encontramos en *Digesto* 49.17.11: «Peculio castrense es el que fue donado por los padres o parientes al que vive en la milicia, o que el mismo *filius* adquirió en la milicia y que no habría adquirido de no ser militar, porque el que hubiera adquirido aun sin estar en la milicia, no es su peculio castrense»; o *D.* 14.6.2: «porque los hijos de familia hacen veces de padre de familia en el peculio castrense». *Digesto* 49.17.2: «Si el *filius* familias falleciese, si falleció intestado (es decir, sin hacer testamento) sus bienes se defieren al padre (es decir, pasan a formar parte del patrimonio del *pater*), no como derecho sucesorio, sino como peculio. Si hizo testamento, el peculio castrense se tiene como herencia».

4.2.3. *Peculium quasi castrense.* A partir de Constantino, la legislación consolida más ampliamente la independencia patrimonial de los *filiusfamilias*, asimilando el peculio castrense a los bienes adquiridos en la función pública (*peculium quasi-castrense*). Este peculio estará formado por las ganancias del *filiusfamilias* que actúa como funcionario del palacio imperial o en distintas funciones civiles o religiosas.

4.2.4. *Peculium adventicium o bona gratia.* Será Constantino quien propició que se reservara al *filius* lo recibido por línea materna, así como también donaciones, legados, herencias, etc. Teniendo el *pater* ahora ya no su propiedad, sino sólo el usufructo (es decir los rendimientos) de los mismos y su administración¹⁸⁹.

Justiniano, finalmente, dispuso que el *pater* sólo sería propietario de lo que el *filius* adquiriera *ex re patris*, es decir, a partir del patrimonio del *pater*, con los recursos de éste. Todo lo demás adquirido sería *peculium adventicium*, compuesto por todos los bienes que el hijo de familia adquiriera mediante un trabajo o por la liberalidad de un tercero¹⁹⁰.

Este peculio adventicio será un verdadero patrimonio, porque muerto el hijo, no revertirán los bienes al *pater*, incluso en el caso de no haber hecho testamento, es decir, si muere *abintestato* (sin testamento) el *pater* sería de los últimos en la lista de sucesión para adquirir los bienes, cosa que no ocurría en los demás tipos de peculios¹⁹¹.

4.2.5. *Actiones adiectitia qualitis.* Relacionado con los peculios y con la finalidad de proteger la situación de aquellos que negociaban con los *fillifamilias*, aparecen las *actiones adiecticiae qualitatis*, introducidas por el pretor, dado que, tradicionalmente, los hijos del *pater* y sus esclavos, de acuerdo con el *ius civile*, podían hacer *dominus* o enriquecer al *pater* pero no podían hacerlo deudor.

¹⁸⁹ Así, por ejemplo: *a*) si son cosas fructíferas, obtendrá *bienes*; *b*) si es dinero, obtendrá *intereses*; *c*) si son cosas, el *uso* de las mismas.

¹⁹⁰ Lo que, por ejemplo, sucedería en el caso de una donación al *filius*.

¹⁹¹ *Instituta* 2.12.1 pr; *Codex* 6.59.11.

Por tanto, el pretor otorga las referidas *actiones adiectitia qualitatis*¹⁹² contra el *pater*, que se añaden a las directas que competen al acreedor contra los que personalmente contrajeran las deudas, destacando:

a) la *actio quod iussu*: a través de la que se reclama el total de la deuda cuando ha sido contraída por el *filius* por orden del *pater*¹⁹³;

b) la *actio exercitoria*: que se da contra el *pater* armador por la totalidad de las deudas contraídas por el *magister navis* (capitán de la nave), sea éste un sometido a la patria potestad de aquél o un *sui iuris*, si fue designado por el *pater* armador para tal el puesto¹⁹⁴;

c) la *actio tributoria*: es un tipo de acción muy concreta que se ejerce contra el *pater*, cuando el sujeto bajo su *patria potestas*, en el ejercicio de un comercio en el que se hubiere empleado el peculio, resultare insolvente, y terceros acreedores, en concurso con el *pater* (también en este caso acreedor) se consideraran perjudicados por no haber recibido lo que les correspondía, por dolo del *pater* en las operaciones partitorias. Ello podía suceder toda vez que, si el *pater* figuraba entre los coacreedores, solía ser él quien llevara a cabo las operaciones de liquidaciones de las deudas y podía realizarlas en perjuicio de los demás coacreedores¹⁹⁵.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de familia*, 2ª edición, Madrid, 2016; AMUNÁTEGUI, C.F., *Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familias y la patria potestas*, Madrid, 2009; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BONFANTE, P., *La gens e la familia, Scritti* 1 (1916); DOMINGO, R., *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, 1987; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; FUENTESECA, M., *La formación romana del derecho de propiedad*, Madrid,

¹⁹² RASCÓN, C., *op. cit.*, páginas 165-168.

¹⁹³ *Digesto* 14.1.

¹⁹⁴ GAYO, *Instit.*, 4.69-71: «La acción *exercitoria* tiene lugar cuando el padre o el dueño ponen al hijo o al esclavo como capitán de una nave y alguien verifica con él un negocio referente a la actividad para la cual fue colocado; pues, como quiera que también en este asunto parece que se contrae según la voluntad del padre o del dueño, se ve como muy justo que se dé contra él acción por el todo; e incluso también, aunque sea extraño (esclavo o libre) el que se hubiera colocado como capitán de la nave, no deje de darse contra él esta acción pretoria. Y es llamada *exercitoria* por la razón de que se llama *exercitor* aquél a quien va la ganancia diaria de la nave».

¹⁹⁵ *Digesto* 14.4.

2004; IHERING, R., *El espíritu del derecho romano* (traducción de F. Vela), Paracuellos del Jarama, 1997; LONGO, S., *Filius familias se obligat?. Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SANZ, L., *La tutela en el derecho romano*, Madrid 2009; VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

CAPÍTULO IV

LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO: CONFIGURACIÓN PERSONAL Y ASPECTOS PATRIMONIALES

Sumario: 1. El concepto de matrimonio en roma. 1.1. Aproximación. 1.2. Definiciones. 2. La *affectio maritalis*. 2.1. Consorcio permanente. 2.2. Significado. 2.3. Convivencia y persistencia. 3. Requisitos para contraer matrimonio. 3.1. La capacidad natural. 3.2. *Ius connubi*. 3.3. El consentimiento. 3.4. Otros requisitos. 4. Los impedimentos matrimoniales. 4.1. Significado. 4.2. Causas. 5. El concubinato. 5.1. Significado. 5.2. Caracteres y efectos. 6. Los esponsales. 6.1. Concepto. 6.2. Capacidad y extinción. 7. La legislación matrimonial de Augusto. 7.1. Enumeración. 7.2. Contenido esencial. 8. Extinción o disolución del matrimonio. 8.1. Causas. 8.2. *Divortium*. 9. El régimen de los bienes en el matrimonio. 9.1. Aproximación. 9.1.1. Matrimonio *in manum*. 9.1.2. Matrimonio *sine manu*. 9.1.3. Síntesis: dos regímenes patrimoniales. 9.2. La dote. 9.2.1. Concepto y finalidad. 9.2.2. Clases de dote. 9.3. Los bienes parafernales. 9.3.1. Contenido. 9.3.2. Régimen. 9.3.3. Finalidad. 9.4. Las donaciones matrimoniales. 9.4.1. Donaciones *ante nuptias*. 9.4.2. Donaciones *propter nuptias*. Indicación bibliográfica.

1. EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN ROMA

1.1. Aproximación. El matrimonio se configura en Roma como una institución social de importante relevancia jurídica¹⁹⁶. Se trata de una figura que estructura la familia y se caracteriza por ser monogámico, a diferencia de otros pueblos de la antigüedad¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Aunque el vocablo *matrimonium* que emplea MODESTINO sea el más extendido, los romanos otorgaron otros términos para referirse a esta institución según las diferentes épocas, como: *consortium*, *coniunctio*, *communicatio*, *nuptiae*, *societas*, *pactum*, etc. ACEDO PENCO, A., *Derecho de Familia*, 2ª edición, Madrid, 2016, pp. 47 y ss; PETIT, E., *Derecho Romano*, México D.F., 2006, pp. 103 y ss.; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, pp. 168 y ss.; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010, pp. 119 y 121 y ss.; ACEDO PENCO, A.-SILVA SÁNCHEZ, A., «*Essential aspects of marriage and divorce in Spain*», International scientific practical seminar about family and social security law, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2012, pp. 79-85; SILVA SÁNCHEZ, A.- ACEDO PENCO, A., «*The concept of marriage in the present Spanish legislation*», Material of the International scientific practical seminar, *Actualities of Modern Law International Context*, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2013, pp. 54-60; SUÁREZ, G. *Derecho matrimonial comparado*, Valencia, 2005.

¹⁹⁷ Sobre este particular, ver SANNA, M.V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*

La base sobre la que se sustenta es la *affectio maritalis* entendida como permanente situación de convivencia de dos personas de sexo diferente con la voluntad de ser marido y mujer¹⁹⁸.

1.2. Definiciones. En las fuentes jurídicas romanas pueden encontrarse estas dos definiciones de matrimonio: *a)* «las nupcias son unión del varón y la hembra, y consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano»¹⁹⁹; y *b)* «el matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble»²⁰⁰.

Resulta evidente que el contenido de las definiciones expuestas, ambas de la época clásica tardía, está claramente marcado por el influjo religioso del Cristianismo, pues recogen la idea de unión de lo terrenal y lo sobrenatural al tiempo que establecen la indisolubilidad de esa unión. Ello no supone otra cosa más que el reflejo de lo que se va a ir consolidando, especialmente a partir de Constantino y va a perdurar hasta Justiniano. No debe olvidarse la defensa a ultranza de «lo moral» que hizo Justiniano a lo largo de toda su etapa como emperador²⁰¹.

2. LA AFFECTIO MARITALIS

2.1. Consorcio permanente. Cuando las definiciones se refieren al «consorcio de vida entre hombre y mujer» están indicando que esa

nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum, Napoli, 2012; MARZO, DI, F., «Lezioni su matrimonio», *SDHI* 1 (1919); LÉVY-BRUHL, H., «Les origines du mariage *sine manu*», *TR* 14 (1936); ORESTANO, F., «La struttura giuridica del matrimonio romano», *BIDR* 47 (1940).

¹⁹⁸ IGLESIAS, J., *Derecho romano, historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, 1994, p. 483. El matrimonio es un hecho social que produce unos efectos jurídicos y que en la época clásica existe desde el momento en que un hombre y una mujer han alcanzado la pubertad y tienen reconocida la capacidad para contraerlo (*conubium*) estableciendo una comunidad de vida. La existencia y permanencia del matrimonio dependerá de la voluntad recíproca de los cónyuges (*affectio maritalis*) de mantener el vínculo conyugal. Cuando desaparezca alguno de esos elementos (*conubium* o *affectio maritalis*) el matrimonio se considerará finalizado. FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, página 135.

¹⁹⁹ *Digesto* 23.2.1.

²⁰⁰ *Instituta* 1.9.11.

²⁰¹ Justiniano entendía que debía defender la pureza de la moralidad y de los comportamientos y las costumbres de su pueblo, extendiendo su lucha incluso a la prohibición de celebración de espectáculos, luchas de gladiadores y juegos lo que, desde luego, no le hizo muy popular.

unión ha de realizarse con expectativas de futuro. Es, por tanto, el consenso de los cónyuges, esto es, el mutuo acuerdo de convivencia, lo que hace que el matrimonio sea eficaz o, en caso contrario, se disuelva. El matrimonio romano requiere la persistencia del consentimiento y no la simple prestación del mismo en el momento de su celebración²⁰².

A pesar de ello, la legislación romana fue, en ocasiones, flexible pudiendo, por ejemplo, celebrarse el matrimonio aunque el novio (nunca la novia) estuviera ausente de la ceremonia; o no resultando necesaria la efectiva convivencia de los cónyuges para la validez del matrimonio en tanto éste nace de la *affectio maritalis* y no de la cohabitación²⁰³.

2.2. Significado. La expresión latina *affectio maritalis* puede traducirse como «afecto marital» o «afecto conyugal», o lo que es lo mismo, la situación de confianza y amor sobre la que ha de sustentarse el matrimonio y los sentimientos mutuos que ambos cónyuges se tienen.

2.3. Convivencia y persistencia. La *affectio maritalis* perduraba incluso cuando uno de los cónyuges perdiera la cordura y, por lo tanto, su plena capacidad consensual, siempre que el otro cónyuge mantuviese su plena voluntad y consentimiento de permanecer unidos²⁰⁴.

Resulta ser, la *affectio maritalis*, un elemento fundamental de la convivencia como fruto de la voluntad manifestada por los contrayentes, debiendo ser permanente y manifestada en el hecho mismo de la convivencia. Es tal su importancia, que el matrimonio romano existe mientras perdure la *affectio maritalis* y su ausencia conlleva automáticamente

²⁰² Los artículos 44 a 71 del vigente Código civil regulan en España los requisitos, las formas de celebración y los efectos del matrimonio, entre otros aspectos.

²⁰³ *Digesto* 24.1.32.13: «Si la mujer y el marido hubieren habitado largo tiempo por separados pero tenían voluntad de permanecer unidos en matrimonio se ha de actuar como si hubiese éste subsistido, porque el matrimonio no lo hace el coito, sino más bien la afección marital». ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 44.

²⁰⁴ Ahora bien, para algunos autores, es necesario matizar respecto de la diferencia conceptual entre consentimiento (*consensus*) y *affectio maritalis*. COING, H., *Derecho Privado Europeo*, (traducción de A. Pérez), Madrid, 1996, p. 297. Cuando se habla de consentimiento se hace referencia sobre todo a la juridicidad de la relación, mientras que la *affectio* tiene una definición prevalentemente ética. Aún así, al ser el elemento psicológico lo realmente relevante, tanto el término *consensus* como *affectio* se usan de forma indistinta. Ver a este respecto, NÚÑEZ, M^a. I., *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

la disolución del matrimonio²⁰⁵ por divorcio.

Por tanto, puede apreciarse la inmensa importancia que para los romanos tenía el consentimiento como forma de manifestar la voluntad de contraer un negocio jurídico y como requisito fundamental para su permanencia, manifestándose de manera continuada y no solo inicial.

3. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

En Roma, es obligado destacar la existencia de tres requisitos imprescindibles para la existencia de un matrimonio válido:

3.1. La capacidad natural. Los contrayentes debían ser *puberes*. Justiano fijó este requisito en 14 años para los varones y 12 para la mujer.

3.2. Ius connubi. Se trata del derecho a contraer matrimonio, para lo cual era preciso que los contrayentes tuvieran, uno respecto del otro, esa capacidad legal para contraer matrimonio válido llamada *connubium*²⁰⁶.

Ello es así porque, en el mundo antiguo, las diferencias, no ya solo entre hombres libres y esclavos, sino también entre las categorías de ciudadanos, explican que no se reconociese tal capacidad a personas de distintos *status sociales*.

3.3. El consentimiento. El consentimiento permanente era el requisito esencial para que hubiera *iustum matrimonium*. En el Derecho romano más arcaico era necesario que los respectivos *paterfamilias* de los que contraían matrimonio prestaran su consentimiento. En la época clásica

²⁰⁵ Según GUILLÉN: «GAYO y PAULO indican que la esencia del divorcio radica en la separación de las voluntades; luego el matrimonio consiste en la unión del afecto y de la voluntad». *Digesto* 2.2 pr: «*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est*». *D.* 23.2.3: «*Divortium non est, nisi uerum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit*». Véase, GUILLÉN, J., *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos. 1, La vida privada*, Salamanca, 1981, página 138.

²⁰⁶ Los plebeyos no lo tuvieron con los patricios hasta la *Lex Canuleia* del año 445 a.C.; ni los ciudadanos con el resto de personas libres del Imperio hasta el *Edicto de Caracalla* del año 212 d. C. Sobre este particular, resulta interesante ver: LÉVY-BRUHL, H., «Les origines du mariage *sine manu*», *TR* 14 (1936); MARZO, DI, F., «Lezioni su matrimonio», *SDHI* 1 (1919); ORESTANO, F., «La struttura giuridica del matrimonio romano», *BIDR* 47 (1940); ROBLEDA, O., *El matrimonio en el derecho romano*, Roma, 1970; SANNA, M.V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli, 2012; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, página 186.

sólo se requiere la no oposición del *pater* al matrimonio, aunque debía perdurar el de los contrayentes (*affectio maritalis*) para la continuidad del matrimonio²⁰⁷.

Así, este consentimiento prestado por el *pater* era necesario sólo inicialmente, resultando, finalmente, suficiente solo el prestado por los propios contrayentes sin tener en cuenta el parecer de los *paterfamilias*²⁰⁸.

La *affectio maritalis* se basa fundamentalmente en dos consentimientos o voluntades: *a*) voluntad permanente; y *b*) voluntad específicamente matrimonial (a diferencia del concubinato, por ejemplo)²⁰⁹.

Lo que diferencia el consentimiento expresado por los contrayentes con respecto al paterno es que el prestado por aquellos (*affectio maritalis*) debía perdurar para que el matrimonio tuviera continuidad.

3.4. Otros requisitos. Se requerían otras condiciones, además de las anteriores, como la *potentia coeundi*²¹⁰, la monogamia (matrimonio solo con una persona)²¹¹ y la exogamia (matrimonio entre personas de igual clase social).

Sin embargo, no se requería formalidad alguna para contraer válidamente el matrimonio, quedando las formas relegadas a los aspectos meramente probatorios²¹².

4. LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

4.1. Significado. Respecto de las causas legales que imposibilitan el matrimonio, llamadas impedimentos para poder celebrar el matrimonio²¹³, cabe encontrar diferentes clases según su motivación, pudiendo

²⁰⁷ Con el propósito de favorecer matrimonios, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* permitió recurrir al magistrado en caso de negativa inmotivada del *paterfamilias*.

²⁰⁸ Un primer paso dentro de esta evolución, puede apreciarse en un texto de MODESTINO que recoge: «El hijo emancipado puede tomar mujer aun sin consentimiento de su padre, y tendrá por heredero al hijo que hubiere tenido». *Digesto* 23.2.25.

²⁰⁹ Artículo 45 CC: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».

²¹⁰ No podrá contraer matrimonio el *castratus*, pero sí el *spadon* o persona estéril.

²¹¹ GAYO, *Instit.*, 1.63.

²¹² Tal y como nuevamente indica MODESTINO: «En el consorcio con una mujer libre no se ha de entender que hay concubinato, sino nupcias, si no hubiere hecho comercio con su cuerpo». *Digesto* 23.2.24.

²¹³ PETIT, E., *op. cit.*, pp. 106-107.

ser éticos, sociales, religiosos, etc.; así como considerarse absolutos, si el impedimento de contraer matrimonio afecta a cualquier persona o relativos, si esa incapacidad es específica de determinadas personas²¹⁴.

4.2. Causas. Los motivos o causas que producen los denominados impedimentos matrimoniales, hacen imposible que exista un matrimonio jurídicamente válido. En Roma cabe citar las siguientes:

a) la existencia de un precedente matrimonio o ligamen, siendo un requisito para contraer matrimonio la no existencia de otro anterior; b) las diferencias sociales, ya que la *Lex Iulia de Adulteris* prohibió a la clase senatorial contraer matrimonio con *libertas* o con mujeres de mala fama tales como actrices o prostitutas; c) ciertos motivos éticos, al prohibirse las *iustae nuptiae* entre magistrados con las mujeres de su provincia mientras ostentan el cargo; d) motivos religiosos, pues estaba, por ejemplo, prohibido el matrimonio entre hebreos y cristianos; e) el parentesco, es decir, las uniones ya fuera en cualquier grado en línea recta entre ascendientes y descendientes o hasta tercer grado en línea colateral (por ejemplo, entre tíos y sobrinos)²¹⁵; y f) el plazo para contraer nuevo matrimonio, estando prohibido contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido 10 meses desde la muerte o divorcio del marido anterior, con la finalidad de evitar las posibles dudas en cuanto a la paternidad de eventuales hijos concebidos.

5. EL CONCUBINATO

5.1. Significado. Al margen del matrimonio, cabía también la unión estable de un hombre y una mujer sin intención, o sin posibilidad, de ser marido y mujer²¹⁶, bien por la falta de *affectio maritalis*, bien por la

²¹⁴ Los impedimentos matrimoniales se regulan actualmente en los artículos 46 y 47 del Código civil español. Según el primero de ellos: «No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados. 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial». Y a tenor del segundo precepto citado: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

²¹⁵ Iguales motivos se aplicaban a la parentela adoptiva. Los matrimonios de afinidad estaban prohibidos entre suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, etc.

²¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 189-190; VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Da-

falta de *ius connubi*, unión conocida como concubinato²¹⁷.

Fue practicada con normalidad²¹⁸ durante el periodo republicano y progresivamente dotada de reconocimiento jurídico durante la etapa del dominado si bien con la finalidad última de procurar poner a salvo los intereses de la familia legítima²¹⁹.

5.2. Caracteres y efectos. Se trata por tanto, de una unión de orden inferior al *iustum matrimonium*, es decir, una especie de subrogado del matrimonio que la nueva legislación imperial cristiana le fue dando un reconocimiento jurídico por posterior matrimonio²²⁰.

Los hijos habidos de estas uniones no matrimoniales, son diferenciados de otros fruto de las uniones matrimoniales, denominándose, a los hijos del concubinato²²¹, *liberi naturales*, posibilitándose su reconocimiento por el posterior matrimonio del padre con la concubina²²².

A dicha figura se extenderán las reglas del matrimonio referidas a los impedimentos para contraer matrimonio por parentesco y afinidad.

za), Madrid, 1991, páginas 649-651.

²¹⁷ *Digesto* 23.2.24; *D.* 25.7.3 pr.

²¹⁸ Nunca fue objeto de castigo ni por la ley ni reprobada por la conciencia social.

²¹⁹ Constantino prohíbe las donaciones a la concubina y a sus hijos, resultando posible el reconocimiento del padre por el posterior matrimonio con la concubina. El concubinato fue abolido en el siglo IX por una constitución de León el Filósofo (*Novella* 91). Véase, ORTEGA, A., *op. cit.*, página 53.

²²⁰ El concubinato romano guarda ciertas semejanzas con las actuales uniones civiles o parejas de hecho, carentes –inexplicablemente– de regulación a nivel estatal en España, aunque sí que se han promulgado diversas leyes autonómicas al respecto.

²²¹ Una figura similar y legalmente permitida en Roma fue el *contubernio*, por el cual se designaba a la unión entre esclavo y esclava. Paulo comprende en esta figura, también, la vida marital entre una persona libre y otra esclava. El senadoconsulto Claudiano (año 52 d. C.) amenazaría a la mujer romana que se uniera regularmente con un esclavo ajeno previo aviso del dueño de este. *Codex* 7.24. ASTOLFI, R., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012, pp. 49 y ss.

²²² Justiniano le otorgará un trato favorable en plano de igualdad con el matrimonio si bien se requería una declaración expresa de las partes ya que si faltara se podría estar cometiendo adulterio. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, página 375.

6. LOS ESPONSALES

6.1. Concepto. Consisten en el acuerdo y promesa mutua de futuro matrimonio. Esta promesa, llevada a cabo a través de la *sponsio*, tenía plena obligatoriedad jurídica que se ejecutaba por la *actio ex sponsu*, debido a que, en el período más antiguo de Roma, tales promesas recíprocas que se prestaban los futuros contrayentes (o el *pater*, en su caso) generaba un vínculo jurídico-religioso de obligado cumplimiento²²³.

En el Derecho clásico y justiniano los esponsales no producen obligación jurídica de contraer matrimonio²²⁴ quedando, por un lado, en una cuestión meramente ética su cumplimiento²²⁵ y, por otro, pudiendo ocasionar, como se reconoce a partir del siglo IV d. C., una pena de carácter pecuniario por el incumplimiento de la promesa sin causa justificada, consistiendo en la pérdida o restitución de las arras o, dependiendo de las circunstancias, del pago del doble, el cuádruple o el simple, según los casos²²⁶.

6.2. Capacidad y extinción. En relación a la capacidad para celebrar los esponsales, se aplican las mismas reglas que para el matrimonio a excepción de la edad, que en el Derecho justiniano se fijó en 7 años.

Los esponsales se disolverán por diferentes causas: *a)* mutuo disenso; *b)* *repudium* de una de las partes; *c)* muerte de cualquiera de ellos; *d)* aparición de algún impedimento matrimonial (religioso, ético, de tiempo, de parentesco, falta de consentimiento inicial de los *patres*).

²²³ FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 135. *Digesto* 23.1. Actualmente, según el art. 42 CC: «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento». Finalmente, dispone el art. 43 CC: «El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

²²⁴ No podrá contraer matrimonio el *castratus* pero sí el *spadon* o persona estéril.

²²⁵ *Digesto* 23.14.

²²⁶ *Codex* 515.

7. LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL DE AUGUSTO

7.1. Enumeración. No puede pasarse por alto la importante legislación de Augusto sobre el matrimonio²²⁷ que tiene como base el problema de la baja demografía en Roma. De la misma, cabe destacar tres leyes que datan del año 18 a. C.: a) la *Lex Iulia de Adulteris*, b) la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, y c) la *Lex Papia Poppaea*. La primera de ellas, supone un primer paso en el castigo del adulterio²²⁸.

7.2. Contenido esencial. La *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*²²⁹ establece la obligación general de contraer matrimonio para todos los romanos comprendidos entre 25 y 60 años y romanas entre 20 y 50²³⁰.

Por su parte, la *Lex Papia Poppaea*, persigue potenciar el incremento de la natalidad exigiendo una cantidad mínima de hijos determinada para los matrimonios de ingenuas y de libertos²³¹, concediendo unos plazos a los viudos y divorciados para cumplir estas obligaciones²³².

Además de ello, contenían también prohibiciones como, por ejemplo, la que afectaba a los ciudadanos ingenuos en tanto se les prohibió el matrimonio con mujeres de mala reputación (adúltera o prostituta).

El incumplimiento de estas prohibiciones no declaraba, inicialmente, la nulidad del matrimonio, si bien no era considerado como un matrimonio perfecto legalmente. Más tarde, un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, declaró nulos tales matrimonios.

²²⁷ BORKOWSKI, A., *op. cit.*, páginas 128-132.

²²⁸ No sólo para los adúlteros sino también para el marido que descubriendo la infidelidad no recurre a la venganza ni castiga a su mujer. A partir de la época postclásica y por influencia del Cristianismo, se condenará a la mujer adúltera, tal y como se reflejará en *Novella 22*, *Nov. 127*, *Nov. 134*.

²²⁹ *Codex 5.4.1*.

²³⁰ Dicha legislación será derogada parcialmente por Constantino y suprimida, finalmente, por Justiniano. *Codex 6.51.1*. FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 141.

²³¹ Tres hijos para las «ingenuas» y cuatro para las «libertas».

²³² Además, contenían también prohibiciones como la impuesta a los ciudadanos ingenuos, a los que se prohibió el matrimonio con mujeres de mala nota: adúlteras, prostitutas, actrices. El incumplimiento de estas prohibiciones no declaraba inicialmente la nulidad del matrimonio aunque no era considerado como un matrimonio perfecto legalmente. Posteriormente, un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio los declaró nulos.

8. EXTINCIÓN O DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

8.1. Causas. El matrimonio romano puede extinguirse o disolverse²³³ siempre y cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias²³⁴:

a) la muerte de uno o de ambos cónyuges; *b)* la caída en esclavitud de alguno de ellos o por razones de carácter ético; *c)* por voluntad de ambos *paterfamilias* (en un primer momento cuando se contraía el matrimonio bastando el consentimiento de ellos); *d)* por incesto, cuando, por ejemplo, el suegro (en su condición de *pater*) adoptaba como *filius* al yerno, con lo que desde el punto de vista de la agnación, los cónyuges se encontrarían en la situación de hermanos, conllevando la disolución del matrimonio; y *e)* la falta de la *affectio maritalis*, en tanto que, sin este consentimiento, entendido como voluntad permanente de convivencia, se produciría el divorcio, algo que en Roma era un hecho habitual.

8.2. Divortium. No hubo limitaciones al divorcio en el Derecho romano, ni en el periodo antiguo, ni en el clásico. Pero desde Constantino se inicia la aparición de una serie de limitaciones, como la imposición de penas o desventajas patrimoniales pero sin llegar a negar su validez.

De igual forma, se propone para que el divorcio sea efectivo que la voluntad permanente de no mantener la convivencia sea definitiva, frente al simple arrebato de ira (*per calorem*)²³⁵.

Finalmente, en época de Justiniano, se regulará el divorcio estableciéndose un régimen²³⁶ del que cabe destacar la prohibición del divorcio

²³³ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001, pp. 444-445.

²³⁴ PAULO: «El matrimonio se disuelve por el divorcio, por la muerte, por el cautiverio u otra contingente esclavitud de cualquiera de los cónyuges». *Digesto* 24.2.1.

²³⁵ Como señala PAULO: «No es divorcio sino el verdadero, que se hace con ánimo de constituir perpetua separación. Y así, cualquiera cosa que o se hace o se dice en el calor de la ira, no es válida antes que por su perseverancia haya aparecido que fue resolución del ánimo; y por esto, habiéndose mandado por acaloramiento el repudio, si a poco volvió la mujer, no se considera que se divorció». *Digesto* 24.2.3; *D.* 24.2.6; *D.* 50.16.101.1; *Codex* 5.24.

²³⁶ Basado en los supuestos siguientes: *a) divortium ex iusta causa*; resulta de la voluntad de uno de los contrayentes y está motivado por culpa del otro (atentado contra la vida del otro cónyuge, incitación a la prostitución, etc.); *b) divortium sine causa*; también unilateral, pero sin una causa imputable al otro cónyuge. Fue desalentado con la imposición de cargas y sanciones, pero se le reconoce válido (*Codex Theodosianus*

de común acuerdo entre las partes. Sin embargo, tras su muerte, pronto fue derogada esta prohibición por su sucesor Justino²³⁷.

9. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

9.1. Aproximación. Cuando se analiza el régimen de bienes en el matrimonio, es decir, el régimen económico-matrimonial, se hace referencia al sistema que va a regular el patrimonio que los contrayentes aportan al matrimonio, así como los rendimientos de ese patrimonio y las adquisiciones futuras, tanto de forma conjunta como por separado.

Al igual que en la actualidad, también en la antigua Roma existieron diferentes maneras de organizar el patrimonio de los cónyuges, pudiendo revestir formas y modalidades muy dispares²³⁸.

Conviene adelantar que la «*manus*» es la potestad que tiene el *paterfamilias* sobre su esposa. Mediante la llamada *conventio in manum*, la esposa del *paterfamilias* quedará bajo su potestad.

La regulación jurídica o régimen de bienes en el matrimonio en Roma, variará según sea un matrimonio bajo una *conventio in manum*, o sin ella (matrimonio *sine manu*); y si la mujer que contrae matrimonio y celebra la *manus* era previamente, una mujer con plena capacidad jurídica (*sui iuris*) o por el contrario, era (y sigue siendo) una *alieni iuris*.

3.16.1); c) *divortium ex communi consensu*; por común consentimiento, prohibido por Justiniano (*Novellae* 117); y d) *divortium bona gratia*; no produce sanción para ninguno de los cónyuges, aunque son casos y causa suficiente para motivar la disolución matrimonial (locura furiosa, cautiverio bélico de más de cinco años, etc.). Véanse, ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, páginas 772-775; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, páginas 377-379.

²³⁷ *Novellae* 140.1: «Así pues, juzgando eso impropio de nuestros tiempos, hemos establecido ahora una sagrada ley, por la cual, mandamos que sea lícito, como antiguamente, que por el consentimiento de los cónyuges se disuelvan las nupcias, y que no tengan validez en lo sucesivo, las penas establecidas en la constitución de nuestro padre contra los que por su consentimiento disuelvan los matrimonios. Porque si el mutuo afecto consolida las nupcias, con razón las disuelve por el consentimiento una voluntad contraria, significándola aquellas cosas que desunen los matrimonios».

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, A., «El régimen económico matrimonial en Roma y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío», *Revista Pensamiento Jurídico* núm. 42 (2015), páginas 189-211.

9.1.1. Matrimonio in manum. El régimen de bienes de la mujer *in manu* produce el efecto general de la absorción por parte del patrimonio del marido de los bienes que tenga la mujer²³⁹, existiendo un solo patrimonio. No obstante, en este régimen caben dos situaciones diversas:

1ª) Si la mujer *in manu* había sido *filia*: su situación no variará, puesto que si bajo su *pater* no tenía capacidad patrimonial, tampoco la podía tener ahora; cambiando únicamente la titularidad del poder, que ahora reside en su marido, y si éste fuera *alieni iuris*, en el *pater* del que dependiere²⁴⁰. 2ª) Si la mujer *in manu* había sido *sui iuris*: pierde su capacidad patrimonial y su patrimonio, y además, todo lo que adquiriese después será para su marido o para el *pater* del quien dependiere.

9.1.2. Matrimonio sine manu. El régimen de bienes sin estar la mujer *in manu*, en general, establece que cada uno de los cónyuges continúa manteniendo la misma situación patrimonial de que gozaba con anterioridad a la celebración del matrimonio. Por ello, si la mujer era *sui iuris* y disponía de un patrimonio, seguirá conservando la titularidad sobre él. Lo que no implicaba que, como resultaba habitual en Roma, la mujer confiara a su marido (o a su *pater*, según el caso) la administración de su patrimonio²⁴¹.

9.1.3. Síntesis: dos regímenes patrimoniales. En resumen, en Roma cabe la existencia de dos situaciones diferentes en relación con el régimen económico matrimonial: a) la absorción de los bienes de la mujer por el patrimonio del marido; y b) un régimen basado en la conservación de dos patrimonios diferenciados, aunque los pertenecientes a la mujer los administre el marido²⁴².

²³⁹ Si aquél está sometido a la *patria potestas* de otro *pater*, la adquirirá este último.

²⁴⁰ En todo caso, el marido estará obligado a prestar las atenciones debidas y proporcionar alimentos. *Digesto* 24.3.22.8.

²⁴¹ Integrado por los llamados *bienes parafernales*, cuya propiedad corresponde a la mujer, y constituidos generalmente por bienes muebles si bien, en algunos textos justinianos, también se habla de otros tipos de bienes tales como *praedia* y créditos (cuya finalidad fue la de dotar de recursos a la mujer para afrontar su vida posterior en el momento de la disolución del matrimonio).

²⁴² Cuando se incremente el patrimonio de la mujer, se presumirá, salvo prueba en contrario, que dicho incremento proviene de su marido. *Digesto* 24.1.51.

9.2. La dote. Más que una figura estrictamente jurídica, en la sociedad romana la dote (*dos*) era una importante institución de fuerte arraigo social del tal modo que no estaba bien visto un matrimonio sin dote.

9.2.1. Concepto y finalidad. Se entiende por dote²⁴³, una cantidad determinada de bienes que la mujer, o un tercero, entregan al marido para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio²⁴⁴. Además, también parece haber tenido una función protectora de la mujer una vez que se haya disuelto el matrimonio, de manera que ella se pudiera encontrar con ciertos bienes para poder enfrentar su vida posterior²⁴⁵.

A efectos de la dote, será irrelevante la diferencia entre el matrimonio *cum manu* y *sine manu*, algo que sí la tiene y es decisivo, por ejemplo, en relación a los bienes parafernales.

En los primeros tiempos, el marido (o su *pater*) podía disponer libremente de los bienes dotales, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento era, como se indicó, las cargas del matrimonio.

En una segunda etapa, se pondrá de relieve que, si bien están en poder del marido, son en realidad de la mujer²⁴⁶. Así, una *Lex Iulia de Fundo Dotali* estableció la prohibición al marido de enajenar los inmuebles itálicos recibidos en dote, sin el consentimiento de la mujer²⁴⁷.

Por último, en la etapa justiniana, si bien el marido continúa con la aprehensión de los bienes y actúa como administrador de los mismos, se trata ya de un mero derecho de usufructo sobre ellos, siendo la nuda propiedad de la mujer, pasando dicha propiedad a los hijos en caso de muerte de la mujer, teniendo el marido un usufructo cualificado.

9.2.2. Clases de dote. En relación a las clases, cabe distinguir tres criterios a la hora de establecerlas. Así, podría diferenciarse:

²⁴³ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, páginas 449-455.

²⁴⁴ *Digesto* 23.3.56.1.

²⁴⁵ BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, pp. 58 y ss.

²⁴⁶ *Digesto* 23.3.75.

²⁴⁷ Esta *Lex Iulia*, forma parte de la *Lex Iulia de Adulteriis* de Augusto. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 382.

1º) Según quién la constituya, entre: *a) dos profecticia*, si su origen se encuentra en el *pater* de la mujer; o *dos adventicia*, si es la propia mujer o un tercero quien la constituye²⁴⁸.

2º) Si es obligatoria o no su creación, tratándose entonces de: *a) dote necesaria* (la *dos profecticia*, por ejemplo); o *b) dote voluntaria* (*dos adventicia*, por ejemplo). 3º) Si los bienes que forman la dote están valorados económicamente (*dos estimata*); o no (*dos inestimata*).

9.3. Los bienes parafernales. Se diferencian estos de los bienes que están sometidos a la *patria potestad* del marido o del *pater*²⁴⁹. Así, los bienes parafernales están excluidos –no forman parte– de la dote.

9.3.1. Contenido. Los bienes parafernales (*bonae extra dotem* o *parafernales*) consisten en aquel conjunto de bienes que la mujer, o un tercero, entregan al marido²⁵⁰ para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio²⁵¹ tratándose de aquellos bienes sometidos a un régimen en el que la mujer (*uxor*) no está bajo la *manus* del marido²⁵².

9.3.2. Régimen. Cada cónyuge continuará manteniendo la situación patrimonial anterior al matrimonio, si bien el marido será quien ostente su administración, debiendo elaborarse un inventario que permitirá la restitución de los mismos en el caso de la disolución del matrimonio.

Pero respecto de estos bienes parafernales, la mujer conservará su pleno derecho de propiedad como si no hubiese contraído matrimonio.

9.3.3. Finalidad. Parece que los bienes parafernales tenían una función protectora de la mujer una vez disuelto el matrimonio, de manera que se pudiera encontrar con bienes para enfrentar la vida posterior.

²⁴⁸ Si el tercero se reserva la posibilidad de pedir la restitución de ellos bienes entregados en concepto de dote, se denominará *dos recepticia*.

²⁴⁹ La expresión «bienes parafernales», proviene de la unión de las palabras *parapherna*: «Pará», que significa extra, fuera de; y «Pherné», dote, haciendo alusión así, a aquellos bienes de la mujer que no están incluidos en la dote.

²⁵⁰ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, páginas 455-456.

²⁵¹ *Codex* 5.14.8; C. 5.14.11.

²⁵² Dicho patrimonio, cuya propiedad ostentará la mujer, estaba constituido generalmente por joyas, vestidos y utensilios domésticos si bien, en ciertos textos, se hace referencia también a inmuebles o créditos. Los frutos que producen dichos bienes suelen afectar también al sometimiento de las cargas del matrimonio. MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, página 292.

En tal sentido, en caso de disolución matrimonial, también se debían devolver por el marido los bienes procedentes de donaciones recibidas, como por ejemplo, los que el futuro marido regalaba a la futura mujer antes de las nupcias, e incluso durante el matrimonio (*propter nuptiae*).

9.4. Las donaciones matrimoniales. Puede definirse la donación, en general, como aquel acto de liberalidad por el que el donante se despoja voluntariamente de una cosa, o de una cantidad de dinero, en provecho de otra persona que acepta, denominada donatario²⁵³.

En lo que aquí respecta, se trata de aquellas entregas de bienes o de dinero como consecuencia de la celebración de un matrimonio. Conviene diferenciar entre dos clases de donaciones, según fueran anteriores²⁵⁴, o posteriores²⁵⁵, a la celebración del matrimonio.

9.4.1. Donaciones ante nuptias. Se trata de las donaciones antes del matrimonio²⁵⁶, integradas por aquellos bienes que el futuro esposo regalaba a la futura mujer antes de la celebración del matrimonio²⁵⁷ y que constituía una excepción a la prohibición vista anteriormente.

Su utilidad y finalidad fueron fundamentalmente la de aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio teniendo un régimen similar al de la dote.

9.4.2. Donaciones propter nuptias. Son las donaciones realizadas durante el matrimonio y una excepción a la regla general de que toda donación efectuada entre marido y mujer es nula²⁵⁸, con la finalidad de impedir que uno de los cónyuges se aproveche de la generosidad del

²⁵³ Sobre el concepto de donación, establece el vigente artículo 618 del Código civil español, redactado en 1889, que: «La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

²⁵⁴ El artículo 1.336 del Código Civil, dispone sobre las previas al matrimonio que: «Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos».

²⁵⁵ Respecto de las posteriores, según el artículo 1.353 CC: «Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario».

²⁵⁶ *Codex* 5.3.20.

²⁵⁷ VOLTERRA, E., *op. cit.*, páginas 682-683.

²⁵⁸ BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Milano, 1975, pp. 208 y ss.

otro²⁵⁹. En estos casos, la doctrina romanística suele recoger que se estaría ante una «contradote»²⁶⁰, es decir, tendrían unos efectos similares a los bienes dotales y, por ello, resultarían permitidas, estando sometidas a las reglas y efectos que se siguen para la dote.

No se considerarán incluidos en tal concepto aquellos regalos simbólicos o que no conlleven el enriquecimiento de alguno de ellos²⁶¹.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de Familia*, 2ª edición, Madrid, 2016; ACEDO PENCO, A.,-SILVA SÁNCHEZ, A., «Essential aspects of marriage and divorce in Spain», International scientific practical seminar about family and social security law, University of Law and Economics, Kaunas, 2012; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; ASTOLFI, R., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010; BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Milano, 1975; COING, H., *Derecho Privado Europeo*, (trad. Pérez, A.), Madrid, 1996; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; GUILLÉN, J. *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos. 1, La vida privada*, Salamanca, 1981; IGLESIAS, J., *Derecho romano, historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, 1994; IHERING, VON, R., *El espíritu del derecho romano* (traducción de F. Vela), Paracuellos del Jarama, 1997; MARZO, DI, F., «Lezioni su matrimonio», *SDHI 1* (1919); MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; LÉVY-BRUHL, H., «Les origines du mariage sine manu», *TR 14* (1936); NÚÑEZ PAZ, Mª. I., *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988; ORESTANO, F., «La struttura giuridica del matrimonio romano», *BIDR 47* (1940); ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PETIT, E., *Derecho Romano*, México D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; ROBLEDA, O., *El matrimonio en el derecho romano*, Roma, 1970; SANNA, M.V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli, 2012; SILVA SÁNCHEZ, A.-ACEDO PENCO, A., «The concept of marriage in the present Spanish legislation», Material of the International scientific practical seminar, *Actualities of Modern Law in International Context*, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2013; SILVA SÁNCHEZ, A., «El régimen económico matrimonial en Roma y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío», *Revista Pen-*

²⁵⁹ *Digesto* 24.1.1; *Codex* 5.3.20.

²⁶⁰ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 457.

²⁶¹ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 385.

samiento Jurídico 42 (2015); SILVA SÁNCHEZ, A.-ACEDO PENCO, A., «La importancia de la *affectio maritalis* en la concepción de la institución matrimonial en España», *Ius est Ars, Ünnepi tanulmányok Visegrády Antal professzor 65. Születésnapja tiszteletére*, Pécs-Hungria, 2015; SUÁREZ, G. *Derecho matrimonial comparado*, Valencia, 2005; VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LA LEGISLACIÓN ROMANA

Sumario: 1. La tutela. 1.1. Aproximación. 1.2. Concepto. 1.3. Clases. 1.3.1. Por su forma de constitución. 1.3.1.1. Tutela testamentaria. 1.3.1.2. Tutela legítima. 1.3.1.3. Tutela dativa. 1.3.2. Por los sujetos tutelados. 1.3.2.1. Tutela del impúber. 1.3.2.2. Tutela de la mujer. 1.4. Requisitos del tutor. 1.5. Responsabilidad del tutor. 1.5.1. Acciones de las XII Tablas. 1.5.2. Actio tutelae, contraria y subsidiaria. 1.6. Extinción de la tutela. 1.6.1. Ex parte pupilii. 1.6.2. Ex parte tutoris. 2. La curatela. 2.1. Concepto. 2.2. Clases de curatela. 2.3. Cura furiosus. 2.3.1. Pupilos. 2.3.2. Curador. 2.4. Cura prodigi. 2.5. Cura minorum. Indicación bibliográfica.

1. LA TUTELA

1.1. Aproximación. Se ha analizado la distinción de los *sui iuris* y los *alieni iuris*, según una persona pudiera ejercitar sus derechos de forma plena o dependiera de su *paterfamilias*, respectivamente.

Sin embargo, aun ostentando la cualidad de ciudadano *sui iuris*, con plenos derechos, podía tener limitada su capacidad de actuación bien por enfermedad, por razón de la edad, del sexo o por otro motivo, que se lo impidiera, fáctica o jurídicamente²⁶².

Por ello, con el fin de otorgar protección jurídica a determinadas personas incapaces, desde la época arcaica existen en el Derecho romano dos instituciones con tales funciones, como son la tutela y la curatela²⁶³, ambas constituidas, por tanto, en interés de la familia²⁶⁴ y para preservar el patrimonio del incapaz en favor de sus presuntos herederos²⁶⁵.

1.2. Concepto. La tutela es una institución del *ius civile*, que tiene una función tuitiva²⁶⁶, es decir, proteger a las personas (*sui iuris*) que, no estando bajo la potestas del *pater*, no se pueden defender por sí mismas²⁶⁷.

²⁶² PETIT, E., *Derecho Romano*, México D.F., 2006, p. 124.

²⁶³ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, p. 779.

²⁶⁴ ACEDO PENCO, A., *Derecho de Familia*, 2ª edición, Madrid, 2016, pp. 265-281.

²⁶⁵ PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, p. 255.

²⁶⁶ Un análisis de la tutela en Derecho romano y en el Derecho civil español puede verse en: SANZ, L., *Estudio comparado de la tutela en Roma y el derecho civil español: La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, 1998.

Esta función tutelar²⁶⁸ podrá ser desempeñada tanto por el *pater* como por cualquier *filius*, madres, o abuelas respecto de sus descendientes, y con la condición de no volver a contraer matrimonio, es decir, siempre que renuncien a volver a casarse. Además, la función de tutor puede ser desempeñada por una o varias personas que serán sus titulares²⁶⁹.

1.3. Clases. En cuanto a las diferentes modalidades de tutela cabe establecerlas con base en dos criterios, según su forma de constitución y dependiendo de los sujetos que estén sometidos a ella²⁷⁰.

1.3.1. Por su forma de constitución. Según el modo en que se constituya la institución de la tutela se distinguen las siguientes²⁷¹.

1.3.1.1. Tutela testamentaria. Esta forma tutelar estaba ya recogida en la *Ley de las XII Tablas*, siendo aquella en la que el tutor es designado en el testamento²⁷² por el *paterfamilias* para que cuide del patrimonio de los impúberos que, tras la muerte del causante²⁷³, son ciudadanos *sui iuris*.

²⁶⁷ Según el artículo 215 CC: «La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial».

²⁶⁸ Su principal función en la actualidad, según el art. 215 CC: «El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación».

²⁶⁹ Artículo 234 CC: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 2. A los padres. 3. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 4. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor».

²⁷⁰ SANZ, L., *La tutela en el derecho romano*, Madrid 2009, pp. 37 y ss.

²⁷¹ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 781; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos, 2001, p. 461; PETIT, E., *op. cit.*, pp. 126-128.

²⁷² Artículo 223 CC: «Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Art. 224: «Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada». Artículo 225 CC: «Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en

1.3.1.2. Tutela legítima. Es el modo tutelar en el que el tutor viene determinado legalmente según el parentesco civil que le una con el pupilo o tutelado²⁷⁴. En esta clase de tutela el cargo de tutor recaerá en el agnado más próximo del incapaz²⁷⁵.

1.3.1.3. Tutela dativa. En la institución de la tutela dativa, el tutor es designado por el magistrado²⁷⁶ a falta de las dos anteriores.

De hecho, surge históricamente²⁷⁷ para el supuesto en que no haya tutor legítimo ni testamentario y, es por ello, por lo que el designado no puede, rechazar la tutela ni cederla²⁷⁸.

1.3.2. Por los sujetos tutelados. Según sean los sujetos²⁷⁹ sometidos a la tutela, se distingue entre dos modalidades.

1.3.2.1. Tutela del impúber. El derecho romano diferencia impúberes y púberes. Los primeros son los que no alcanzan la aptitud necesaria para procrear²⁸⁰. Los púberes son aquellos varones y mujeres aptos fisio-

decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado».

²⁷³ *Digesto* 26.2.3 pr; *D.* 26.2.4; *Novella* 118.5.

²⁷⁴ *Digesto* 26.1.4 pr.

²⁷⁵ Hermano, tío paterno, hijos del hermano, y, en defecto de éstos uno de los gentiles. Ha de tenerse en cuenta que dicha forma de tutela, aunque ya existe en la *Ley de las XII Tablas*, encuentra su fundamento en la sucesión *ab intestato*.

²⁷⁶ GAYO, *Instit.*, 1.185; *Instituta* 1.20.4.

²⁷⁷ Según GAYO (*Instit.*, 1.183-185), debido a una *lex Atilia* (alrededor del año 180 a. C.) y una posterior *lex Iulia et Titia* (alrededor del año 31 a. C.).

²⁷⁸ Aunque se admitieron causas o excepciones a este principio, como por ejemplo: *a*) por desempeño de otras tutelas, por el propuesto, *b*) por tener la residencia alejada del lugar de residencia del pupilo, *c*) por enfermedad, o *d*) a través de la *potioris nominatio*, modo de eximirse de la tutela aplicada exclusivamente a la dativa, y que consiste en una propuesta que hace el designado como tutor por el magistrado a éste, indicándole otra persona con más méritos para ser tutor. ÚLPIANO, *Regulae* 11.25; *Instituta* 1.25.13-14. ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp. 785-786; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 163.

²⁷⁹ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 460-461.

²⁸⁰ Los sabinianos para determinar si se había alcanzado tal aptitud, optaban por la *inspectio corporis*, es decir, viendo caso por caso. Por el contrario, los proculeyanos prefirieron uniformizar la decisión y establecer una edad como límite a partir de la cual entender que se ha llegado a la pubertad. Así, ésta se fijó en 12 años para la mujer y 14 para el varón.

lógicamente para procrear, haciéndolo coincidir con el momento de alcanzar la plena capacidad de obrar²⁸¹.

La definición de este tipo de tutela la recoge PAULO –citando a SERVIO–, entendiéndola como «la fuerza y el poder sobre una persona libre, dada y permitida por el derecho civil, con el fin de cuidar a quien, por causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo»²⁸². El sometido a dicha institución recibe el nombre de *pupilo*²⁸³.

1.3.2.2. Tutela de la mujer. Esta clase de tutela tiene un carácter muy antiguo y Cicerón la atribuye a, lo que él denomina en sus textos²⁸⁴, la «ligereza femenina» (*levitas animi*)²⁸⁵.

Su origen habría que buscarlo en la estructura de la familia romana, que no permite que la mujer sea titular de la patria potestad²⁸⁶. De esta manera, si la mujer es impúber, estará sometida a la mencionada «tutela del impúber» hasta la pubertad, en la que se le impondrá la *tutela mulierum*, esta ya hasta su muerte²⁸⁷.

La función del tutor, en estos casos, se limita a la prestación del consentimiento (*auctoritas*) a los negocios que la mujer realiza por sí misma, y no a realizar tareas de *negotiorum gestor*²⁸⁸, que las llevará a cabo la propia mujer administrando ella misma los bienes de su propiedad²⁸⁹.

²⁸¹ Por ello, en el caso de los impúberes se les atribuyó a un tercero la función de regular o integrar con su propia capacidad aquella de la que el impúber carecía. ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 22.

²⁸² *Digesto* 26.1.1 pr. PANERO, R., *op. cit.*, p. 257.

²⁸³ Según dispone el artículo 222 CC, en la actualidad, exclusivamente: «Estarán sujetos a tutela: 1º. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2º. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3º. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4º. Los menores que se hallen en situación de desamparo».

²⁸⁴ BRAVO, M.J., *Mujeres y símbolos en la república romana*, Madrid, 2017, pp. 41 y ss.

²⁸⁵ ULPIANO, *Regulae* 11.1.

²⁸⁶ MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 297.

²⁸⁷ Naturalmente, esta modalidad tutelar sobre la mujer es impensable hoy día en cualquier país de Occidente, aunque no así en determinadas naciones de Asia y África. En España, la absoluta igualdad de derechos establecida entre el hombre y la mujer, y la radical prohibición de discriminación por razón de sexo, se encuentran consagrada en el artículo 14 de la Constitución vigente de 27 de diciembre de 1978.

²⁸⁸ PETIT, E., *op. cit.*, pp. 131-133. Más propia de las tutelas del impúber, donde se

Hacia el final de la República se producirá un debilitamiento de esta clase de tutela, que se va incrementando durante la época clásica²⁹⁰. Ya, en el año 410 d. C., una constitución de Honorio y Teodosio la anuló definitivamente, concediendo a todas las mujeres el *ius liberorum* que lleva consigo la dispensa de la tutela²⁹¹.

1.4. Requisitos del tutor. En un principio, el *ius civile* solo exigía que la persona designada como tutor²⁹² fuera libre, ciudadano romano, y *paterfamilias*. Posteriormente se añadieron algunas causas de incapacidad que afectaban al designado tutor²⁹³ como: a) que no hubiera incurrido en la locura; b) la exclusión de la persona sorda, muda o ciega²⁹⁴.

rendirán cuentas al final del ejercicio de la tutela.

²⁸⁹ Las actuales funciones del tutor se enumeran, principalmente, en el art. 269 CC: «El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1. A procurarle alimentos. 2. A educar al menor y procurarle una formación integral. 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. 4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración». Además, dispone el art. 270 CC que: «El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia». Según el art. 268: «Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente».

²⁹⁰ A partir de la *lex Iulia et Papia Poppaea* que exime de tutela legítima a la mujer que tuviera el *ius liberorum* que, en esta época se adquiría por cuestiones muy concretas y precisas. PANERO, R., *op. cit.*, p. 266. GAYO, *Instit.*, 1.157; 1.171; 1.194; *Digesto* 49.8.1.2; *Codex* 8.59.

²⁹¹ Pudiendo realizar testamentos o recibir herencias o legados sin restricciones, etc.

²⁹² Según el artículo 241 CC: «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes». El art. 242 CC añade que: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.»

²⁹³ El vigente artículo 243 CC establece la prohibición de personas a las que se les impide ser nombrados para ejercer tal cargo: «No pueden ser tutores: 1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial. 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior. 3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena. 4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela». El art. 244 CC amplía el listado: «Tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concorra imposibilidad absoluta de hecho. 2. Los que tuvieren enemistad

Igualmente se suprimieron otras exigencias de épocas anteriores, como la necesidad de ser *paterfamilias*, pudiendo ya entonces ser tutor también la mujer²⁹⁵ e incluso un *filiusfamilias*.

1.5. Responsabilidad del tutor. Concluido el ejercicio de la tutela, el tutor debía rendir cuentas al pupilo de los bienes confiados y, ya desde antiguo, el Derecho romano fue tomando medidas para reprimir los actos fraudulentos del tutor y exigirle responsabilidades por su gestión si bien, dichas medidas fueron mejorándose de forma gradual. Así, el tutor deberá restituir al pupilo su patrimonio intacto junto con los bienes adquiridos y las sumas cobradas²⁹⁶.

Dado que el desempeño de sus tareas en su calidad de tutor podía generar ciertas responsabilidades, que eran las mismas que las que afectaban a la gestión de un patrimonio (*negotiorum gestor*)²⁹⁷, se concedieron una serie de medios jurídicos para poder exigirlos.

1.5.1. Acciones de las XII Tablas. La responsabilidad del tutor ya la contemplaba la *Ley de las XII Tablas*, en donde se recogen dos acciones contra los tutores que faltan a su deber: a) la *accusatio suspecti tutoris*, acción pública, ejercitable por cualquier ciudadano, con el fin de lograr la destitución del tutor y la designación de otro²⁹⁸; y b) la *actio de rationibus*

manifiesta con el menor o incapacitado. 3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona». A los que se añaden los incluidos en el art. 245 CC: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

²⁹⁴ *Digesto* 26.1.1.2-3; *D.* 26.1.17.

²⁹⁵ *Codex* 5.35.

²⁹⁶ ORTEGA, A., *op. cit.*, p. 24; SANSÓN, M^a. V., *La transmisión de la propiedad*, Madrid, 1998, pp. 111 y ss.

²⁹⁷ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993, p. 508.

²⁹⁸ *Digesto* 26.10.1.2-3; *D.* 26.10.1.6; *D.* 26.10.2. RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4^a edición, Madrid, 2011, p. 177.

distrahendis, acción penal a través de la cual se consigue multar al tutor por el doble del valor de los bienes que defraudó a su pupilo²⁹⁹.

Pero la destitución del tutor con la *accusatio suspecti tutoris* no reparaba las consecuencias de su infidelidad, y a través de la *actio de rationibus distrahendis*³⁰⁰ no se permitía al pupilo pedir una indemnización por las negligencias en la que pudiera incurrir el tutor (como, por ejemplo, por su actuación descuidada o torpe)³⁰¹.

1.5.2. Actio tutelae, contraria y subsidiaria. A finales de la República aparece la *actio tutelae*³⁰², mediante la cual, el pupilo obtendrá del tutor (o de sus herederos) una indemnización por los daños causados durante su mala gestión, así como la devolución de los bienes administrados, tanto si el tutor actuó dolosamente como si lo hizo culposamente.

Por otra parte, equilibrando las acciones, y para que el tutor pueda reclamar al pupilo los gastos hechos en su favor durante su gestión de la tutela, así como cualquier otra pérdida patrimonial, por lo cual, dicho tutor dispondrá de la *actio tutelae contraria*³⁰³.

Finalmente, se concederá también, al pupilo, una *actio subsidiaria*, que responsabilizaría al magistrado por cometer imprudencia en la designación del tutor en los casos de la tutela dativa.

1.6. Extinción de la tutela. El ejercicio de la tutela, puede finalizar o extinguirse por diversos motivos³⁰⁴, tradicionalmente agrupados en dos conjuntos de causas³⁰⁵.

²⁹⁹ Parece que aplicada, en principio, únicamente a la tutela legítima, si bien, en el derecho justiniano se aplicará a cualquier tipo de tutela. PAULO, *Sententiae* 2.30.

³⁰⁰ *Digesto* 27.3.2 pr. VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, p. 132.

³⁰¹ En los primeros tiempos, esto parece que se debía a que el ejercicio de la tutela se fundamentaba sobre la *patria potestas*, siendo incomprensible la exigencia de una responsabilidad del tutor frente al pupilo, al igual que tampoco cabía exigir una responsabilidad del *pater* frente al *filius*. Véase, COSTA, E., *Storia del diritto privato romano*, I, Torino, 1925, página 324.

³⁰² *Digesto* 27.3.1 pr.

³⁰³ *Digesto* 27.4.6. BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª ed., Bristol, 2010, pp. 145-147.

³⁰⁴ PETIT, E., *op. cit.*, p. 138.

³⁰⁵ A tenor del vigente artículo 276 del Código civil español: «La tutela se extingue: 1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad

1.6.1. *Ex parte pupilli.* Se trata de las causas debidas a la persona del pupilo como su llegada a la pubertad³⁰⁶ en los casos de la tutela del impúber, o por su muerte del pupilo de cualquier edad.

1.6.2. *Ex parte tutoris.* Los motivos de extinción por parte del tutor son: *a)* la muerte del tutor, nombrándose a otro; *b)* la aparición de una razón para no ejercer la tutela (*excusatio a coepta tutela*) como sería una enfermedad incurable o que afectase al pupilo; *c)* la remoción del tutor sospechoso de mal ejercicio de la tutela, lo que implica su destitución³⁰⁷.

2. LA CURATELA

2.1. *Concepto.* En Derecho romano, y aun hoy, la figura de la curatela va muy unida a la de la tutela³⁰⁸. Ambas tienen objetivos muy similares

hubiera sido judicialmente incapacitado. 2. Por la adopción del tutelado menor de edad. 3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela. 4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad». Añade al respecto el art. 277 CC que: «También se extingue la tutela: 1. Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere. 2. Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela». Sobre la responsabilidad del tutor en el ejercicio de su cargo, finalizado este, indica el art. 279 CC que: «El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo». Según el art. 280 CC: «Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oirá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, y a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos». Y el art. 283 CC: «La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela».

³⁰⁶ GAYO, *Instit.*, 1.196: «Los varones cuando llegan a la pubertad se liberan de la tutela». Hoy en España, toda persona, varón o hembra, llega a la mayoría de edad al alcanzar los dieciocho años de edad liberándose de cualquier tipo de tutela o patria potestad, salvo que judicialmente sea, o haya sido, declarada incapaz.

³⁰⁷ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 464-465.

³⁰⁸ Con cierto parecido a la romana, en la actualidad, la curatela es una institución de guarda de una persona que padece ciertas carencias, físicas o mentales, a la que se nombra un asistente, dependiendo su grado de discernimiento, para que complete su capacidad, solo respecto de determinados actos o grupos de actos, según los casos concretos. ACEDO PENCO, A., *Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, 2016, pp. 277-278.

y en ambas existen requisitos, efectos y responsabilidades muy parecidos siendo las diferencias en algunos casos muy sutiles³⁰⁹.

La curatela (*cura*) ya aparece en la *Ley de las XII Tablas*. Puede definirse curatela o *cura*, como aquella protección dispensada a los bienes o a los patrimonios necesitados de alguna vigilancia cuando no están sujetos a la institución de la tutela, incluyendo también el cuidado respecto de algunas personas³¹⁰.

2.2. Clases de curatela. Al igual que sucedía en la tutela, cabe realizar una distinción en función a de la forma de su constitución: *a)* curatela testamentaria; *b)* curatela legítima; y *c)* curatela dativa.

Pese a ello, en este caso, únicamente las dos últimas tendrán realmente importancia en Roma. La curatela testamentaria va a suponer, tan solo, una mera «propuesta de curador» que realiza el causante en su testamento, y el magistrado podrá aceptarla o no pero, en modo alguno, el curador va a desempeñar de forma inmediata tareas de curador, a diferencia de lo que sí sucedía en el caso de la tutela.

En lo que respecta a las personas sometidas a la curatela, las formas más antiguas son la *cura furiosi* y la *cura prodigi*.

La *Ley de las XII Tablas* ya regulaba estos casos³¹¹, extendiéndose más tarde la curatela a otros grupos de personas, como por ejemplo, al varón púber menor de 25 años o a los *mente capti*³¹².

³⁰⁹ *Instituta* 1.23 pr-1. En tal sentido, en la STS de 29 de abril de 2009, Fundamento Jurídico 8º, se establece que, actualmente, la diferencia esencial entre la tutela y la curatela está en que «el cometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el cometido a curatela es capaz, pero requiere, como mecanismo protector, de un complemento de capacidad».

³¹⁰ Determina al respecto el vigente artículo 286 CC que: «Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad. 3. Los declarados pródigos». Lo que completa el art. 287 CC: «Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento».

³¹¹ *Instituta* 1.23 3-5. BORKOWSKI, A., *op. cit.*, p. 147; PETIT, E., *op. cit.* pp. 142-150; VOLTERRA, E., *op. cit.*, páginas 135-138.

2.3. Cura furiosus y cura mente captus. En relación con la curatela del “loco” (*cura furiosus*)³¹³ –como se le denominaba en Derecho romano– se distinguía, según lo visto, entre *furiosi* y deficiente o enfermo mental (*mente captus*). Los *furiosi*, eran aquéllos que se encontraban privados de razón (tengan o no intervalos lúcidos) si bien, recobrando su plena capacidad en tanto dure ese intervalo de lucidez³¹⁴.

El curador cuida de la persona del *furiosus* y administra su patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor no bastando –a diferencia de los casos de tutela– con la simple prestación de la autorización al loco para realizar gestiones, sino actuando el curador directamente. Este tipo de curatela se extendió a los *mente capti*³¹⁵, sordos, mudos, y aquellos enfermos graves que por sí no pudiesen mirar por sus bienes.

2.4. Cura prodigi. También se sometía a curatela al pródigo³¹⁶, que era una persona que derrochaba o dilapidaba sus bienes sin medida, denominada también como *cura prodigi*³¹⁷. Los pródigos están declarados incapacitados por el magistrado (a través del *interdictio bonorum*) para

³¹² Habiendo otros muchos casos como, por ejemplo, el *curator bonorum*, cuya función era la administración de bienes en diversas hipótesis (titular del patrimonio fue hecho prisionero de guerra, o el patrimonio está siendo objeto de litigio judicial, etc.) o el *curator ventris*, designado para vigilar y asegurar los derechos sucesorios de un concebido no nacido (*nasciturus*), así como otros muchos más en que se aplica la institución de la curatela (supuestos de administración del patrimonio de la persona sorda, muda, ciega, etc.). ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 800.

³¹³ GAYO, *Instit.*, 3.106; *Digesto* 27.7 pr.

³¹⁴ Cabría preguntarse si recobrando “el loco” la razón ¿termina la curatela volviendo a empezar ésta con la locura? La opinión de los juriconsultos romanos, sobre ello, era diversa, resolviendo Justiniano que no cesase la curatela, si bien, el curador permanecía inactivo, obrando el loco por sí mismo durante ese período.

³¹⁵ Éstos eran los que sólo poseen un poco de inteligencia, es decir, una persona cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas.

³¹⁶ Sobre este tipo de curatela, DOMÍNGUEZ, P., *El prodigus y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona, 2000. Aunque sigue vigente, en la actualidad se han derogado casi todos los preceptos del Código civil referidos a la prodigalidad dado que el alcance de esta figura se ha restringido notablemente tras la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, pues la finalidad perseguida es la real y efectiva protección de la persona discapacitada.

³¹⁷ Por ejemplo, llevar a cabo enajenaciones, contraer obligaciones, y las que sean necesarias o convenientes *Digesto* 27.10.1 pr.

disponer libremente de su patrimonio y el curador lo administrará realizando tareas totalmente prohibidas al pródigo³¹⁸.

2.5. Cura minorum. De fecha muy posterior a los tipos de curatela vistos³¹⁹, la curatela del varón púber menor de 25 años³²⁰ y mayor de 14, fue creada como tal institución de protección de estas personas³²¹, la *cura minorum*, debido a que la llegada a la pubertad a los catorce años, implicaba la desaparición de toda protección³²², entendiéndose entonces que tal edad era insuficiente para gestionar su propio patrimonio por la incesante complejidad de los negocios en Roma³²³.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de Familia*, 2ª edición, Madrid, 2016; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición Madrid, 1986; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010; BRAVO, Mª.J., *Mujeres y símbolos en la república romana*, Madrid, 2017; COSTA, E., *Storia del diritto privato romano*, I Torino, 1925; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DOMÍNGUEZ, P., *El prodigus y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona, 2000; FERNÁNDEZ, A.,- GARCÍA, L., *La protección procesal de minor viginti quinque annis en el derecho romano*, Madrid, 2008; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015; R., PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 163; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, 2006; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Ma-

³¹⁸ *Digesto* 50.17.40. Seguirá considerándose como tal mientras no exista una revocación expresa de la *interdictio bonorum*.

³¹⁹ *Digesto* 4.4; *Codex* 2.21. GARCÍA, L., *La protección procesal de minor viginti quinque annis en el derecho romano*, Madrid, 2008, pp. 208 y ss.

³²⁰ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 469-470.

³²¹ *Instituta* 1.22 pr.

³²² Debe recordarse que la tutela del impúber cesaba al llegarse a la pubertad establecida por Justiniano en los 14 años para los varones. En el caso de la mujer esto no sucedía ya que, pese a que a su llegada a la pubertad -establecida a los doce años- desaparecía la tutela del impúber, sin embargo, se constituía otra diferente, por razón de su sexo, la *tutela mulierum*, que perduraba hasta su muerte.

³²³ Si bien, a partir de Constantino (*Codex* 2.44) las mujeres mayores de 18 años y los varones de más de 20 podían pedir al emperador la *venia aetatis* para realizar toda clase de negocios, salvo donar y enajenar inmuebles, añadiendo a ello Justiniano (*Codex* 2.44.3) la imposibilidad de constituir hipotecas sobre bienes inmuebles. PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª ed., Valencia, 2015; p. 270; GARCÍA, L., *op. cit.*, pp. 235-236.

drid, 2011; SANSÓN, M.^a.V., *La transmisión de la propiedad*, Madrid, 1998; SANZ, L., *Estudio comparado de la tutela en Roma y el derecho civil español: La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, 1998; y *La tutela en el derecho romano*, Madrid 2009; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

CAPÍTULO VI

APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA Y ORDENACION DE LOS DERECHOS REALES EN ROMA

Sumario: 1. Distinción entre derechos reales y derechos de crédito. 1.1. Aproximación. 1.2. Sujetos. 1.3. Objeto. 1.4. Duración. 1.5. Demandados. 2. Concepto de derecho real 2.1. Definiciones. 2.2. Ámbito. 2.3. Configuración y clases. 3. Las cosas y su clasificación. 3.1. Significado. 3.2. Clases de cosas. 3.2.1. Fuera y dentro del patrimonio de los particulares. 3.2.2. *Res divini iuris* y *res humani iuris*. 3.2.3. *Res mancipi* y *nec mancipi*. 3.2.4. *Res mobiles* e *immobiles*. 3.2.5. *Res consumibiles* y *no consumibiles*. 3.2.6. *Res fungibiles* y *no fungibiles*. 3.2.7. *Res coporalis* e *incorporalis*. 3.2.8. *Res divisibiles* e *indivisibiles*. 3.2.9. *Res simples*, *compuestas* y *universales*. 3.2.10. *Res principal* y *accessoria*. 4. Los frutos. 4.1. Concepto. 4.2. Frutos naturales. 4.3. Frutos civiles. Indicación bibliográfica.

1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS REALES Y DERECHOS DE CRÉDITO

1.1. Aproximación. Los derechos de crédito, derivados de la *obligatio*, consisten en una relación jurídica entre dos personas, llamadas acreedor y deudor. Por su parte, lo que caracteriza a los derechos reales es la relación de poder existente entre el *dominus* y una cosa u objeto.

Diversas e importantes son las diferencias entre los derechos reales y los derechos de crédito, destacando cuatro fundamentales, basadas en los sujetos, el objeto, la duración y los posibles demandados en el caso de que aquellos perjudiquen al titular del derecho real o de crédito³²⁴.

1.2. Sujetos. Según sean los sujetos de la relación, en los derechos reales intervendrán el propietario u otros beneficiarios (sujetos activos), frente al resto de la sociedad (sujetos pasivos), que tan sólo han de tolerar el ejercicio de los derechos de los sujetos activos sobre una *res*³²⁵.

³²⁴ ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, páginas 229 y siguientes; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; página 191. También, ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016, páginas 25-28.

³²⁵ *Digesto* 8.1.15.1: «La naturaleza de las servidumbres no consiste en que alguien haga algo sino en que uno tolere o no haga».

Sin embargo, en los derechos de crédito, existen un acreedor (sujeto activo) frente a un deudor (sujeto pasivo) quien deberá llevar a cabo una prestación (pagar un dinero, entregar una cosa, realizar una obra...).

1.3. Objeto. En los derechos reales, el objeto de la relación ha de tener una existencia actual y cierta (una persona, por ejemplo, no va a poder ser propietario de algo que todavía no existe).

Pero en los derechos de crédito, el objeto de la relación puede que aún no exista, siendo determinadas o determinables, es decir, en tales casos, se dejan fijadas unas bases para su identificación posterior (por ejemplo, uno que se obliga a entregar a otro un cordero negro de raza merina del que actualmente no dispone, o espera a que nazca).

1.4. Duración. En principio, los derechos reales no se extinguen con el tiempo e incluso se traspasan de unos sujetos a otros, tendiendo a ser muy duraderos. Al contrario, los derechos de crédito no suelen tener una duración prolongada en el tiempo, se extinguen por el transcurso de este, o por su cumplimiento, pero se prolongan perpetuamente.

1.5. Demandados. Según sean los sujetos contra quienes pueden interponerse las oportunas acciones de defensa y protección de sus respectivos derechos e intereses, en el caso de los derechos reales, éstas pueden ejercerse por los beneficiarios del derecho (el dueño y otros) contra cualquier individuo o miembro de la sociedad (*erga omnes*) que perturbe u obstaculice el ejercicio de su derecho (de propiedad).

Pero en los derechos de crédito, únicamente se puede iniciar una acción contra aquella persona (sujeto pasivo) que se obligó a cumplir una determinada prestación con respecto al acreedor (sujeto activo), en el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la misma.

2. CONCEPTO DE DERECHO REAL

2.1. Definiciones. Sin entrar en polémicas doctrinales, puede afirmarse que el derecho real es aquél que recae sobre una cosa (*res*)³²⁶. Por tanto, suele caracterizarse por la relación de poder existente entre un sujeto (*dominus* o señor) y un objeto, el dominio que se tiene sobre una cosa.

³²⁶ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª edición, Pamplona, 1997, p. 179.

Por el contrario, los derechos personales o de crédito son la relación jurídica entre dos personas, donde un deudor o sujeto pasivo debe cumplir un deber o prestación en favor de un acreedor o sujeto activo.

2.2. *Ámbito.* Los romanos, estudiaron las cosas desde el punto de vista de los beneficios que pueden reportar. Esta relación entre individuo y objeto, se llama derecho real, y la persona que va a poder disponer de estos derechos de forma más completa (propiedad), que va a poder incluso enajenar o destruir la cosa, será el titular del derecho real.

Junto al derecho de propiedad van a existir, sin embargo, otros derechos de menor entidad (las servidumbres o los derechos reales de garantía) en tanto se encuentran limitados por diversas circunstancias.

2.3. *Configuración y clases.* No es ocioso reiterar que, tal vez la principal singularidad de los derechos reales (*iura in re*) sea que se ejercitan directa e inmediatamente sobre las cosas (*res*).

Frente a ellos existe solamente un deber jurídico del resto de la sociedad de permitir que el beneficiario de ese derecho real pueda ejercerlo sin ninguna perturbación, de ahí que la acción que surja en favor de tal beneficiario pueda dirigirse contra cualquiera o «*erga omnes*» que obstaculice su ejercicio³²⁷.

Algunos de los derechos reales fueron introducidos por el Derecho civil (*ius civile*), sin embargo, otros fueron admitidos y sancionados por el Derecho pretoriano (*ius pretorium*).

De capital importancia es la distinción de los derechos reales potencialmente plenos (*dominium* o *proprietas*) de aquellos otros derechos reales que recaen sobre una cosa ajena (*iura in re aliena*) como sería el caso de los derechos reales de garantía (*fiducia*, *pignus* e *hypotheca*), las servidumbres (*servitutes*), superficies (*superficies*) y enfiteusis (*emphyteusis*).

3. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

3.1. *Significado.* Los romanos utilizaron la palabra *res* para designar una cosa. Cuando se alude a los derechos reales se está haciendo referencia a derechos sobre cosas. Al referirse a ellas, resulta evidente que

³²⁷ ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, cit., pp. 28-30.

jurídicamente van a tener relevancia aquellas sobre las que se pueden ejercer derechos y, por tanto, susceptibles de una regulación jurídica³²⁸.

Se justifica, por ejemplo, que una estrella pese a ser una cosa, no interese mucho al mundo del Derecho, pues no nos atañe³²⁹. Así, puede definirse la expresión *res*, desde el punto de vista jurídico, como «todo objeto del mundo exterior sobre el que puede recaer el derecho».

3.2. Clases de cosas. En relación a las cosas sobre las que se pueden ejercer los derechos reales, ya sean plenos (propiedad) o limitados (servidumbres, derechos de garantía, etc.), conviene su clasificación³³⁰.

3.2.1. Fuera y dentro del patrimonio de los particulares. Las cosas fuera del patrimonio de los particulares son aquellas que, por su misma naturaleza, no resultan susceptible de apropiación individual³³¹; son las *res extra commercium*. Así, las pertenecientes a una ciudad, puesto que no son susceptibles de ser objeto de negocios jurídicos patrimoniales³³².

Las cosas que forman parte del patrimonio de los particulares y, por tanto, que son susceptibles de ser apropiadas, así como transmitirse y comerciarse con ellas, constituyen *res intra commercium*³³³.

3.2.2. Res divini iuris y res humani iuris. Las primeras³³⁴ son aquellas que están consagradas a los dioses y sometidas a la autoridad de los

³²⁸ ORTEGA, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en el derecho romano y en el código civil*, Granada, 1991, páginas 11-33.

³²⁹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. DAZA), Madrid, 1991, página 289.

³³⁰ El art. 333 del vigente Código civil español indica que: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». No obstante a continuación los clasifica, siguiendo exclusivamente, tres grandes criterios: a) bienes inmuebles (art. 334 CC); b) bienes muebles (arts. 335-337 CC); y c) «Los bienes son de dominio público o de propiedad privada» (art. 338-345 CC).

³³¹ GAYO, *Instit.*, 2.1.

³³² O aquellas que siendo susceptibles de apropiación individual nadie se ha apoderado de ellas todavía, como es el caso de la *res nullius* (animales salvajes en libertad, corales en el mar, etc.) o la *res derelicta* (las cosas abandonadas por el dueño y que, por tanto, carecen actualmente de él) pero estos casos ya se verán más ampliamente al estudiar los derechos reales.

³³³ DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 179-180.

³³⁴ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010, p. 156.

pontífices. Las segundas³³⁵, son el resto de las cosas que no están sometidas a esta consagración religiosa³³⁶.

Las *res divini iuris*, se clasifican en: a) *Res sanctae*, que serían las cosas protegidas por los dioses y cruciales para la seguridad de Roma (muros y puertas de las ciudades). b) *Res religiosae*, llamados así a los terrenos o monumentos unidos a las sepulturas (tumbas, mausoleos, etc.)³³⁷ bajo la custodia de los dioses inferiores (*dii manes*) c) *Res sacrae*, cosas formalmente consagradas y dedicadas a los dioses superiores (templos y, tras la conversión al Cristianismo, las iglesias)³³⁸.

Entre las *res humani iuris*³³⁹ se pueden distinguir: a) *Res communes*³⁴⁰, eran las cosas comunes a todos los hombres (el aire, el mar). Tales cosas no podían ser adquiridas, pero la ley reconocía el derecho a disfrutarlas. b) *Res publicae*, cosas públicas, es decir, pertenecientes al Estado (vías públicas, puertos, edificios civiles.)³⁴¹. c) *Res universitatis*, cosas que se destinaban al uso público y que pertenecían a los municipios o a las colonias (teatros, parques, etc.)³⁴².

3.2.3. Res Mancipi y nec Mancipi. Esta clasificación data de los tiempos más antiguos de Roma y siguió siendo válida hasta que Justiniano³⁴³ la abolió³⁴⁴ en el año 534 d. C., y resulta de gran importancia porque el pleno dominio sobre una *res Mancipi* sólo podía ser transferida o adquirida a través de determinados modos muy formales de transmisión (*Mancipatio* o *in iure cesio*)³⁴⁵.

³³⁵ GIMÉNEZ, T., *Derecho privado romano. Parte I. Historia y fuentes. El procedimiento de las acciones. La propiedad. La familia*, Valencia, 1996, pp. 166-167.

³³⁶ *Instituta* 2.1. pr.

³³⁷ Para ser un terreno clasificado como religioso el entierro debía celebrarse reuniendo unas características determinadas, como por ejemplo que se llevase a cabo fuera de la ciudad, tanto por razones sanitarias como por superstición.

³³⁸ *Digesto* 43.1; *D.* 43.6.

³³⁹ IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 156.

³⁴⁰ *Digesto* 1.8.2.1.

³⁴¹ *Digesto* 43.8.15.

³⁴² *Instituta* 2.1.3.5-6.

³⁴³ ULPIANO, *Regulae*, 19.1. MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 158.

³⁴⁴ *Codex* 7.31.1.5. Véanse, DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, página 183; GIMÉNEZ, T., *op. cit.*, páginas 168.

³⁴⁵ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 16^a

Ahora bien ¿qué es una *res Mancipi*? Los romanos no dejaron una definición clara pero sí nos dijeron qué cosas eran *Mancipi* qué cosas no. Así, entre las cosas *Mancipi* se señalan los esclavos, los animales de tiro y carga (bueyes, caballos, mulos y burros), los aperos de labranza, la tierra itálica y las servidumbres prediales rústicas.

El resto de las cosas eran *res nec Mancipi*, y no necesitaban de un modo formal determinado para ser transmitidas plenamente, pudiendo serlo por la simple celebración de la *traditio*.

3.2.4. Res mobiles e immobiles. Otra clasificación muy extendida de las cosas, según se pudieran mover o no, de un lugar a otro, las divide en fundos o inmuebles (*fundi*)³⁴⁶ y cualquier otra cosa, muebles (*mobiles*)³⁴⁷ que ambos tipos podían ser susceptibles de propiedad privada³⁴⁸.

edición, Madrid, 2008, páginas 146-147.

³⁴⁶ En la actualidad, dispone el art. 334 CC que: «Son bienes inmuebles: 1º. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2º. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3º. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. 4º. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. 5º. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. 6º. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. 7º. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse. 8º. Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas. 9º. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

³⁴⁷ Según el vigente artículo 335 CC: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos». Lo que se completa con el artículo 336 CC: «Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos repre-

Las primeras se caracterizan por estar fijadas en un lugar determinado (un edificio), y las segundas por ser susceptibles de ser trasladadas sin sufrir menoscabo o daño por ello (una silla). En este caso se incluirán también las *res semovientes*, entendidas como aquellas que pueden trasladarse por sí mismas (por ejemplo, un animal).

3.2.5. Res consumibles y no consumibles. Las primeras son las que perecen, se destruyen o pierden con su primer uso normal³⁴⁹ (alimentos, dinero). Las segundas son las que su uso normal no implica su destrucción, perecimiento o pérdida, aun pudiéndose producir un cierto deterioro (una casa, un libro)³⁵⁰.

3.2.6. Res fungibles y no fungibles. Fungibles son las cosas que tienen importancia en tanto forman un conjunto y generalmente se determinan por su pertenencia a un género³⁵¹ y de ahí que puedan establecerse por el número, peso o medida y se consumen por su uso (dinero, un kilo de arroz, un litro de vino)³⁵².

No fungibles son las que tienen identidad propia por sí solas, sin necesidad de formar una cantidad determinada o un conjunto y que no son generalmente consumibles³⁵³ y, por ello mismo no pueden sustituirse por otros (como, por ejemplo, un caballo o animal concreto)³⁵⁴.

3.2.7. Res coporalis e incorporalis. Las primeras son aquellas que se pueden tocar y tomar (por ejemplo un libro, una silla)³⁵⁵. Las segundas son aquellas que son inmateriales (como, por ejemplo, los derechos)³⁵⁶.

En esta clasificación resulta importante destacar que habrá una excepción en cuanto al derecho de propiedad que los romanos lo conside-

sentativos de préstamos hipotecarios».

³⁴⁸ ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, pp. 104-105.

³⁴⁹ ORTEGA, A., *op. cit.*, p. 107.

³⁵⁰ *Instituta* 2.4.2; *Digesto* 7.5.1-2; *D.* 7.9.9.3.

³⁵¹ D'ORS, A., *op. cit.*, p. 182.

³⁵² *Digesto* 12.1.2.1.

³⁵³ Dispone el art. 337 CC que: «Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás».

³⁵⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, p. 268.

³⁵⁵ GAYO, *Instit.*, 2.12-14.

³⁵⁶ VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978, pp. 139-140.

rarán como una *res corporalis*, pese a ser un derecho, dadas las importantes cualidades o facultades que incluye tal derecho de propiedad en favor del propietario (usar, obtener rendimientos e incluso destruir la cosa cuya propiedad ostenta su dueño).

3.2.8. *Res divisibles e indivisibles.* Resultan divisibles las cosas cuando fraccionadas sus partes conservan la misma función económico-social que el todo (una suma de dinero, una cantidad de arroz) con independencia de que su valor aumente o de disminuya³⁵⁷.

Son indivisibles las que no se pueden fraccionar sin que sufran una disminución en su utilidad (un libro, un esclavo, un árbol).

3.2.9. *Res simples, compuestas y universales.* Simples son las que por sí solas constituyen una unidad orgánica independiente (un caballo)³⁵⁸.

Compuestas, son el resultado de la unión de varias cosas simples sean o no de la misma naturaleza (una casa, compuesta por una serie de cosas simples de distinta naturaleza tales como vigas, puertas, etc.)³⁵⁹.

La universalidad de cosas son los agrupamientos de cosas homogéneas que conservan su individualidad pero que cobran importancia en cuanto conjunto que permanece invariable aunque las cosas que lo componen disminuyan, aumenten o se renueven (un bosque de pinos plantado por el hombre para extraer madera o una piara de cerdos).

3.2.10. *Res principal y accesoria.* Las cosas accesorias son aquellas que tienen una mera función instrumental con respecto a la cosa principal (así será cosa accesoria la vasija frente al agua)³⁶⁰.

No obstante, se produjeron importantes discrepancias entre los propios juristas romanos acerca del papel que juega el valor económico de la cosa accesoria pudiendo convertirse por ello en principal (imagínemos que la vasija que contiene el agua fuera de oro).

³⁵⁷ GIMÉNEZ, T., *op. cit.*, p. 171; IGLESIAS, J., *op. cit.*, pp. 158-159.

³⁵⁸ *Digesto* 7.1.70.3.

³⁵⁹ D'ORS, A., *op. cit.*, p. 185. *Digesto* 41.3.30 pr.

³⁶⁰ MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 162.

4. LOS FRUTOS

4.1. Concepto. Se entiende por frutos aquellas cosas que, producidas ordinaria y periódicamente por la cosa fructífera o principal³⁶¹ constituyen entidades por sí mismas. Los frutos pueden ser civiles y naturales, según sea su fuente de producción, aunque ambos tienen igual condición jurídica³⁶².

4.2. Frutos naturales. Son frutos naturales los del reino vegetal, mineral y crías de animales con o sin intervención del hombre³⁶³, como la manzana respecto al manzano, la leche de la vaca, o la lana de la oveja. Los frutos naturales pueden hallarse en alguna de estas situaciones³⁶⁴:

a) *pendientes* de la cosa fructífera: es decir, inexistentes como tales pues aún se encuentran unidos a su matriz y, por ello mismo, no pueden considerarse como cosa hasta su desprendimiento³⁶⁵;

b) *separados* de la cosa fructífera: con entidad propia como tales frutos y pudiendo recaer sobre ellos las relaciones jurídicas correspondientes;

c) *percibidos*: siendo los frutos obtenidos o recogidos por quien tiene el derecho para ello (por ejemplo, el propietario o el usufructuario)³⁶⁶;

d) *no percibidos*: que serían aquellos frutos que, por alguna circunstancia, aún no han sido percibidos³⁶⁷;

³⁶¹ GIMÉNEZ, T., *op. cit.*, p. 170.

³⁶² El vigente Código civil español no establece un concepto general de «frutos», aunque enumera tres clases diferentes en su artículo 354, aunque sí define cada una de tales modalidades en el art. 355: «Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son frutos industriales los que producen los predios de cualquiera especie a beneficio del cultivo o del trabajo. Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas». Aunque sí las otras dos clases, los naturales y los civiles, cuya definición es prácticamente idéntica a la regulación actual, los frutos industriales no existían como tales en el Derecho romano.

³⁶³ MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 162; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010, p. 155; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, pp. 270 ss.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014, páginas 326-327.

³⁶⁵ *Digesto* 42.8.25.6.

³⁶⁶ *Digesto* 7.1.7.5.

³⁶⁷ *Digesto* 4.2.12 pr.

e) *existentes*: son aquellos frutos que aún se encuentran bajo el patrimonio de quien tiene el derecho a percibirlos, y

f) *consumidos*: son los frutos que, en su condición de cosa consumible, han sido objeto de destrucción, perecimiento o pérdida en el ejercicio normal que sobre ellos ostenta quien tiene el derecho sobre los mismos (por ejemplo, han sido vendidos, entregados o consumidos por el beneficiario del derecho o su familia).

4.3. Frutos civiles. Se derivan de una relación jurídica por la que alguien concede a otro una cosa³⁶⁸ (por ejemplo, la renta de un alquiler) y los romanos los consideraron como asimilados a los frutos naturales³⁶⁹. Los actuales frutos industriales no los contempla el Derecho romano.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016; ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª edición, Pamplona, 1997; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, Cizur Menor, 2017; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 16ª edición, Madrid, 2008; GIMÉNEZ, T., *Derecho privado romano. Parte I. Historia y fuentes. El procedimiento de las acciones. La propiedad. La familia*, Valencia, 1996; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en el derecho romano y en el código civil*, Granada, 1991, y *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; ; VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. DAZA), Madrid, 1991.

³⁶⁸ IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 160.

³⁶⁹ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *op. cit.*, p. 149; MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 162

CAPÍTULO VII

LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO: ENFOQUE, RÉGIMEN JURÍDICO Y MODOS DE ADQUISICIÓN

Sumario: 1. Configuración romana del derecho de propiedad. 1.1. Definición. 1.2. Beneficios. 1.3. Condominium. 1.4. Limitaciones del derecho de propiedad. 1.4.1. Públicas. 1.4.2. Privadas. 1.5. Protección de la propiedad. 1.5.1. *Rei vindicatio* y *actio publiciana*. 1.5.2. *Actio negatoria*. 1.5.3. Otras acciones del dueño. 1.6. Extinción del derecho de propiedad. 2. La posesión. 2.1. Concepto. 2.2. Clases. 2.3. Adquisición. 2.4. Pérdida. 2.4.1. Extinción en bienes muebles. 2.4.2. Extinción en bienes inmuebles. 2.5. Acciones posesorias. 2.5.1. Interdictos de retener y recobrar. 2.5.2. *Actio publiciana*. 3. Formas de adquisición de la propiedad. 3.1. Aproximación. 3.2. Modos originarios de adquisición. 3.2.1. *Occupatio*. 3.2.2. *Accessio*. 3.2.2.1. *Accesión entre inmuebles*. 3.2.2.2. *Accesión de bien mueble a bien inmueble*. 3.2.2.3. *Accesión entre bienes muebles*. 3.2.3. *Specificatio*. 3.2.4. *Confusio*. 3.2.5. *Thesaurus*. 3.2.6. Adquisición de frutos. 3.2.7. *La usucapio*. 3.2.7.1. *En el Derecho arcaico*. 3.2.7.2. *En el Derecho clásico*. 3.2.7.3. *En Derecho justiniano*. 3.3. Modos derivativos de adquisición. 3.3.1. *Mancipatio*. 3.3.2. *In iure cessio*. 3.3.3. *Traditio*. 3.3.3.1. *Traditio ficta* o *symbolica*. 3.3.3.2. *Traditio longa manu*. 3.3.3.3. *Traditio brevi manu*. 3.3.3.4. *Constitutum possessorium*. *Indicación bibliográfica*.

1. CONFIGURACIÓN ROMANA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

1.1. Definición. Pese a la decisiva importancia que tenía el derecho de propiedad en la sociedad romana, los juristas de aquel tiempo no llegaron a definir el concepto de propiedad³⁷⁰. Por ello, habrá que acudir a los glosadores que, con base en los textos romanos³⁷¹, entenderán por propiedad «el derecho a usar y abusar³⁷² de la cosa hasta donde sea razonable, en beneficio del propietario (*ius utendi et abutendi re su*)».

³⁷⁰ Sobre su configuración, puede consultarse la obra monográfica de FUENTESECA, M., *La formación romana del derecho de propiedad*, Madrid, 2004.

³⁷¹ *Instituta* 2.1.19; *Digesto* 22.2.25; *D.* 41.1.2; *D.* 41.1.6; *Codex* 3.32.1.

³⁷² Entendido como el derecho del propietario no sólo a deshacerse de la cosa (por ejemplo, transmitiéndola), sino también a destruir la cosa. BALDO añadirá como otra facultad más del propietario cualquier tipo de ganancia lícita como, por ejemplo, la usura acentuándose, así, el poder del propietario sobre la cosa que está bajo su dominio. Pese a que el *ius commune* basará su concepto de propiedad en el derecho romano, juristas como BÚLGARO y ACURSIO dividirán esa concepción romana entre dominio útil y dominio directo partiendo de textos como *Digesto* 14.5.5.1; *D.* 39.3.1.23; *Codex*

En Roma, la propiedad venía a ser aquel señorío jurídico efectivo³⁷³ o potencialmente pleno –con escasas limitaciones– sobre una cosa³⁷⁴.

La propiedad, en suma, es uno de los derechos reales –*iura in re*– reconocidos por los juristas romanos que se limitan a estudiar los diferentes beneficios que la misma procura al propietario y que la denominarán con diferentes términos³⁷⁵ como *mancipium*³⁷⁶, *proprietas*³⁷⁷ o *dominium*³⁷⁸ caracterizándose, en general, por su excesivo individualismo³⁷⁹.

En la actualidad: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»³⁸⁰.

Lo que caracteriza al derecho de propiedad es el título último sobre la cosa, titularidad, es decir, el propietario no va a tener sólo la posesión (aprehensión física o efectiva de algo), sino además su dominio³⁸¹.

4.66; C. 11.62.12; *Novellae* 112.1. BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, p. 13; COING, H., *Derecho privado europeo* (traducción de A. Pérez), Madrid, 1996, pp. 371 y ss.

³⁷³ PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, p. 332.

³⁷⁴ ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016, p. 101. Se alude a la propiedad como «el primero de los derechos», LOZANO, E. A., «Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones», *Proyecto social. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, año 1994, p. 85.

³⁷⁵ ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, p. 234; VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978, pp. 143 y ss.

³⁷⁶ *Mancipium*, es una aprehensión material, aludiendo a «*mancipium dare*» o a «*mancipium accipere*» para referirse al traspaso o adquisición de una cosa en propiedad.

³⁷⁷ *Propietas*. Desde finales de la época republicana se emplea con un sentido técnico que continuará vigente durante el derecho postclásico.

³⁷⁸ GAYO, *Instit.*, 1, 54. *Dominium*, o noción de señorío, indica un poder absoluto, pudiendo emplearse o extenderse también a otros ámbitos conservando el significado.

³⁷⁹ Dado el extenso poder que concede al propietario el ejercicio de su derecho de propiedad, ello conlleva unos efectos económicos y sociales que trascienden a la persona del propietario irán apareciendo límites a su ejercicio y una nueva concepción de la propiedad (concepción social) donde destaca el uso de ésta en beneficio del bien, considerándose la misma no un fin en sí mismo sino un medio en beneficio propio (del propietario) y de sus semejantes. Se trata, pues del entrecruzamiento, por un lado de las reglas romanas y, por otro, del influjo filosófico del iusnaturalismo escolástico. Véanse, GACTO, E., *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1987, páginas 312 y siguientes; MOLITOR, P.-SCHLOSSER, H., *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, 1979, páginas 48-51.

³⁸⁰ Art. 348.I del vigente Código civil español, que conserva su redacción de 1889.

ULPIANO exponía en el *Digesto* que la «propiedad nada tiene qué ver con la posesión»³⁸². Efectivamente, la posesión sobre una cosa va a tener un significado muy diferente a la propiedad sobre el mismo.

1.2. Beneficios. Las ventajas o beneficios que están a disposición del propietario o *dominus* sobre la cosa son, principalmente, tres derechos:

a) *ius utendis o usus*, el derecho de uso o facultad de servirse de la cosa y aprovecharse de los servicios que puedan rendir, que no sean los frutos; b) *ius fruendi o fructus*, el derecho a los frutos o facultad de percibir todos los productos (naturales o civiles) generados por la cosa; y c) *ius abutendi o abusus*, el derecho de consumir o desprenderse de la cosa, de poder de destruir la cosa, de transmitirla o de disponer de ella de manera definitiva, consumiéndola o enajenándola.

1.3. Condominium. Las situaciones en las que el derecho de propiedad sobre un mismo objeto recaiga sobre varias personas³⁸³ son el *condominium*. La copropiedad o condominio adopta en Roma un modelo particularmente diferente respecto a otros pueblos de la antigüedad.

Por modelo de copropiedad romana se entiende la situación en que se encuentra una cosa que pertenece al mismo tiempo a varios sujetos, ya sea por deseo inicial de los copropietarios o bien por circunstancias devenidas con posterioridad y ajenas a tal voluntad de los mismos³⁸⁴.

³⁸¹ Generalmente propiedad y posesión van unidas, pero podían darse casos en que ello no sucedía como, por ejemplo, en el supuesto de un ladrón que toma algo que pertenece a otra persona. En este caso el ladrón tendrá la posesión de ese objeto pero no su dominio o propiedad, que seguirá detentándolo el verdadero dueño.

³⁸² *Digesto* 41.2.12.1. Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas.

³⁸³ Estudio sobre su desarrollo histórico, véase, SALAZAR, M^a., *Evolución jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén, 2003. Artículo 392.I CC: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». La regulación de la copropiedad en el Código civil español vigente se encuentra en los artículos 392 a 403, bajo la denominación de «comunidad de bienes».

³⁸⁴ IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11^a edición, Barcelona, 1998, pp. 307-309. Se admitirá en Roma un dominio indiviso de la cosa, una comunidad por cuotas sin atribución de partes físicas (*communio*) si bien a partir de la época clásica dominará el modelo de propiedad *pro parte* (*Digesto* 13.6.5.15). La diferencia básica entre un modelo de propiedad colectiva o en mano común y el romano de propiedad *pro parte*, consiste en esta última existe una división por cuotas y, por ello, cada copro-

Los actos que afectan a la copropiedad pueden ser tener tres regímenes diferentes de participación: 1) los que cada propietario puede realizar libremente; 2) los que puede ejecutar cada uno de ellos siempre que no se oponga una prohibición expresa de otro copropietario; 3) los que cada copropietario no puede llevar a cabo a su exclusiva voluntad precisando el acuerdo unánime de los condóminos³⁸⁵.

1.4. Limitaciones del derecho de propiedad. Existen para el dueño de una cosa numerosos límites y prohibiciones al derecho de propiedad³⁸⁶, tanto por interés público como por motivos de interés privado.

1.4.1. Públicas. El derecho objetivo establece, en interés público, restricciones, que el dueño se verá forzado a soportar como algo inherente a su derecho de propiedad³⁸⁷. Como sucede, por ejemplo, en el caso de la expropiación, que parece que en Roma se dio de forma aislada cuando el ciudadano romano se veía obligado a perder su propiedad o parte de ella, previa indemnización y por razón de utilidad pública³⁸⁸.

También por interés público se dieron otros casos, como los siguientes: 1ª. Prohibición de realizar enterramientos o quema de cadáveres en las fincas situadas dentro de la *urbe*, tanto por motivos religiosos como de salud. 2ª. El uso de las orillas de los fundos ribereños por las naves

pietario o condómino, ostenta una titularidad independiente; mientras que en la propiedad colectiva las varias titularidades individuales se reúnen en una sola formada por el conjunto de derechos abstractos de todos los partícipes en que cada uno obtendrá el aprovechamiento que precise. SILVA SÁNCHEZ, A., «La propiedad colectiva en la América precolombina y su supervivencia al derecho castellano. Breve referencia al derecho argentino», *Anuario de la facultad de Derecho* 18 (2000), pp. 377-380.

³⁸⁵ *Instituta* 2.7.4; *Digesto* 7.7.1. ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 1979, páginas 270-273.

³⁸⁶ Textos en que se recogen tales limitaciones podemos citar los siguientes: *Instituta* 2.1.4; *Digesto* 8.6.14.1; *D.* 11.7.12; *D.* 43.28.; *Codex* 11.1.3.41.

³⁸⁷ En el Derecho vigente son numerosísimas las limitaciones al derecho de propiedad e inabarcables las normas jurídicas de toda índole que las sustentan, presididas por el artículo 33 de la Constitución española de 1978: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

³⁸⁸ MIQUEL, J. *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 173.

que navegan por el río a fin de que puedan atracar o poner cargas³⁸⁹. 3ª. Las relativas a alturas de los edificios o construcciones urbanas. 4ª. Relativas a excavaciones mineras, debiendo, el propietario de un fundo, tolerar que otra persona hiciese en su predio excavaciones, siempre que abonase al referido propietario una décima parte de los recursos obtenidos y otro décimo al Estado³⁹⁰.

1.4.2. Privadas. En cuanto a limitaciones al derecho de propiedad en razón al interés privado (relaciones de vecindad)³⁹¹, cabe citar: 1ª. Las relativas a tolerar el sobrevuelo de las ramas de árboles pertenecientes a fincas colindantes³⁹². 2ª. De paso a finca colindante³⁹³ o para facilitar el acceso a un sepulcro³⁹⁴. 3ª. Limitación al uso excesivo de agua por los dueños de los fundos superiores por los que fluye hacia los predios inferiores y que pueden desabastecerlos o hacer que disminuya excesivamente su caudal.

³⁸⁹ *Instituta* 2.1.4: «También es de *ius gentium* el uso público de las riberas como el del mismo río; y así, cualquiera es libre de atracar en ellas una embarcación, y de poner en dichas riberas cualquier carga, así como de navegar por el río mismo».

³⁹⁰ *Codex* 11.1.3: «Todos los que en lugares de propiedad particular, con excavaciones industriales, buscan vetas de mármoles, entreguen al fisco una décima parte y asimismo otra décima al dueño, salvando para sus propios fines lo restante». Véase al respecto, ORTEGA, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en el derecho romano y en el código civil*, Granada, 1991, página 70.

³⁹¹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, pp. 319-320 ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, pp. 73 y ss.

³⁹² Siempre que lo hagan a una altura mínima de 15 pies; pudiendo cortar las que bajan de esa medida y permitiendo que el beneficiario de esos frutos pueda acceder a recoger los que hayan caído. *Digesto* 43.28.1.8: «Lo que dice el pretor, también la *Ley de las XII Tablas* quiso que se hiciera, con objeto de que se recortasen hasta una altura de quince pies las ramas de los árboles; y ello se hizo así a fin de que la sombra del árbol no perjudicase al propio vecino»; *D.* 43.28: «Dice el pretor: Prohibido que se haga violencia a fin de que alguien no recoja y se lleve cada tercer día la bellota de su finca que cayera en la tuya. En la denominación de la bellota se comprenden todos los frutos». Véase, PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, página 205.

³⁹³ *Digesto* 8.6.14.1: «Cuando un camino público se ha perdido, por avenida de un río o por ruina, el vecino inmediato debe conceder el paso».

³⁹⁴ *Digesto* 11.7.12: «Si alguien tuviera un sepulcro, pero no tuviera camino hacia él y se le prohibiese pasar por el vecino, el emperador Antonino, con su padre, decidió, por rescripto, ser costumbre pedir en precario y concederse camino para el sepulcro».

1.5. Protección de la propiedad. Son los mecanismos reconocidos por el Derecho romano para dar cobertura legal al dueño en el ejercicio de sus legítimos derechos en calidad de propietario³⁹⁵.

Dado el tradicional casuismo del Derecho romano, tal defensa del dominio se lleva a cabo a través de diferentes medios según fueren las circunstancias y el tipo de situación que lo amenazase.

1.5.1. *Rei vindicatio* y *actio publiciana*. Cuando se ha perdido totalmente el derecho de propiedad, a través de la *actio rei vindicatio*, el propietario *ex iure quiritium* podrá reclamar a quien la tuviere la devolución de la cosa de la que ha sido despojado indebidamente³⁹⁶.

Mediante por la acción publiciana³⁹⁷ (siglo I a. C.), se trataba de proteger a quienes no siendo propietarios *ex iure quiritium* están en situación de adquirirla por el transcurso del tiempo (*usucapio*), a través de la ficción de considerarlos como si ya hubiera transcurrido el tiempo necesario y poder ejercer una especie de *reivindicatio ficticia* para reclamar el objeto del que ha perdido su posesión³⁹⁸.

1.5.2. *Actio negatoria*. Mediante la acción negatoria el propietario niega que recaiga un derecho de servidumbre por parte de otra persona sobre un bien bajo el dominio de aquel propietario. Niega por tanto la existencia de otro derecho real ajeno sobre su plena propiedad³⁹⁹.

³⁹⁵ El artículo 348.II CC indica que: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Y según el 349: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado».

³⁹⁶ *Instituta* 4.6.4; *Digesto* 6.2; *D.* 17.1.57; *D.* 44.7.35. ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *op. cit.*, pp. 235-237. Véase la STS, Sala de lo Civil, nº 285/2015, de 22 de mayo de 2015.

³⁹⁷ SANSÓN, M^a.V., *La transmisión de la propiedad*, Madrid, 1998, pp. 127 y ss. La acción publiciana, actualmente, «Es una acción que vela por la protección del poseedor con mejor derecho sobre el bien o derecho objeto de posesión», afirma la Sentencia 388/1982, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1982.

³⁹⁸ PANERO, R., *op. cit.*, p. 342.

³⁹⁹ LÁZARO, C., *La acción negatoria*, Valencia, 2007, pp. 27-28. La acción negatoria sigue vigente en el Derecho civil español en base al art. 348 CC. La STS, Sala de lo Civil, nº 347/2016, de 24/05/2016, expresa: «la doctrina jurisprudencial exige para el triunfo de la acción negatoria la prueba de la propiedad de la parte demandante y la falta de prueba del derecho real por la demandada».

1.5.3. Otras acciones del dueño. Si todavía no hay lesión del derecho de propiedad pero sí parece estar amenazado por un tercero, se dispondrán en favor del propietario todas estas acciones que se le ofrecen para poder solicitar su tutela dominical⁴⁰⁰: *operis novi nuntiatio*⁴⁰¹, *actio aquae pluviae arcendae*⁴⁰² o la *actio finium regundorum*⁴⁰³.

1.6. Extinción del derecho de propiedad. El derecho de propiedad tiene como elemento característico su perpetuidad, de suerte que, salvo rarísimas y excepcionales situaciones, puede transmitirse de un propietario a otro (*mortis causa* o *inter vivos*) sin que ello conlleve su extinción.

Tales situaciones, si bien excepcionales, en las que podía extinguirse el derecho de propiedad venían a ser, sobre todo, las siguientes⁴⁰⁴:

1º. Cuando deja de existir el bien sobre el que recae el derecho de propiedad porque, por ejemplo, se destruye (inundación permanente de un fundo), perece de forma natural (muerte de un animal o un esclavo) o se consume (un fruto, por ejemplo una manzana)⁴⁰⁵.

2º. En los casos en que el bien objeto de propiedad pasara a dejar de ser susceptible de apropiación privada (por ejemplo, si un esclavo fuera manumitido o un terreno que se declarara *extra commercium*).

3º. En los casos en que un animal salvaje recobra su libertad, su dueño pierde el derecho de propiedad que tenía sobre el mismo⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Pueden consultarse, ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, páginas 82 y siguientes; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, páginas 197-201.

⁴⁰¹ Para denunciar el propietario de un bien inmueble al propietario del fundo vecino para que no continúe una obra nueva (*opus novum*) dado que causa o puede originar un daño al denunciante. Podía utilizarse, igualmente, por cualquier ciudadano romano si tal obra puede causar un daño a un bien de carácter público (por ejemplo, una *via*). *Digesto* 2.14.7.14; *D.* 39.1; *D.* 43.25.1; *Codex* 8.10.14. RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, p. 239.

⁴⁰² Acción que se concede al propietario de un terreno contra el dueño del fundo vecino que ha construido una estructura que le puede ocasionar un perjuicio, ya que con ella se impide o altera el curso normal del agua. *Digesto* 39.3.

⁴⁰³ Acción que puede ejercerse entre vecinos, cuyo objeto es la determinación judicial de las lindes o límites (*finis*) de sus fincas rústicas. *Instituta* 4.17.6; *Digesto* 10.1.; *Codex* 3.39: bien el paso entre unas y otras (*limes de 5 pies*) o bien su extensión.

⁴⁰⁴ PETIT, E., *Derecho Romano*, México, D.F., 2006, p. 236.

⁴⁰⁵ *Digesto* 6.1.49.1.

⁴⁰⁶ *Digesto* 41.1.3.2. A diferencia de los animales domésticos, los salvajes (*ferae bes-*

2. LA POSESIÓN

2.1. Concepto. La posesión, tal y como la entendían los romanos, puede definirse como: «el hecho de tener en su poder una cosa corporal⁴⁰⁷, reteniéndola materialmente con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario»⁴⁰⁸.

En la actualidad, la legislación aporta las siguientes definiciones de posesión, de extraordinaria similitud con la fraguada en el Derecho romano: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos»⁴⁰⁹.

2.2. Clases. Había tres tipos de posesión⁴¹⁰: *a) posesión interdictal*, que es aquella que se encuentra protegida a través de interdictos pues los así poseedores tienen un verdadero *animus possidendi* ya sea de buena o mala fe (como el precarista, el acreedor pignoraticio o el ladrón); *b) posesión civil*, que es aquella que permite obtener la propiedad sobre un bien por su tenencia, reuniendo ciertas condiciones, durante un tiempo (*usucapio*, propiedad *bonitaria*); *c) posesión natural –possessio naturalis–* o simple detentación, supone únicamente el mero control físico de una cosa⁴¹¹.

tiae) vuelven a considerarse *res nullius* una vez que escapan. Los animales domésticos, por su naturaleza, seguirán estando, hasta su muerte, bajo el dominio de su dueño.

⁴⁰⁷ Podrán ser objeto de posesión las cosas susceptibles de propiedad privada y las corporales, no pudiéndose, pues, poseer un objeto sagrado o algo incorporeal (un derecho). Aunque los juristas terminaron extendiendo la posesión a las servidumbres.

⁴⁰⁸ Hay un pasaje del *Digesto* que muestra la posesión es un medio para obtener, finalmente, la propiedad sobre una cosa. *Digesto* 41.2.1.1: «Y dice Nerva, el joven, que el dominio de las cosas comenzó por la posesión natural, y que de esto queda vestigio en las cosas que se cogen en la tierra, en el mar y en el aire; porque ellas se hacen al punto de los que primero hubieron tomado posesión de las mismas». De esta manera, mediante la *occupatio* (caso descrito en el texto) se podía obtener la propiedad. También se podía obtener ésta por la posesión de una cosa durante un periodo de tiempo determinado: *usucapio*. Todo ello se verá en apartados posteriores al tratar las formas originarias de adquirir la propiedad.

⁴⁰⁹ Artículo 430 CC.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, 2018, pp. 272-273.

⁴¹¹ Si bien no está claro y de los textos puede deducirse que podría tener protección interdictal también. RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 257. Sobre la distinción entre posesión civil y natural, SAVIGNY, M.F.C., *Tratado de la posesión*, Granada, 2005, pp. 89 y ss. Además del artículo indicado que describe la posesión civil y la posesión natural, el

2.3. Adquisición. Los juristas romanos establecieron, en relación con la adquisición de la posesión, los dos elementos básicos que se requerían⁴¹² para su efectividad: el *corpus*: (control físico de la cosa)⁴¹³ y el *animus*⁴¹⁴ (voluntad de poseer la cosa como propia)⁴¹⁵.

En realidad, las personas que reúnen ambos elementos son: *a*) el propietario; *b*) el poseedor de buena fe (es decir, el que estaba incurso en los plazos para la usucapión); y *c*) el poseedor de mala fe (ladrón, que no podrá convertirse en propietario, pero que sin embargo sí es poseedor, pues tiene la cosa y la intención de haberla como propia)⁴¹⁶.

Pero no se considera como poseedores a quienes no tienen la intención de obrar como verdadero propietario, ostentando la simple detención de la cosa (el usufructuario, el depositario, comodatario, etc., pues no tienen el *animus* sino simplemente el *corpus*).

También será posible adquirir la posesión por la actuación de otro (por ejemplo, el esclavo en favor del amo o el hijo en favor del *pater*)⁴¹⁷.

2.4. Pérdida. Se extingue la posesión cuando se pierden a la vez ambos elementos (*animus* y *corpus*) como, por ejemplo, por destrucción de la cosa, o muerte del animal, o cuando el poseedor se deshace de ella voluntariamente (donándola, vendiéndola, etc.)⁴¹⁸. Finalizará también la posesión por la muerte del poseedor.

resto de las actuales clases de posesión se detalla en los arts. 431 al 437 CC: posesión en concepto de dueño o de mero tenedor y posesión de buena o mala fe.

⁴¹² *Digesto* 41.2.3.1.

⁴¹³ Requisito que se fue adaptando con los tiempos de manera que se llegará a entender como control físico aquello sobre lo que no se tiene un contacto efectivo e inmediato como, por ejemplo, un animal caído en una trampa.

⁴¹⁴ En un principio el loco o el menor no podrían tener la posesión, si bien el concepto de *animus* evolucionó permitiéndose, tanto a uno como a otro, adquirir por el simple otorgamiento de la *auctoritas* del tutor.

⁴¹⁵ *Digesto* 41.2.3.1: «y alcanzamos la posesión con el cuerpo (aprehensión de la cosa) y con el ánimo (intencionalidad), y no sólo con el *corpus* o con el *animus*».

⁴¹⁶ Los modos vigentes de adquirir la posesión se regulan en los arts. 438 a 445 CC.

⁴¹⁷ En estos dos ejemplos queda claro que exigirá tanto el *corpus* como el *animus* para el que recibe inicialmente (esclavo o hijo) y únicamente el *animus* para el *pater* o amo, es decir, en favor de quien se recibe e incluso prescindiéndose de la necesidad de *animus* en el *pater* si éste se encontraba enfermo.

⁴¹⁸ *Digesto* 41.2.3.9; *D.* 41.2.8. Los modos vigentes de adquirir la posesión se regu-

Pero también habrá casos en que la posesión se pierda por la falta de uno solo de los dos elementos que se requieren para que sea efectiva, es decir, por la falta del *animus* o del *corpus*⁴¹⁹.

Se pierde la posesión por la falta de *corpus*, cuando aparece un impedimento que evita que el poseedor pueda ejercer el control sobre la cosa (por ejemplo, porque no puede acceder al lugar donde la cosa se encuentra, no se sabe dónde se encuentra⁴²⁰, o cuando el objeto ha sido arrebatado por medio de violencia)⁴²¹.

En el caso de los bienes inmuebles, como es sabido, para tener la posesión sobre ellos bastaba el *animus*, con independencia del *corpus* o control físico del bien. Así, se perderá la posesión por falta del *animus* cuando se tenga la firme idea de renunciar a la cosa⁴²². Si alguien ocupa una finca de otro y éste no lo sabe⁴²³, no pierde por esto su posesión sobre ella⁴²⁴. Sin embargo, perderá la posesión su titular cuando, teniendo conocimiento de la posesión por otro, no remedia tal situación⁴²⁵.

En suma, puede decirse que, desde el siglo II d. C., había numerosos supuestos en los que la interrupción de la tenencia material del objeto no suponía la desaparición de la situación posesoria iniciada con la

lan en los artículos 438 a 445 CC.

⁴¹⁹ Según determina el vigente artículo 460 CC: «El poseedor puede perder su posesión: 1º. Por abandono de la cosa. 2º. Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3º. Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio. 4º. Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año».

⁴²⁰ *Digesto* 41.2.25 pr.

⁴²¹ Art. 461 CC: «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero».

⁴²² *Digesto* 41.2.3.6: «También para que se pierda la posesión se ha de atender al ánimo del que posee. Y así, si estuvieras en un fundo y, sin embargo, no quisieras poseerlo, perderás inmediatamente la posesión. Luego se puede perder, aunque no se pueda adquirir, aun con solo el ánimo».

⁴²³ *Digesto* 41.2.3.7: «Pero aunque poseas un fundo con el solo ánimo aun cuando otro esté en el fundo, lo posees, sin embargo, todavía».

⁴²⁴ Art. 462 CC: «La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

⁴²⁵ *Digesto* 41.2.3.8: «Si alguno anunciara que una casa está ocupada por ladrones, y su dueño, aterrado por el temor, no quisiere acercarse a ella, está establecido que éste perdió la posesión».

conurrencia de ambos elementos. Regla que se extendió a bienes muebles como por ejemplo, el supuesto del esclavo que huía y del que no se perdía la posesión durante la fuga⁴²⁶.

2.5. Acciones posesorias. En cuanto a la protección jurídica del poseedor, en Roma se llevará a cabo a través de los interdictos que concederá el pretor a petición de parte, así como la acción publiciana, esta última ya aludida entre las acciones de protección del propietario⁴²⁷.

2.5.1. Interdictos de retener y recobrar. Con la finalidad de evitar que un tercero despoje al poseedor de su posesión actual⁴²⁸, se reconoció el interdicto de retener la posesión⁴²⁹ frente a quien le perturbarse⁴³⁰.

Para recuperar la posesión ya perdida, se dispondrán a favor del poseedor de tres modalidades de interdictos de recobrar la posesión:

a) *interdicto de utrubi*: para tratar de recuperar la posesión sobre un bien mueble; b) *interdicto de vi*: para obligar a devolver a quien posee un bien obtenido por la fuerza a su legítimo poseedor⁴³¹; y b) *interdicto de vi*

⁴²⁶ RASCÓN, C., *op. cit.*, página 256; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, página 143.

⁴²⁷ Sobre la protección posesoria, el vigente 446 CC indica que: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen». La remisión legislativa del precepto se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil (que abandonó la acuñada y cabal expresión de los «interdictos»), en la que se alude expresamente a las acciones posesorias en sus artículos 250.1.4º LEC (demandas «que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute»); 250.1.5º LEC (las demandas «que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva.»); 447.2 LEC («No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana»); y 439.1º LEC («demandas que pretendan retener o recobrar la posesión»)

⁴²⁸ ORTEGA, A., *op. cit.*, pp. 145-146.

⁴²⁹ *Digesto* 43.17.2. Destacando dos distintos: *uti possidetis*, que protege al poseedor de un bien inmueble y el de *utrubi*, que protege la posesión de quien había poseído el bien mueble durante la mayor parte del año a la concesión del interdicto.

⁴³⁰ DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El Derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010, página 158.

⁴³¹ *Digesto* 43.16.1.31: «Por cuanto en este año tú lo arrojaste por la fuerza, o tu servidumbre lo hizo (esclavos), supuesto que él poseyera, en lo que a ti respecta, sin violencia, ni clandestinidad, ni precariamente, restitúyelo allí con cuantas cosas allí él

armata: que obliga a devolver la posesión de un bien obtenido por el uso de armas⁴³² a quien venía poseyendo el bien arrebatado.

2.5.2. Actio publiciana. Junto a los interdictos, podía emplearse la *actio publiciana*, o acción publiciana, por los poseedores que estaban en curso de adquirir la propiedad de un objeto por la posesión durante un período determinado (*usucapio* y poseedores de buena fe)⁴³³.

3. FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

3.1. Aproximación. Cabe entender por modo de adquirir la propiedad, al hecho a través del cual se atribuye el efecto de que surja en el patrimonio de una persona dicha señoría general sobre una o varias cosas⁴³⁴.

En Roma estos modos de adquirir, pueden encontrar diferentes clasificaciones o maneras dependiendo de las distintas épocas por las que atravesó el Derecho romano, pero la clasificación más importante es la que distingue entre modos originarios y derivativos⁴³⁵.

tenía en ese momento».

⁴³² *Digesto* 43.16.3.2-5: «Armas son todas las cosas arrojadas, esto es, también los palos y las piedras, no sólo las espadas y lanzas de manera que, si uno u otro tuvo palo o espada, se considera que el poseedor fue echado por la fuerza de las armas. Se dice más, que aunque se presentaran sin armas, si en la misma lucha llegaron a tomar palos o piedras los que habían ido sin armas, la violencia será con armas. Se considera que hizo violencia con armas si los que fueron armados no hicieron uso de las armas para echar, pero echaron, de la posesión; porque basta el terror de las armas para que se considere que echaron por la fuerza de las armas».

⁴³³ Estos poseedores de buena fe son aquellos que poseen creyendo, erróneamente, que son propietarios; probablemente porque adquirieron una cosa de una persona a la que creían propietaria del objeto. Si al poseedor de buena fe no se le molesta en su posesión, se convertirá en propietario por el normal transcurso del tiempo (*usucapio*). En cambio, si alguien reclamaba la propiedad antes de que transcurriera ese período de tiempo, podría el poseedor de buena fe permanecer en la posesión mediante el empleo de la *actio publiciana*, pudiendo ejercerla contra aquellas personas que tengan peor derecho y no contra el verdadero propietario.

⁴³⁴ PETIT, E., *op. cit.*, p. 244. El vigente art. 609 del Código civil español determina que: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

⁴³⁵ VENTURA, S., *op. cit.*, pp. 151 y ss.

3.2. Modos originarios de adquisición originarios. Se trata de las diferentes formas en que se adquiere, por parte de un sujeto, la propiedad sobre una cosa que antes nunca ha tenido otro dueño.

3.2.1. Occupatio. La ocupación es el medio por el cual se adquiere el dominio sobre algo que se posee⁴³⁶ y que no pertenece a nadie (*res nullius*) con la intención de hacerla propia⁴³⁷. Es un modo de adquirir la propiedad muy habitual en las épocas más antiguas⁴³⁸ y sigue vigente⁴³⁹.

Se presenta como la manera más natural⁴⁴⁰ y la carencia de dueño ha de ser por alguna de las causas siguientes: 1) no lo tuvo nunca como, por ejemplo, los peces (*res nullius*)⁴⁴¹; 2) el dueño anterior la abandonó,

⁴³⁶ *Digesto* 41.2.1 pr. Algún autor prefiere la utilización del término aprehensión en lugar de posesión, que es el que utiliza la mayoría de la doctrina. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. DAZA), Madrid, 1991, página 330 (nota a pie 73).

⁴³⁷ ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, pp. 83-102.

⁴³⁸ GAYO, *Instit.*, 4.16.

⁴³⁹ Su actual regulación se contiene en los artículos 610 al 617 del Código civil, indicando el primero de ellos que: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas».

⁴⁴⁰ *Digesto* 41.1.3 pr: «Mas lo que no es de nadie se concede por razón natural al que lo ocupa». Dispone el vigente art. 610 CC: «Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas».

⁴⁴¹ Supuestos tales como la *insula in mari nata* (isla que emerge en el mar); la *res inventae in litore maris* (cosas encontradas en el litoral marítimo como piedras, conchas), que pertenecerán a quien las descubre y las aprehende; animales salvajes o *ferae bestiae* (terrestres, aéreos y acuáticos). *Digesto* 41.1.1.1: «Así, pues, todos los animales que son cogidos en la tierra, en el mar o en el aire esto es, las bestias silvestres y las aves y peces, se hacen de los que los cogen». Sólo pueden ser cazados los animales salvajes o los domesticados que hayan perdido el *animus revertendi* o hábito de volver a casa del dueño». Discutido entre los juriconsultos era si el animal herido y perseguido se hacía ya en propiedad del cazador o se requería la efectividad de la aprehensión. Se decidieron por esto último, de manera que, si bien no es necesaria la aprehensión física efectiva de los animales domésticos (*bestiae mansuefactae*), sí será imprescindible la de los animales salvajes para obtener la propiedad sobre éstos. En Roma, se distinguía entre doméstico y salvaje o silvestre dependiendo de su naturaleza y no de sus hábitos. *Digesto* 41.1.1.5.5: «Es silvestre la naturaleza de los pavos reales y las palomas; y no hace al caso que por costumbre suelen irse y volver volando, porque también hacen lo mismo las abejas cuya naturaleza consta que es silvestre. También algunos tienen ciervos de tal modo amansados, que se van a las selvas, y vuelven y nadie niega que

como, por ejemplo, una casa (*res derelictae*)⁴⁴²; o 3) el dueño es enemigo de los romanos (*res hostiles*)⁴⁴³.

3.2.2. Accessio. Se denomina accesión cuando el propietario de una cosa adquiere la propiedad de otra que se une natural o artificialmente a otra (tuviera o no propietario), formando un todo de objetos inseparables⁴⁴⁴. Cabe distinguir tres categorías diferentes⁴⁴⁵.

3.2.2.1. Accesión entre inmuebles. Tal sería el caso del *alluvio* o tierra que va acumulando lentamente un río en los predios ribereños dejando al descubierto la línea de la orilla, que será adquirida por el propietario del fundo, *avulsio* o incorporación repentina operada por el río de una

sea silvestre la naturaleza de los mismos. Mas en cuanto a los animales que por costumbre suelen irse y volver, se admitió tal regla, que se entendiera que son nuestros mientras tengan el instinto de volver (*animus revertendi*) porque si hubieran dejado de tener el instinto de volver dejan de ser nuestros, y se hacen de quienes los ocupan; pero se entiende que dejaron de tener el instinto de volver cuando hubieren perdido la costumbre de volver».

⁴⁴² Este caso, supone una actividad del *dominus* de una cosa que, de modo expreso o implícitamente revele su voluntad inequívoca de abandonar la propiedad de la misma. Distinta es la situación de las cosas perdidas, porque respecto a ellas no hay en su dueño *animus dereliquendi* o intención precisa de renunciar a su propiedad. Según el derecho justiniano, el dominio se pierde por el dueño anterior en el momento mismo del abandono, acogiendo la opinión de Sabino y Casio sosteniendo que hasta que alguien no se apodere de la cosa, el dominio del anterior dueño no se extingüía. ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp. 246-247; WATSON, A., *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968, pp. 63 y ss. *Digesto* 47.2.43.4-5: «Quien para lucrarse sustrajo alguna cosa ajena que estaba caída en el suelo, está sujeto a la *actio furti*, tanto si se sabe de quién es como si lo ignora; porque nada importa que ignore de quién es, para atenuar el hurto. Pero si el dueño la abandonó, no se comete hurto de ella, incluso aunque yo hubiera tenido intención de hurtar; porque no se comete hurto si no hay a quien se le haga; y en el caso propuesto no se le hace a nadie, ya que se admite en efecto, el dictamen de Sabino y Casio de que, inmediatamente que la abandonamos, la cosa deja de ser nuestra».

⁴⁴³ Objetos susceptibles de ocupación. No son únicamente las capturadas en tiempos de guerra, sino las pertenecientes a extranjeros cuyo pueblo no está en relaciones de amistad con el pueblo romano. *Digesto* 49.15.5.2: «si con algún pueblo no tenemos amistad, ni hospitalidad, ni pacto hecho por causa de amistad, éstos no son ciertamente enemigos; mas lo que de lo nuestro va a su poder se hace de ellos y lo mismo es, si de ellos llegara alguna cosa a nuestro poder».

⁴⁴⁴ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.* pp. 248 y ss.

⁴⁴⁵ El vigente régimen jurídico de la accesión se regula ampliamente en los artículos 353 al 383 del Código civil español, conformando el capítulo II, del título II.

porción destacada de un predio aguas arriba a otro ubicado aguas abajo⁴⁴⁶, adquiriendo dicha porción⁴⁴⁷ el dueño del fundo inferior una vez que se materializa la *coalitio*; *alveus derelictus*, consistente en el cauce que abandona un río que varía su curso⁴⁴⁸. Este terreno se adquiriría por los dueños de los fundos limítrofes a dicho cauce o, finalmente, la *insula in flumine nata* o isla que emerge en el río, cuya propiedad pasará a ser de los propietarios de los fundos ribereños situados frente a ella⁴⁴⁹.

3.2.2.2. *Accesión de bien mueble a bien inmueble.* Consiste en la unión de un bien mueble de forma inseparable a otro inmueble, destacando, por ejemplo, el caso de lo plantado o sembrado (*plantatio, satio*) utilizando semillas o plantas de un dueño diferente al del fundo donde se planta o se siembra, en ambos casos, una vez que han echado raíces, pasan a pertenecer al dueño del fundo en que se plantó o sembró⁴⁵⁰.

3.2.2.3 *Accesión entre bienes muebles.* Cuando bienes muebles pertenecientes a diferentes personas, se unen de forma inseparable, uno de los propietarios va a adquirir el bien mueble que pertenecía al otro⁴⁵¹.

Así, por ejemplo, en época justiniana, en el caso de la *textura*, es decir, cuando en una tela se teje con hilos de otro, estos pasaban a ser

⁴⁴⁶ *Digesto* 39.2.9.2. DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001, p. 209.

⁴⁴⁷ *Digesto* 41.1.7.2: «Si la fuerza del río arrancase de tu predio una parte y la llevase al mío es evidente que sigue siendo tuya. Pero si se hubiese adherido durante un tiempo más prolongado a mi fundo, y los árboles que hubiera arrastrado consigo hubiesen echado raíces en mi fundo, se considerará a partir de tal momento como adquirida por mi fundo».

⁴⁴⁸ *Digesto* 41.17.5-6: «Si el río abandonando en su totalidad su cauce natural, hubiese comenzado a correr por otra parte, el primitivo cauce es, evidentemente, de aquellos que poseen predios junto a la orilla, en la medida, claro es, de la amplitud que cada predio tenga junto a la orilla». PETIT, E., *op. cit.*, pp. 256-257.

⁴⁴⁹ GAYO, *Instit.*, 2.72: «Si surge una isla en medio del río, tal isla pertenece en comunidad a todos los que poseen predios ribereños a una y otra parte del río. Pero si no está exactamente en medio del río, pertenece a aquellos que tienen predios en la orilla más próxima a la isla».

⁴⁵⁰ *Digesto* 41.1.7.13: «Si yo hubiere puesto en suelo mío una planta ajena, será mía; y, al contrario, si en suelo ajeno hubiese puesto una planta mía, será de aquél, siempre que, en uno y otro caso, hubiese echado raíces, pues antes de que echase raíces, continúa siendo de aquel de quien eran antes»; *D.* 41.1.26.1.

⁴⁵¹ ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, pp. 120 y ss.

propiedad del dueño de la tela⁴⁵², o el caso de la *scriptura*, en donde lo escrito se hace del dueño de la materia en que se escribió⁴⁵³ o, finalmente, por ejemplo, el supuesto de la *pictura*, donde el propietario de lo pintado adquiere la propiedad del material donde se pintó adoptándose, por Justiniano, una solución diferente del caso anterior⁴⁵⁴.

3.2.3. *Specificatio*. Tiene lugar cuando alguien que no es dueño de una cosa ni obra de acuerdo con dicho dueño, realiza en ella una transformación que la convierte en otro objeto de función distinta de la primitiva, haciendo de uvas vino, por ejemplo.

La cuestión en estos casos es, determinar quién ha de ser el dueño de la «*nova species*». Así, por ejemplo, si alguien trabajando la uva de otro la transforma en vino, ¿quién debe ser el propietario del resultado de ese trabajo? Proculyanos y Sabinianos dieron soluciones diferentes: los primeros dieron mayor importancia al trabajo del especificador y atribuyéndole a él la propiedad; los segundos creyeron que debía darse preferencia a la materia, y atribuir la propiedad al dueño de ésta⁴⁵⁵.

⁴⁵² *Instituta* 2.1.26: «Si alguien entretejió en un vestido suyo púrpura ajena, aunque la púrpura es más valiosa, cede por accesión al vestido»; *Digesto* 6.1.29.2.

⁴⁵³ *Digesto* 6.1.23.3: «Lo que se escribe en un papiro mío o se pinta en una tabla se hace mío instantáneamente, aun en cuanto a la pintura hayan opinado algunos en contra, en razón al valor de la pintura; pero es preciso que una cosa ceda a aquella sin la cual no puede existir»; *Instituta* 2.1.33: «También las letras, aunque fuesen de oro, ceden igualmente a los papiros o pergaminos, como suele ceder al suelo lo que en él se edifica o se siembra; y de este modo, si en papiros o pergaminos tuyos hubiese escrito Ticio una poesía, o un discurso, será considerado el dueño de este objeto (o volumen), no Ticio, sino tú».

⁴⁵⁴ GAYO, *Instit.* 2.78: «Se acepta una solución contraria si alguien en una tabla mía pintase, por ejemplo, una imagen, pues se prefiere decir que la tabla cede a la pintura, de cuya diversidad de criterio difícilmente se da una razón idónea»; *Instituta* 2.1.34: «Si alguien hubiera pintado en tabla ajena, opinan unos que la tabla cede a la pintura; les parece a otros que la pintura, cualquiera que sea, cede a la tabla. Pero a nosotros nos parece mejor que la tabla ceda a la pintura, porque es ridículo que una pintura de Apeles o Parrasio ceda por accesión a una pobrísima tabla»; *Digesto* 41.1.9.1. En casos de pinturas murales o frescos serán de propiedad del dueño del inmueble sobre el que se ha pintado. VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 335 (nota a pie 84).

⁴⁵⁵ *Digesto* 41.1.7.7: «Cuando alguien hubiere hecho por sí alguna cosa con materia ajena, Nerva y Próculo opinan que es el dueño el que la hubiere hecho, porque lo que se ha hecho no era antes de nadie. Sabino y Casio entienden que el que era dueño de la materia sea asimismo dueño de lo que condicha materia ha sido hecho, ya que sin

Se decidirá, en época justiniana que el propietario de la materia resultante será el que la trabajó siempre que obrar de buena fe, es decir, sin conocimiento de que la materia que trabaja resulta ser de la propiedad de otra persona.

3.2.4. Confusio. Es la forma de adquirir la propiedad que resulta de la mezcla de cosas del mismo género. Suele utilizarse la expresión *confusio*, cuando las cosas al mezclarse están líquidas, bien porque ése es su estado, bien porque se ha procurado su fusión. Para las mezclas que se hacen en estado sólido se emplea la palabra *commixtio*⁴⁵⁶.

En tales hipótesis, se consideraba a los propietarios de las cosas mezcladas como copropietarios del todo, en proporción a la cantidad de materia mezclada de cada uno, siempre que fuera voluntaria y no resultara posible su separación o vuelta a su situación inicial⁴⁵⁷.

3.2.5. Thesaurus. Se trata del tesoro, entendiendo por tal –según el texto de PAULO– la suma de dinero u objetos preciosos escondidos desde hace tanto tiempo que nadie sabe quien fue el último dueño⁴⁵⁸. Se considera, pues, *res nullius*, y quien lo descubre en un bien de su propiedad, de forma casual⁴⁵⁹, adquiere la propiedad por derecho de ocupación⁴⁶⁰.

la materia, ningún objeto se podía hacer. Si, por ejemplo, con oro, plata o bronce yo hubiera hecho algún vaso. Pero hay también la opinión intermedia de quienes creen con razón que cuando el objeto pueda volver a transformarse en la materia originaria será lo más acertado esto que opinaron Sabino y Casio; y si no pudiera volver a transformarse será lo más acertado lo aceptado por Nerva y Próculo. Por ejemplo, un vaso fundido puede volver a convertirse en masa informe de oro; pero el vino no puede volver a transformarse en uvas».

⁴⁵⁶ *Instituta* 2.1.28; *Digesto* 46.3.78.

⁴⁵⁷ Si las cosas eran separables, los propietarios disponían de la *actio reivindicatio* para reclamarlas. En los casos de copropiedad se podía utilizar la *actio communi dividundo* para hacer cesar la indivisión. *Digesto* 41.1.7.8: «La voluntad de dos dueños que mezclan sus materias hace común la totalidad del conjunto, tanto si las materias fueran de una misma especie, como si mezclaron vinos o fundieron plata, como si fueran diversas, por ejemplo, si uno hubiese aportado vino y otro miel, o uno oro y otro plata; aunque el jarabe y el electro sean muestras concretas de un cuerpo nuevo».

⁴⁵⁸ *Digesto* 41.1.31.1.

⁴⁵⁹ Si lo hubiese estado buscando con el único objeto de apropiarse de ello, entonces no tiene ningún derecho.

⁴⁶⁰ ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, pp. 125-137; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, pp. 289-290. Monografía sobre este tipo específico de adquisición resulta interesante

Podría suceder que el descubrimiento fuera hecho por alguien en el fundo de otra persona. En estos casos, el emperador Adriano consideró que la mitad del tesoro se le atribuyese al propietario del fundo y la otra mitad a quien lo encontró de manera casual⁴⁶¹.

Si el tesoro fue encontrado en terreno sagrado o público, una constitución de Marco Aurelio y Lucio Vero concede la mitad al fisco⁴⁶².

3.2.6. Adquisición de frutos. Como es sabido, se entiende por fruto, aquel objeto independiente o separado de la cosa que lo produce, ya que mientras se encuentra unido a ella, forma una parte más de la misma.

Generalmente tales frutos⁴⁶³ se adquirirán por el propietario de la cosa fructífera si bien puede haber otros sujetos que puedan beneficiarse de los mismos como, por ejemplo, el usufructuario⁴⁶⁴.

3.2.7. La usucapio. La adquisición de la propiedad por el uso continuado de una cosa ajena ya la contemplaba la *Ley de las XII Tablas*, en donde se disponía que podía adquirirse la propiedad de bienes *intra commercium*, ya sea un bien inmueble (un fundo, por ejemplo) por la posesión del mismo durante un tiempo concreto, en este caso, de dos años, o la posesión durante un año para las demás cosas⁴⁶⁵.

AGUDO, A., *Régimen jurídico del tesoro en derecho romano*, Madrid, 2005.

⁴⁶¹ *Instituta* 2.1.1.39.

⁴⁶² *Digesto* 49.14.3.10: «Si en lugares pertenecientes al fisco, o públicos, o religiosos, o en monumentos se hubieren hallado tesoros, se determinó que la mitad de ellos (tesoros) fuese reivindicada para el fisco».

⁴⁶³ Los frutos pueden encontrarse en diferentes situaciones como: a) no separados o separados, según se encuentren unidos a la matriz que los produce o no. En este último caso son objetos ya independientes y pueden ser obtenidos; b) percibidos y no percibidos, en tanto hayan sido recogidos o no por el beneficiario del derecho a ello y c) existentes o consumidos, en tanto se ha ejercido el derecho natural sobre los mismos tendente a su destrucción como bien consumible o, si por el contrario, se encuentra aún sin haber acaecido el derecho sobre los mismos que impliquen su consumo. *Digesto* 6.1.44.

⁴⁶⁴ En la actualidad, la descripción y régimen general de los frutos se regula en los artículos 354 a 357 CC, si bien a lo largo del todo este texto legal se alude a ellos.

⁴⁶⁵ ULPIANO, *Regulae*, 19.8: «Por la usucapición adquirimos el dominio, tanto de las cosas *mancipi* como de las *nec mancipi*. Usucapición es, pues, el logro del dominio por la continuación en la posesión durante un año o un bienio; de un año para las cosas muebles, de un bienio para las inmuebles».

Su fundamento de la usucapión (conocida como *usucapio* o *usus cape-re*) se halla en que la inacción prolongada del propietario sobre esa cosa, equivalía al abandono tácito de su derecho y, al cabo de un tiempo, la adquisición se consumaba en beneficio del poseedor, al que otorga seguridad jurídica.

3.2.7.1. En el Derecho arcaico. En esta etapa, la única condición para poder usucapir era que la cosa no estuviera en poder del poseedor como consecuencia de un robo o del empleo de la violencia, ya que en estos casos parecía legítimo que decayera el principio de una usucapión que se apoyaba sobre una base no legítima y que no fuese un fundo en suelo provincial sino en suelo itálico⁴⁶⁶.

Poco a poco se irán añadiendo otras condiciones que se irán sumando para poder usucapir una cosa y que se plasmarán en la época clásica.

3.2.7.2. En el Derecho clásico. Hay en este periodo una dualidad pues se reconoce de un lado la *usucapio* y de otro, la *longi temporis praescriptio*.

A) Mediante del mecanismo de la *usucapio*, se otorga el *dominium ex iure quiritium* a quien tiene una cosa *in bonis*⁴⁶⁷, por el transcurso del tiempo (posesión de dos años si es un bien inmueble o uno si es mueble) y se adquiere la propiedad por el poseedor de buena fe que ha recibido una cosa (sea *mancipi* o no) de alguien que no es el propietario.

En principio podrá adquirirse la propiedad por usucapión de toda *res intra commercium*, salvo las robadas u obtenidas mediando violencia.

Los requisitos para la adquisición de la propiedad por usucapión serán, además de estar en posesión de la cosa: 1) existencia de una *iusta causa*, es decir, un acto jurídico válido por el cual un sujeto cree transfe-

⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 212. GAYO, *Instit.*, 2.45-47: «Pero acontece algunas veces que aun cuando alguien posea de buena fe cosa ajena, no procede respecto a él la usucapión; por ejemplo, el que posee una cosa hurtada u obtenida por la fuerza, pues la *Ley de las XII Tablas* prohíbe que sea usucapida la cosa furtiva, y las leyes *Iulia et Plautia* (años 46 y 63 a. C.) la arrebatada por la fuerza. Tampoco admiten usucapión los predios provinciales».

⁴⁶⁷ Por ejemplo, por seguir un procedimiento erróneo de adquisición de la propiedad de una *res Mancipi* a través de la realización de la simple *traditio*, por lo que se posee un bien pero no se adquiere de forma inmediata su propiedad. *Digesto* 41.10.5.

rir la propiedad y el otro se considera propietario (por ejemplo, por el empleo de la compraventa, la donación, un legado, etc.); 2) la *bona fides* (buena fe), por quien considera que recibe la cosa directamente del propietario, aunque realmente no fuese así⁴⁶⁸; y 3) el transcurso de un periodo de tiempo concreto (uno o dos años), tras lo cual el poseedor se convierte en pleno propietario por *usucapio*.

B) *La longi temporis praescriptio* es un medio específico para defender la posesión de los fundos provinciales⁴⁶⁹ a los que no se aplicaba la *usucapio*⁴⁷⁰, procurando a efectos prácticos una finalidad similar a ella⁴⁷¹.

Los requisitos exigidos para la eficacia de la *longi temporis praescriptio* son los mismos que en el caso de la *usucapio*: 1) buena fe; 2) justa causa; y 3) tiempo, si bien sobre esto último, los plazos serán de 10 años entre presentes (los sujetos afectados residen en la misma provincia o localidad) y 20 entre ausentes (los sujetos afectados residen en diferente provincia o localidad)⁴⁷²; y podrá recaer tanto sobre los bienes muebles como sobre los inmuebles⁴⁷³.

En el derecho postclásico se establece un sistema extraordinario de adquisición de la propiedad, llamado *longissimi temporis praescriptio*, por el transcurso del tiempo —establecido en 40 años por Constantino y reducido a 30 años por Teodosio II— sin necesidad de que concurren la buena fe y la justa causa⁴⁷⁴.

⁴⁶⁸ Por otra parte, la buena fe se exige únicamente desde el momento en que se empieza a poseer la cosa, así como que ésta debía existir al comienzo de la posesión, dudándose entre los jurisconsultos si debía durar durante todo el proceso de la usucapio o bastaba la buena fe inicial.

⁴⁶⁹ PETIT, E., *op. cit.*, p. 273.

⁴⁷⁰ GAYO, *Instit.*, 2.46.

⁴⁷¹ No supone un medio de adquisición de la propiedad de un bien, sino de defensa. Su denominación de *praescriptio*, es debida a que se incluía en la fórmula (*el agere per formulam* es el procedimiento típico del período).

⁴⁷² Rescripto de Caracalla: «La prescripción de prolongada posesión (*longi temporis praescriptio*) para aquellos que tuvieran justo título y estuvieron en la posesión sin contradicción se establece en el número de 20 años en contra de aquellos que habitan en otra ciudad y en el de 10 contra los que habitan en la misma». ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp.482-483.

⁴⁷³ *Codex* 7.398 pr.

⁴⁷⁴ DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *op. cit.*, p. 173; MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 184.

3.2.7.3. En Derecho justiniano. En la época justiniana, las diferencias entre *res Mancipi*, *nec Mancipi*, fundos itálicos, fundos provinciales, etc., van a desaparecer, de tal manera que ya no resultará necesario mantener esa diferenciación entre *usucapio* y *praescriptio*.

A partir de ahora se fusionan ambas y va a existir solo la *usucapio*, añadiendo a los anteriores requisitos, otro más como sería el de la consideración de *res habilis* el objeto que pretenda adquirirse⁴⁷⁵.

Además se van a adoptar los plazos establecidos para la *longi temporis praescriptio*, estos es, para los bienes inmuebles, 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes, y de tres años para los muebles⁴⁷⁶.

3.3. Modos derivativos de adquisición. Este tipo de adquisición, a diferencia de las formas originarias, engloba comprende las diferentes vías a través de las cuales se traslada la propiedad de una de las partes a otra previo acuerdo entre ellas.

3.3.1. Mancipatio. Se trataba de un negocio muy antiguo y formal que tenía como objetivo la transmisión inmediata de la propiedad de las cosas *Mancipi*. Es un negocio muy formal en el que cinco o más testigos que son ciudadanos romanos y púberes, más otro que sostiene una balanza de cobre y se pronuncian unas palabras⁴⁷⁷.

Desde la época clásica la *mancipatio* parece haber dejado de utilizarse progresivamente hasta llegar a la compilación justiniana donde no hay rastro de la misma⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Es decir, que sea *res intra commercium*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 298-299.

⁴⁷⁶ La regulación justiniana es la más parecida a la que adoptó, y sigue vigente, el Código civil español, que nunca la denomina «usucapión» sino «prescripción del dominio y demás derechos reales» en artículos 1940 a 1960 que la desarrollan. Según el primero: «Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley».

⁴⁷⁷ «Yo afirmo que este esclavo me pertenece en derecho de quirites y que lo compro con este cobre y con esta balanza de cobre; después golpea la balanza con el cobre y da ese cobre como precio al comprador». GAYO, *Instit.*, 1.119-122. ORTEGA, A., *Derecho privado. cit.*, p. 169.

⁴⁷⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 294; PETIT, E., *op. cit.*, p. 262. También se utilizó este mecanismo para otros propósitos como llevar a cabo una donación, constituir una dote, e incluso adquirir la *manus* sobre la mujer o emancipar al hijo.

3.3.2. *In iure cessio*. Era otra forma de transmitir la propiedad sobre un bien ya sea *mancipi* o *nec Mancipi*. Al igual que en el caso de la *mancipatio* se trataba de un medio solemne y formal consistente en que se simula la celebración de un juicio en que se reclama la propiedad de un objeto a través de la *rei vindicatio*.

En él, el sujeto que adquirirá finalmente la cosa (demandante), simulaba que la reclamaba como si realmente tuviera el dominio sobre ella y el que la transmitía (demandado), callaba, produciéndose la transmisión definitiva de la propiedad⁴⁷⁹. No existió en la época justiniana⁴⁸⁰.

3.3.3. *Traditio*. Se trata de una forma no solemne⁴⁸¹, típica de la época clásica⁴⁸², con la finalidad, al igual que en los casos anteriores, de transmitir la propiedad de la cosa que se entrega⁴⁸³, en este caso, *nec Mancipi*⁴⁸⁴, con la mera existencia de *intencionalidad*, *iusta causa*⁴⁸⁵ y permitida por el Derecho⁴⁸⁶.

En época justiniana se utilizará este medio tanto para la *res Mancipi* como para la *res nec Mancipi*, pues desapareció la diferencia entre ambas clases de cosas, así como la *mancipatio* y la *in iure cesio*.

⁴⁷⁹ ORTEGA, A., *La propiedad. cit.*, pp. 143 y ss. Todo el acto se realiza en la fase *in iure* del litigio ante el pretor, terminando sin dar paso a la fase *apud iudicem*.

⁴⁸⁰ GAYO, *Instit.*, 2.24-25.

⁴⁸¹ *Digesto* 21.3; *D.* 41.1-2; *Codex* 7.32.

⁴⁸² Aunque parece que sus orígenes se remontan a épocas antiguas al igual que la *mancipatio* y la *in iure cesio*, sobreviviéndolos. RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 228.

⁴⁸³ El que recibía la cosa debía ponerse bajo el control del objeto, si bien no era estrictamente necesario que estuviera presente pudiendo hacerlo un esclavo en su lugar o cualquier otra persona que lo representase.

⁴⁸⁴ Si lo que se adquiriera, por ejemplo, por compraventa, era una *res Mancipi*, se tendrá sobre la misma la propiedad *bonitaria* pero no la propiedad de forma inmediata, debiendo esperar a que transcurran los plazos correspondientes de la *usucapio*.

⁴⁸⁵ *Digesto* 41.1.31 pr: «La *nuda traditio* nunca transfiere el *dominium* sino hubiese precedido venta o alguna *iusta causa* por la cual siguiese la entrega».

⁴⁸⁶ Por ejemplo, *iusta causa* es también la *donatio*, Sin embargo, una *donatio inter virum et uxorem* (marido y mujer) estaba prohibida en Roma. *Digesto* 24.1.3.10: «está prohibida la donación entre marido y mujer»

En el período clásico, la *traditio* podía llevarse a cabo de diferentes formas y con distintas denominaciones⁴⁸⁷.

3.3.3.1. *Traditio ficta o symbolica.* Este término fue empleado por los glosadores para referirse a la transmisión de la propiedad de un objeto, que se hace entregando algo que lo simboliza, por ejemplo las llaves de una bodega en relación con los vinos⁴⁸⁸, sin que pueda generarse duda alguna sobre el objeto que se está transmitiendo.

3.3.3.2. *Traditio longa manu.* En ella se señala la cosa objeto de entrega desde un lugar determinado. Por ejemplo, desde una torre, en que se puede distinguir con certeza y tenía especial relevancia o se solía utilizar cuando la cosa a entregar no se transportaba fácilmente: inmuebles o muebles muy pesados⁴⁸⁹.

3.3.3.3. *Traditio brevi manu.* El que ya tiene la cosa en su poder (depositario, comodatario, arrendatario o precarista) se hace propietario de ella por acuerdo (de venta o donación) con el que la transmite.

La entrega, en este caso, consiste simplemente en las palabras de autorización (ya que la cosa ya se tiene bajo su poder)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010, p. 193; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, pp. 296-297. La *traditio* romana pervive en el art. 609 CC ahora llamada «tradición» y es uno de los requisitos exigidos para la transmisión de la propiedad. El precepto citado indica: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

⁴⁸⁸ *Digesto* 18.1.74: «Una vez entregadas las llaves, se considerará entregada la posesión de las mercancías guardadas en los almacenes»; *D.* 41.2.1.21: «y se consideran entregados los vinos cuando al comprador le hubieren sido entregadas las llaves de la bodega».

⁴⁸⁹ *Digesto* 41.2.1.21: «Si yo le hubiere mandado al vendedor que entregue la cosa a un procurador, estando ella presente, dice Orisco que se considera que me fue entregada; porque no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y la intención; y son prueba de ello las cosas que por la magnitud de su peso no pueden ser movidas, como las columnas; porque se consideran entregadas, si en presencia de la cosa se hubiere convenido».

⁴⁹⁰ *Instituta* 2.1.44: «A veces incluso la sola voluntad del dueño, sin *traditio*, basta para transmitir la cosa, como cuando uno te hubiese vendido o donado la cosa que te prestó o arrendó; *Digesto* 12.1.9.9; *D.* 41.1.9.5: «A veces basta para transferir una cosa la nuda voluntad del dueño aun sin la entrega; por ejemplo, si yo te hubiere vendido la

3.3.3.4. *Constitutum possessorium.* Consiste en el medio por el cual, sin que exista desplazamiento material⁴⁹¹ del objeto, se produce la transferencia de su propiedad a otro sujeto. El antiguo propietario, por tanto, permanece como mero detentador de la cosa, durante un tiempo y por otro título, frente al nuevo propietario. Así sucede cuando el vendedor de un bien inmueble continúa en su posesión como arrendatario o depositario⁴⁹². El acuerdo constituye la entrega sin que haya desplazamiento material de la cosa, desde el momento en que la cosa la recibe el adquirente y no el antiguo propietario.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016; AGUDO, A., *Régimen jurídico del tesoro en derecho romano*, Madrid, 2005; ARIAS, J.A.,-ARIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BORKOWSKI, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010; BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937; COING, H., *Derecho privado europeo*, (traducción de A. Pérez), Madrid, 1996; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El Derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, 2018; FUENTESECA, M., *La formación romana del derecho de propiedad*, Madrid, 2004; GACTO, E., *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1987; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, 1998; y IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010; LÁZARO, C., *La acción negatoria*, Valencia, 2007; LOZANO, E. A., «Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones», *Proyecto social. Revista de Relaciones Laborales*, 2 (1994); MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; MOLITOR, P.-SCHLOSSER, H., *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, 1979; ORTEGA, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en el*

cosa que te di en comodato o en arrendamiento, o que deposité en tu poder; porque aunque yo no te la hubiere entregado por virtud de esta causa, sin embargo, por lo mismo que consiento que esté en tu poder por causa de compra la hago tuya»; *D.* 6.2.9.1-2; *D.* 21.2.62 pr.

⁴⁹¹ ORTEGA, A., *op. cit.*, p. 177.

⁴⁹² *Digesto* 6.1.77: «Una mujer donó -no a su marido- un fundo por carta y tomó en arrendamiento, del donatario, el mismo fundo, mantuve que puede sostenerse que compete a él la acción real». *D.* 41.2.18 pr «Lo que poseo en mi nombre lo puedo poseer a nombre de otro; porque no cambio para mí la causa de la posesión, sino que dejo de poseer, y hago poseedor a otro por ministerio mío; y no es lo mismo poseer que poseer en mi nombre de otro, porque posee aquel en cuyo nombre se posee»; *Codex* 8.53.28.

derecho romano y en el código civil, Granada, 1991; y *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015; PETIT, E., *Derecho Romano*, México D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SALAZAR, Mª., *Evolución jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén, 2003; SANSÓN, Mª.V., *La transmisión de la propiedad*, Madrid, 1998; SAVIGNY, M.F.C., *Tratado de la posesión*, Granada, 2005; SILVA, A., «La propiedad colectiva en la América precolombina y su supervivencia al derecho castellano. Breve referencia al derecho argentino», *Anuario de la facultad de Derecho 18* (2000); VENTURA, S., *Derecho romano*, México, D.F., 1978; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991; WATSON, A., *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968.

CAPÍTULO VIII

LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO ROMANO

Sumario: 1. Configuración de la servidumbre romana. 1.1. Aproximación. 1.2. Caracteres comunes. 1.3. Caracteres diferenciales. 1.4. Clases. 1.5. Modos de constitución. 1.6. Mecanismos de protección. 1.7. Extinción. 2. *Servitutes praediorum*. 2.1. Concepto. 2.2. Clases de servidumbres prediales. 2.2.1. *Servitutes praediorum rusticorum*. 2.2.2. *Servitutes praediorum urbanorum*. 3. *Servitutes personarum*. 3.1. Definición y clases. 3.2. *Usus fructus*. 3.2.1. Concepto y origen. 3.2.2. Derechos del usufructuario. 3.2.3. Obligaciones del usufructuario. 3.2.4. Acciones de protección del usufructo. 3.2.5. Extinción del usufructo. 3.3. El *quasi-usufructus*. 3.4. El *usus* o *ius utendi*. 3.5. *La habitatio*. 3.6. *Operae servorum et animalium*. Indicación bibliográfica.

1. CONFIGURACIÓN DE LA SERVIDUMBRE ROMANA

1.1. Aproximación. El estado ordinario y deseable de la propiedad es el de estar plenamente libre, es decir, que procurase al propietario todas las ventajas que ella tolera.

Pero, en ocasiones, ciertas facultades como el derecho a usar una cosa –*ius utendi*– o el derecho a obtener sus rendimientos –*ius fruendi*– están, en todo o en parte, separados de la propiedad que se encuentra, así, disminuida en cuyo caso se encuentra gravada por un derecho real limitado (de goce), sobre la propiedad ajena, como es la servidumbre⁴⁹³.

La servidumbre (*servitutes*) implica⁴⁹⁴, por una parte, la restricción a la propiedad, y por otra, la existencia un derecho real por parte de su beneficiario, sobre una cosa que es propiedad de otro, *iura in re aliena*⁴⁹⁵.

1.2. Caracteres comunes. Pueden ser las servidumbres, prediales (*servitutes praediorum*) y personales (*servitutes personarum*), existiendo una serie de notas características que son comunes a ambas modalidades⁴⁹⁶:

⁴⁹³ ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016, pp. 187-228, contiene un estudio actual de los derechos reales de goce.

⁴⁹⁴ El vigente art. 530 CC la define con suma sencillez: «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente».

⁴⁹⁵ *Instituta* 2.3.

⁴⁹⁶ GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª edizione, Napoli, 2011, pp. 706-709,

1ª) Toda clase de servidumbre debe producir alguna utilidad –*utilitas*– para una persona o para un fundo⁴⁹⁷ que es la razón de su existencia.

2ª) No puede constituirse servidumbre sobre cosa propia –*nemini res sua servit*–, ya que resulta de todo punto innecesario pues todas las ventajas que puede obtener el propietario se encuentran ya incluidas en su derecho de propiedad⁴⁹⁸.

3ª) La servidumbre es un derecho real, no una obligación o derecho de crédito. En las obligaciones, es el deudor quien debe hacer algo a otra persona con la que contrajo el crédito. En los derechos reales, esto no es así; en la servidumbre, el propietario del fundo sirviente (es decir, del fundo sobre el que se ha constituido la servidumbre) no está obligado a hacer algo, sino únicamente a permitir el ejercicio del derecho de servidumbre por parte del dueño del predio dominante –*servitus in faciendi consistere nequit*–⁴⁹⁹.

4ª) La servidumbre es una relación entre una persona y una cosa determinadas, o entre dos fundos determinados; por ello es *inalienable*⁵⁰⁰.

5ª) En el caso de las servidumbres prediales, si bien en las fuentes no se exige que los fundos –sirviente y dominante– sean contiguos, sí se incide en, al menos, su proximidad⁵⁰¹.

GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 16ª edición, Madrid, 2008, pp. 70 y ss.

⁴⁹⁷ *Digesto* 8.1.15: «Cuando las servidumbres no son a favor de los hombres, ni de los predios, porque nada interesa a los vecinos, no son válidas». Aquí, POMPONIO, nos está diciendo que es necesaria una utilidad, un interés bien en beneficio de una persona (servidumbre personal) o bien de un fundo (servidumbre predial) para que pueda constituirse válidamente una servidumbre, de lo contrario sería nula.

⁴⁹⁸ *Digesto* 8.2.26: «Ninguno de los dueños puede contra la voluntad de otro (este caso es de la copropiedad o condominio, es decir, cuando una cosa pertenece a varias personas, llamadas copropietarios o condóminos) hacer cosa alguna por derecho de servidumbre en la propiedad común, ni prohibir que otro la haga, porque a nadie le presta servidumbre su propia cosa».

⁴⁹⁹ *Digesto* 8.1.15.1: «No es la naturaleza de la servidumbre que alguien haga alguna cosa, por ejemplo, levante jardines o proporcione una vista más amena, no; sino que tolere alguna cosa o no la haga».

⁵⁰⁰ *Digesto* 33.2.1: «No se puede legar ni el uso ni el usufructo de la servidumbre, porque no puede haber servidumbre de servidumbre».

⁵⁰¹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza),

1.3. Caracteres diferenciales. En cuanto a las diferencias entre las servidumbres personales y prediales, destacaremos las siguientes⁵⁰²:

1ª) Las servidumbres personales se establecen sobre un bien en beneficio de una persona concreta⁵⁰³. Las servidumbres prediales se constituyen sobre un bien inmueble (fundo sirviente) en beneficio de otro inmueble (fundo dominante o principal).

2ª) Las servidumbres personales son temporales, es decir su duración máxima va a ser la vida del titular del derecho, extinguiéndose a su muerte. Las prediales van a ser perpetuas, es decir, independientes de la vida del dueño del fundo dominante en este caso.

3ª) Las servidumbres personales pueden tener como objeto bienes muebles o inmuebles indistintamente. Las servidumbres prediales tendrán como objeto únicamente bienes inmuebles.

1.4. Clases. Entre las servidumbres cabe distinguirse entre: a) servidumbres personales, que son aquellas constituidas sobre una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada; y b) servidumbres prediales, que se constituyen en beneficio de un fundo (dominante o principal) sobre otro fundo (sirviente)⁵⁰⁴.

Las servidumbres personales, a su vez, pueden ser de cuatro tipos: El usufructo (*ususfructus*), el uso (*usus*), la habitación (*habitatio*) y el trabajo de esclavos o animales (*operae servorum et animalium*). Por su parte, las servidumbres prediales podían ser de dos modalidades, rústicas (*praediorum rusticorum*) y urbanas (*praediorum urbanorum*)⁵⁰⁵.

Madrid, 1991, página 417.

⁵⁰² PETIT, E., *Derecho romano*, México D.F., 2006, pp. 278 y ss.

⁵⁰³ Art. 351 CC: «También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada».

⁵⁰⁴ *Digesto* 8.1.1: «Las servidumbres, o son personales, como el uso y el usufructo, o son reales, como los predios rústicos y urbanos».

⁵⁰⁵ Hoy, los derechos reales de usufructo, uso y habitación, tienen una regulación legal autónoma y diferenciada (arts. 467 al 529 CC) de las servidumbres (arts. 530 al 604 CC) y por tanto, no se incluyen, como ocurría en el Derecho romano, dentro de la categoría de las servidumbres personales.

1.5. Modos de constitución. Los modos de constituirse las servidumbres romanas⁵⁰⁶ van a ser diferentes según la clase de servidumbre a la que se haga referencia, por lo que, en este apartado vamos a enumerarlos de forma genérica, es decir, los diversos modos de crearse o de originarse las servidumbres, variarán según cada caso, siendo, de forma resumida, los siguientes⁵⁰⁷:

a) Por un acto *inter vivos* como por ejemplo sucede, cuando se constituye como fruto del acuerdo entre el dueño de un fundo y un tercero⁵⁰⁸.

b) Unilateralmente, a través de un acto *mortis causa* como sería, por ejemplo, un legado⁵⁰⁹.

c) Por decisión judicial, por ejemplo, en actos de división de una copropiedad, compensando esa división⁵¹⁰.

d) Por el ejercicio continuado durante un tiempo, conocida también como prescripción adquisitiva⁵¹¹.

e) Por disposición legal⁵¹².

1.6. Mecanismos de protección. Como medios de protección del derecho de servidumbre se establecieron diferentes mecanismos, al margen de la interdictal que, en época justiniana fueron asimilados a los inter-

⁵⁰⁶ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, pp. 312-313.

⁵⁰⁷ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010, p. 223. Junto a otros, como los recogidos por GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993, p. 240. En la actualidad no difiere mucho el modo de constitución adquiriéndose por: a) la ley; b) la voluntad o título; c) presunción; y d) usucapición. Véase al respecto: ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, cit., pp. 204-205.

⁵⁰⁸ *Instituta* 2.3.4. Por ejemplo, a través de la *deductio*, el propietario de un fundo se reservaba una servidumbre al enajenarlo a un tercero. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, p 312.

⁵⁰⁹ *Digesto* 8.5.10 pr.

⁵¹⁰ *Digesto* 7.1.6.1.

⁵¹¹ Justiniano, reconoce la prescripción adquisitiva de todas las servidumbres, aplicando los requisitos y plazos de la *longi temporis praescriptio* en materia de inmuebles- 10 años entre presentes y 20 entre ausentes-. LÁZARO, C., *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castellón de la Plana, 2002, pp. 59 y ss., en este caso referida a adquisición prescriptiva de las servidumbres prediales.

⁵¹² En los artículos 537 al 542 CC se desarrolla una sección bajo el epígrafe: «De los modos de adquirir las servidumbres», según las modalidades de servidumbre.

dictos posesorios⁵¹³. El propietario del fundo dominante dispondrá de la *vindicatio servitutis*⁵¹⁴ en la época clásica y de la *actio confessoria* en época justiniana, con la finalidad de mantener ese derecho.

El propietario del fundo sirviente, tiene la *actio negatoria*⁵¹⁵, cuyo fin es el de negar que sobre su fundo recaiga un derecho de servidumbre.

1.7. Extinción. Las fuentes aprecian tres tipos de causas de terminación de la servidumbre⁵¹⁶: objetivas, subjetivas y temporales⁵¹⁷.

Causa objetiva podría ser la destrucción del predio dominante o sirviente⁵¹⁸, o declararse cualquiera de ellos –o ambos– como *res extra commerciu*, o por muerte del titular de una servidumbre personal.

Es causa subjetiva, por ejemplo, la *confusio*⁵¹⁹, cuando la propiedad de los predios –dominante y sirviente– recaen en una misma persona, cumpliéndose el principio –*nemini res sua servit*– o lo que es lo mismo, no puede constituirse una servidumbre sobre cosa propia, o, por ejemplo, cuando se renuncia al derecho.

Causa temporal sería, por ejemplo, el *non usus*⁵²⁰ durante dos años, en la época clásica pues se supone que durante ese tiempo la servidumbre no reporta la *utilitas* requerida para su existencia⁵²¹.

2. SERVITUTES PRAEDIORUM

2.1. Concepto. Las «servidumbres prediales» son derechos de servidumbre consistentes en que un fundo tiene un derecho (fundo dominante o principal) sobre otro (fundo sirviente)⁵²². Derechos que al pertenecer

⁵¹³ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, 318.

⁵¹⁴ *Instituta* 4.6.2.

⁵¹⁵ *Instituta* 4.6.2; *Digesto* 7.6.5.6. Véase la monografía de, LÁZARO, C., *La acción negatoria*, Valencia, 2007, páginas 72 y siguientes.

⁵¹⁶ GUARINO, A., *op. cit.*, pp. 721-722; IGLESIAS, J., *op. cit.*, pp. 224-225.

⁵¹⁷ PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, pp. 391-392.

⁵¹⁸ *Digesto* 7.4.23.

⁵¹⁹ *Digesto* 8.4.9; *D.* 8.6.1.

⁵²⁰ *Digesto* 8.2.6.

⁵²¹ En Derecho justiniano se amplía el plazo fijándose en los 10 años entre presentes y elevándose hasta los 20 años entre ausentes.

⁵²² *Instituta* 2.3.3: «Por eso estas servidumbres se llaman prediales, porque sin predios no pueden constituirse».

a los fundos van a permanecer inalterables y perpetuamente con independencia del dueño en cada momento de los distintos fundos⁵²³.

2.2. Clases de servidumbres prediales. Las prediales se puede dividir a su vez en otros dos grupos de servidumbres⁵²⁴ como son las *servitutes praediorum rusticorum*⁵²⁵ y las *servitutes praediorum urbanorum*⁵²⁶.

2.2.1. Servitutes praediorum rusticorum. Estas responden a exigencias agrícolas de la producción de frutos. Entre ellas cabe destacar las siguientes⁵²⁷: 1) Servidumbres de paso: a) *iter*, si es un derecho a pasar a pie o a caballo; b) *ductus*, para conducir el ganado; c) *via*, para transportar materiales en carro por una vía romana. 2) Servidumbres de acueducto (*servitus aquaeductus*)⁵²⁸, consistente en la conducción de agua a través del fundo sirviente; 3) servidumbre de navegación (*servitus navigandi*), derecho a atravesar navegando sobre el agua el fundo ajeno⁵²⁹.

2.2.2. Servitutes praediorum urbanorum. Las servidumbres prediales urbanas se refieren a la altura, construcción, iluminación o vistas en favor de un edificio. Destacan entre esta modalidad, las siguientes:

⁵²³ En el vigente Código civil español, la práctica totalidad de las muchas que regula bajo el epígrafe de «servidumbres legales» (arts. 549 al 593 CC) o de «servidumbres voluntarias» (594 al 602 CC), son servidumbres prediales, puesto que se constituyen sobre predios: fincas y edificios. No obstante, nuestro Código confunde los términos y llama servidumbres legales a lo que son «limitaciones del dominio», que no son servidumbres. De otro lado, tan solo son hoy servidumbres personales «típicas» las de los artículos 603 y 604 CC, que se incluyen en el Código dentro de las servidumbres voluntarias. Aunque se han reconocido otras servidumbres personales «atípicas» como: el derecho a presenciar festejos desde un balcón (STS 30-11-1908); el derecho a labrar y sembrar en terreno ajeno (STS 20-10-1919); el palco o butaca de un teatro, la caza o pesca y ciertas formas de publicidad. ACEDO PENCO, A., *Derechos reales*, cit. p. 208.

⁵²⁴ GARCÍA-GARRIDO, M.J., *op. cit.*, pp. 193-195; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, pp. 199-200.

⁵²⁵ *Digesto* 8.3.2 pr.

⁵²⁶ *Digesto* 8.4.1 pr: «Predios urbanos llamamos exactamente a los edificios, sobre los que, por lo demás, pueden también igualmente constituirse servidumbres urbanas, aunque tales edificios estén en granjas»; *D.* 8.2.2; *D.* 8.2.12.

⁵²⁷ *Digesto* 8.3.1 pr-1: «Las servidumbres de los predios rústicos son éstas: *iter, actus, via, aquaeductus*».

⁵²⁸ *Codex* 11.43.

⁵²⁹ PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A.E., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, 1999, páginas 238-239.

1) Servidumbres de luces y vistas (*iura luminum*), que tienen como finalidad la de asegurar las vistas y luces en el fundo dominante para que no pueda construir más de cierta altura el propietario del fundo vecino (*servitus altius non tollendi*)⁵³⁰, o el derecho a abrir en favor del fundo dominante ventanas sobre un muro ajeno (*servitus luminis inmittendi*); o el derecho a que el propietario del fundo sirviente no nos reste luminosidad por cualquier tipo de construcción (*servitus ne luminibus officiatur*).

2) Servidumbres de apoyar muros en una construcción vecina (*servitus oneris ferendi*)⁵³¹, a introducir vigas en el fundo vecino (*servitus tigni inmittendi*)⁵³², o derecho a sobrevolar con construcciones la casa del vecino, como a través de balcones (*servitus proiciendi*)⁵³³.

3) Servidumbres referidas al descargue de aguas en la casa vecina, como, por ejemplo, la *servitus stilicidii*⁵³⁴, si tenemos el derecho a descargar el agua caída de la lluvia a través de conducciones sobre la casa del vecino; o la *servitus cloacae*⁵³⁵, si lo que se permite es pasar por el fundo vecino canales de aguas residuales.

3. SERVITUTES PERSONARUM

3.1. Definición y clases. Las servidumbres personales, tal como se anticipó, son derechos al margen de la propiedad, que puede recaer sobre una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada.

Al gravar fuertemente al propietario de la cosa, van a tener una duración temporal, extinguiéndose al tiempo que muera la persona que las disfruta, no siendo posible, por ello, su transmisión a los herederos.

Durante mucho tiempo, y hasta Justiniano, únicamente se conocían en este tipo de servidumbres personales: el usufructo y el uso. A partir de Justiniano, se considerarán también como servidumbres personales la *habitatio* y la *operae servorum et animalium*.

⁵³⁰ Cabía también la *servitutes altius tollendi* que facultaba al dueño del fundo beneficiario edificar pasada cierta altura.

⁵³¹ *Digesto* 8.2.33; *D.* 8.5.6.2-3.

⁵³² *Digesto* 47.3.

⁵³³ *Digesto* 50.16.242.

⁵³⁴ *Digesto* 8.2.173; *D.* 8.2.20.3.

⁵³⁵ *Digesto* 43.23.

3.2. *Usus fructus*. Se trata de la servidumbre personal más importante y que más grava al nudo propietario, por lo que se dedicará más atención que al resto de servidumbres personales.

3.2.1. *Origen y definición*. El usufructo debió surgir a mediados del siglo II a. C., fecha en que la difusión del matrimonio *sine manu* habría obligado a encontrar una respuesta a la falta de derechos sucesorios de la mujer en la familia del marido, pudiendo encontrarse, a la muerte de éste sin recursos económicos que le permitieran afrontar su vida posterior⁵³⁶. Con la aparición y consolidación del usufructo, acabará recibiendo el disfrute de bienes suficientes y los hijos la nuda propiedad sobre ellos. En la actualidad, sigue plenamente en vigor⁵³⁷.

El jurisconsulto romano PAULO definió el usufructo (*usus fructus*) como «el derecho a usar y disfrutar de las cosas que pertenecen a otro sin alterar su sustancia»⁵³⁸.

Por tanto, puede decirse que es el derecho a usar la cosa de otro (*ius utendi*) y percibir los frutos (*ius fruendi*), es decir, los rendimientos, sin alterar la sustancia –*salva rerum substantia*⁵³⁹– que implica no modificar el destino económico de la cosa⁵⁴⁰ incluso aunque ello, en principio, pudiera significar un beneficio económico para el nudo propietario⁵⁴¹.

El propietario de la cosa gravada con esta servidumbre, únicamente va a tener la nuda propiedad (*nuda proprietas*) sobre la cosa⁵⁴², es decir, el

⁵³⁶ Recuérdese que la mujer que contrajo matrimonio *cum manu* a la muerte de su marido –*pater*– entraba en la sucesión de la herencia como una hija más, pudiendo así recibir bienes y patrimonio suficiente para su sustento. MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 201.

⁵³⁷ Su régimen legal está ampliamente regulado en los artículos 467 al 522 CC. Según el art. 468 CC: «El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción».

⁵³⁸ *Digesto* 7.1.1.

⁵³⁹ GUARINO, A., *op. cit.*, 730-731.

⁵⁴⁰ El Código Civil español, en su vigente artículo 467, recoge básicamente esta idea, si bien con carácter más amplio, y fuera de la regulación de las servidumbres, como se ha avanzado, al establecer que: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia –hasta aquí, básicamente igual que la definición de PAULO, si bien continua indicando– a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa».

⁵⁴¹ Por ejemplo, convertir en regadío un terreno de secano.

⁵⁴² Al titular de la *nuda proprietas* le quedaba el derecho a disponer de la cosa y go-

simple título de propietario (nudo propietario), puesto que el uso y la adquisición de los frutos, serán de provecho del usufructuario (persona que tiene el derecho de usufructo) y denominado en Roma como: *fructuarius, usufructuarius, dominus usufructus*.

3.2.2. Derechos del usufructuario. El titular del derecho de usufructo, llamado usufructuario⁵⁴³, en su condición de tal, puede obtener los siguientes beneficios⁵⁴⁴: *a) ius possidendi* del bien gravado para ejercer su derecho⁵⁴⁵; *b) ius utendi* o derecho a percibir la utilidad del bien⁵⁴⁶; y *c) ius fruendi* o el derecho a obtener los frutos (civiles o naturales)⁵⁴⁷.

3.2.3. Obligaciones del usufructuario. Serán obligaciones⁵⁴⁸ del usufructuario⁵⁴⁹: *a) la no alteración de la sustancia o destino económico del bien*⁵⁵⁰; *b) la devolución de dicho bien una vez haya finalizado el usufructo*; *c) realizar en la cosa usufructuada los gastos de su conservación (modica refectio)*⁵⁵¹; y *d) el pago de los impuestos que graven la cosa*⁵⁵².

3.2.4. Acciones de protección del usufructo. Para la defensa del derecho de usufructo, al margen de los interdictos posesorios, el beneficiario del

zarla solo en los límites en que no obstaculizase el *usus* y el *fructus* del usufructuario. También tiene el *ius abutendi* sobre la cosa que le permitía transmitirla o enajenarla.

⁵⁴³ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª edición, Pamplona, 1997, pp. 263-264; MIQUEL, J., *op. cit.*, pp. 203-204.

⁵⁴⁴ El art. 470 CC establece que: «Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes». Los artículos 471 al 490 CC desarrollan los «derechos del usufructuario».

⁵⁴⁵ Dispone de los interdictos *posesorios utrubi, unde vi, unde vi armata y uti possidetis*.

⁵⁴⁶ *Digesto* 7.1.12.1.

⁵⁴⁷ Así, los frutos naturales, las crías de los animales, etc. *Digesto* 7.1.12.1; *D.* 7.1.59.1. No se comprenderá rendimiento de usufructo en favor del usufructuario el parto de la esclava (*D.* 22.1.28.1).

⁵⁴⁸ VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 426.

⁵⁴⁹ Los artículos 491 al 512 CC especifican las «obligaciones del usufructuario».

⁵⁵⁰ *Digesto* 7.1.13.4-8.

⁵⁵¹ *Digesto* 7.1.7.2; *D.* 7.1.18. Artículo 486. El usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario

⁵⁵² *Digesto* 7.1.52.

mismo, esto es, el usufructuario, dispondrá de la *vindicatio ususfructus* contra el nudo propietario que le impide el ejercicio del usufructo⁵⁵³.

3.2.5. Extinción del usufructo. El derecho de usufructo se extingue o finaliza⁵⁵⁴ por diversas causas tales como las siguientes⁵⁵⁵:

a) La muerte del usufructuario, pues como máximo se entiende que este derecho resulte vitalicio, es decir, mientras viva el beneficiario del derecho, no pasando éste a sus herederos⁵⁵⁶. Cuando este usufructo se hubiera constituido en favor de una persona jurídica, ya que éstas suelen ser perpetuas, su duración será de 100 años como máximo⁵⁵⁷.

b) Por *capitis deminutio* del usufructuario, es decir, la muerte civil (que no física) de la persona, teniendo el mismo efecto que la muerte física.

⁵⁵³ D'ORS, A., *op. cit.*, pp. 266-267. También el Código civil contempla una acción específica en su artículo 486, al indicar que: «El usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario».

⁵⁵⁴ PETIT, E., *op. cit.*, pp. 289-293.

⁵⁵⁵ Establece al respecto el actual artículo 513 CC que: «El usufructo se extingue: 1º. Por muerte del usufructuario. 2º. Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3º. Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4º. Por la renuncia del usufructuario. 5º. Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6º. Por la resolución del derecho del constituyente. 7º. Por prescripción».

⁵⁵⁶ *Digesto* 7.4.3.3: «No admite duda, que también por la muerte se pierde el usufructo, porque el derecho de disfrutar se extingue con la muerte, lo mismo que otro cualquiera que sea inherente a la persona».

⁵⁵⁷ *Digesto* 7.1.56: «Se preguntó, si por razón del usufructo deba darse acción a los de un municipio; porque parecía que había peligro de que se hiciera perpetuo, porque no puede extinguirse por la muerte; por cuya razón la propiedad habría de ser inútil estando separado siempre el usufructo. Pero sin embargo surge la siguiente duda: ¿hasta cuándo habrían de ser mantenidos los ciudadanos del municipio en este usufructo? Y plugo que los del municipio han de ser amparados en él 100 años, porque éste es el término de la vida de un hombre de larga vida».

c) Por el no uso de la cosa⁵⁵⁸, es decir, el usufructuario no lleva a cabo los actos propios del derecho de usufructo durante los mismos plazos que los establecidos para la *usucapio* o la *longi temporis praescriptio*⁵⁵⁹.

d) La pérdida de la cosa sometida al derecho de usufructo, es decir que sufra un daño tal que le impida que al usufructuario percibir los habituales beneficios de la misma *—mutatio rei—*⁵⁶⁰.

e) Por renuncia del usufructuario en beneficio del nudo propietario que, a partir de entonces, pasará a convertirse en pleno propietario.

f) La consolidación o la adquisición por el usufructuario de la plena propiedad de la cosa que se encontraba usufructuada.

g) La llegada del tiempo fijado para el usufructo o por el cumplimiento de una condición resolutoria, cuando se estuviere sometido a ella.

3.3. El quasi-usufructus. En principio, dado que, como se vio, el usufructuario no puede alterar la sustancia del objeto sobre el que recae su derecho, entre otras cosas, porque deberá devolverlo al nudo propietario al finalizar su derecho, tal usufructo no puede recaer sobre bienes consumibles (frutos naturales, vino, dinero, etc.) porque no pueden disfrutarse sin alterar su sustancia⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *Digesto* 7.8.10 pr.

⁵⁵⁹ Por ejemplo, en la época arcaica, más de un año para las cosas muebles, o más de dos sobre los bienes inmuebles.

⁵⁶⁰ *Digesto* 7.4.5.2: «Está establecido, que por mutación de la cosa parece el usufructo; por ejemplo, si se me legó el usufructo de casas, y las casas se arruinaron o quemaron»; *D.* 7.4.10.2: «Asimismo, legado el usufructo de un campo o de un lugar, si se inundare, de suerte que sea ya estanque o laguna, se extinguirá el usufructo». Si la transformación de la cosa es temporal y ésta vuelve a su estado primitivo, el derecho de usufructo revive (si no han transcurrido uno año o dos años -mueble o inmueble- que extingue el derecho por el no uso, según ya se ha expuesto).

⁵⁶¹ En la actualidad, el cuasiusufructo, o usufructo sobre cosas consumibles, se regula en los artículos 481 y 482 CC. Según el primero: «Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia». Y a tenor del segundo: «Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen

Sin embargo, podía suceder que un testador legara el usufructo de todos sus bienes; incluyendo cosas consumibles. En este sentido, a través de un senadoconsulto, tal y como relata ULPIANO, se decidió que se pudiese legar el usufructo de «*todas las cosas que componen el patrimonio*», lo que suponía la inclusión de bienes consumibles⁵⁶².

Por ello y, teniendo en cuenta que no podía, de esta manera constituirse un verdadero usufructo, se concedió al legatario una situación parecida denominada *cuasi usufructo*, recibiendo la cosa en plena propiedad, con la obligación de devolver (por ejemplo, los herederos a la muerte del *quasi-usufructuario*) la misma cantidad y en la misma calidad de tales cosas⁵⁶³ constituyéndose, de hecho, por su contenido, en un préstamo de consumo.

3.4. El usus o ius utendi. Para los romanos, el *usus* era el ya visto *ius utendi* o «derecho de uso», o a obtener el uso o utilidad de una cosa pero sin recibir ningún fruto⁵⁶⁴ pues el usuario no es usufructuario⁵⁶⁵.

Por tanto, el usuario tiene un derecho mucho más restringido que el usufructuario sobre un bien, pudiendo usar la cosa, pero no arrendarla, por ejemplo y debiendo conservarla en su estado⁵⁶⁶.

dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

⁵⁶² *Digesto* 7.5.1: «Determinó el Senado, que pueda legarse el *usufructo* de todas las cosas que constase existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo senadoconsulto parece que se introdujo, que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen o se disminuyen por el uso». Con respecto al dinero: *D.* 7.5.2.1.

⁵⁶³ *Digesto* 7.5.7: «Si se hubiere legado el usufructo de vino, aceite o trigo, debe transferirse la propiedad al legatario y ha de exigirse de él caución de que cuando haya muerto o haya sufrido *capitis deminutio*, se restituirá cosa de la misma calidad, o , habiendo sido estimadas las cosas, se ha de dar caución por razón de la cantidad cierta; lo que es más cómodo. Lo mismo entenderemos, por supuesto, también respecto a las demás cosas que se comprenden en el uso».

⁵⁶⁴ *Digesto* 7.8.1.1: «Constituyese también el nudo uso, esto es, sin el usufructo»; *D.* 7.8.2: «Aquél a quien se dejó el uso puede usar, pero no puede usufructuar».

⁵⁶⁵ Los derechos de uso y habitación se desarrollan conjuntamente en los artículos 523 al 529 CC, si bien, define el derecho de uso, específicamente, en el art. 524.I al determinar, que: «El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente».

⁵⁶⁶ *Digesto* 7.8.23.

Según las fuentes romanas, aquel que tiene el uso tiene un derecho limitado a sus necesidades de manera que, por ejemplo, si éste recayera sobre un fundo, podrá pasearse por el mismo o si tuviera un derecho de uso sobre un rebaño de ovejas, tiene el derecho a abonar con él su tierra, pero no a percibir crías ni leche, si bien, por intervención de jurisconsultos como ULPIANO, se ampliará un poco este derecho de uso, permitiéndose, por ejemplo, además de utilizar el ganado para abonar el campo, a obtener del mismo un poco de leche y del fundo no sólo el paseo, sino también recoger algunas legumbres, frutas⁵⁶⁷.

3.5. La habitatio. Es el «derecho de habitación»⁵⁶⁸, que, en un principio sería un supuesto de *usus*, pasa a configurarse como una figura autónoma a partir del derecho justinianeo⁵⁶⁹ y suele constituirse vitaliciamente a favor de una persona, a través de un negocio jurídico *mortis causa* (al igual que el derecho de uso), atribuyéndose en su favor, la facultad de habitar una casa ajena o piezas (habitaciones) de la misma o incluso arrendarla⁵⁷⁰ (a partir de Justiniano)⁵⁷¹, configurándose como un derecho diferente del derecho de uso y del derecho de usufructo.

⁵⁶⁷ *Digesto* 7.8.12.1-2: «A quien se dio el uso, tendrá también el derecho de pasearse por el fundo, Sabino y Casio dicen, que para el uso cotidiano puede servirse, además, de la leña, y del huerto, y de las frutas y de las hortalizas y de las flores y del agua no hasta el abuso. Pero si se dejó el uso de un ganado, por ejemplo, de un rebaño de ovejas, Labeón opina que sólo se ha de usar de él para estercolar, a lo que yo opino más latamente, que también podrá usar de una moderada cantidad de leche, porque tampoco se han de interpretar tan estrictamente la voluntad de los difuntos (éste es en el caso de que el uso se constituyera por legado del testador). El vigente art. 526 CC alude al uso de un rebaño en términos similares a ULPIANO: «El que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado, podrá aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive».

⁵⁶⁸ Sobre la *Habitatio*, el *usus*, y las *operae servorum*, GARCÍA, C., *Contribución al estudio del usus, la habitatio y las operae servorum*, Jerez de la Frontera, 1995. El art. 524.II CC define actualmente el derecho de habitación en los siguientes términos: «La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia».

⁵⁶⁹ FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 254.

⁵⁷⁰ *Instituta* 2.5.5: «de acuerdo con el dictamen de Marcelo les permitimos no sólo habitar sino también arrendarla a otros».

⁵⁷¹ *Codex* 3.33.13: «Si, pues, uno hubiere dejado el derecho de habitación, nos ha parecido conveniente inclinarnos al parecer más favorable y dar al legatario también la facultad de arrendarla».

3.6. *Operae servorum et animalium.* Al igual que en los casos del *usus* y de la *habitatio*, también es un derecho que suele constituirse vitaliciamente a favor de una persona, a través de un negocio jurídico *mortis causa*, atribuyéndose en su favor, la facultad de servirse de los trabajos de un esclavo o un animal ajeno⁵⁷², pudiendo arrendarlo a un tercero.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª edición, Pamplona, 1997; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, GARCÍA, C., *Contribución al estudio del usus, la habitatio y las operae servorum*, Jerez de la Frontera, 1995; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 16ª edición, Madrid, 2008; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª edizione, Napoli, 2011; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010; LÁZARO, C., *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castellón de la Plana, 2002; LÁZARO, C., *La acción negatoria*, Valencia, 2007; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015; PETIT, E., *Derecho romano*, México D.F., 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A.E., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, 1999; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

⁵⁷² *Digesto* 7.9.5.3.

CAPÍTULO IX

LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA: FIDUCIA, PRENDA E HIPOTECA

Sumario: 1. Los derechos reales de garantía en Roma. 1.1. Concepto. 1.3. Clasificación. 2. La fiducia. 2.1. Significado. 2.2. Funcionamiento. 3. La prenda. 3.1. Concepto. 3.2. Mecanismos de protección. 4. La hipoteca. 4.1. Significado. 4.2. Modos de protección. 4.3. Régimen. 4.4. Extinción. Indicación bibliográfica.

1. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA

1.1. Concepto. Los derechos reales de garantía (*fiducia*, prenda –*pignus datum*– e hipoteca –*pignus conventum* o *hypotheca*–) son derechos reales sobre cosa ajena de características especiales y una estructura peculiar ya que, por un lado, son derechos sobre cosas (reales) en potencia y el acreedor aun siendo titular del mismo, sin embargo, no podrá ejercitarlo hasta el momento en que el deudor incumpla la obligación. Por otro lado, no son derechos reales independientes o autónomos, sino subordinados a la existencia de la obligación principal entre el deudor y el acreedor a la que garantizan⁵⁷³.

La hipoteca (*hypotheca*) y prenda (*pignus*) van a formar parte de los llamados derechos reales pretorianos y van a presentar unos caracteres diferenciadores con respecto a los demás derechos reales⁵⁷⁴ en tanto se van a constituir sobre un bien (mueble o inmueble) con la finalidad de garantizar el cumplimiento de un débito contraído por su dueño frente a un tercero⁵⁷⁵. Es por ello, justamente, por lo que se van a denominar como «derechos reales de garantía»⁵⁷⁶.

⁵⁷³ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010, p. 235.

⁵⁷⁴ Las expresiones *iura in re* o *iura in re aliena* (derecho en cosa ajena) no son propiamente romanas sino a la elaboración dogmática de los intérpretes medievales, que las acuñan, eso sí, sobre la base de expresiones contenidas en los textos romanos. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014, p. 329.

⁵⁷⁵ *Digesto* 50. 17. 23: «Más seguridad hay en una cosa que en una persona».

⁵⁷⁶ Son derechos reales de garantía, los que se establecen para asegurar el cumplimiento de una acción, concediendo al acreedor una parte del valor económico de la

1.2. Clasificación. En el período clásico, coexistirán tres medios para garantizar el cumplimiento de la obligación o la deuda, siempre que tales figuras de garantía recaigan sobre bienes o, expresado de otro modo, tres tipos diferentes de derechos reales de garantía: la *fiducia*, la prenda (*pignus datum*) y la hipoteca (*hypotheca* o *pignus conventum*).

2. LA FIDUCIA

2.1. Significado. La *fiducia cum creditore* es un medio cuya finalidad era garantizar el cumplimiento de una deuda en Roma⁵⁷⁷. Su nombre procede de *fides* referida a la buena fe. La voz *fiducia* significa confianza.

Dicho medio consiste en la transmisión de la propiedad sobre un bien⁵⁷⁸ del que es propietario el deudor fiduciante, a un tercero (acreedor fiduciario) con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo debido, acordando la restitución de la propiedad del bien –*pactum fiduciae*– una vez satisfecha la obligación⁵⁷⁹.

2.2. Funcionamiento. A la transmisión referida⁵⁸⁰, añadirán el deudor y el acreedor, un pacto de *fiducia*, por el que el acreedor fiduciario se compromete a transferir nuevamente la propiedad de la cosa al deudor una vez cumplida la prestación que se le debe por éste⁵⁸¹ (tras el pago).

Si el deudor, finalmente no llega a cumplir la prestación, podrá optar el acreedor fiduciario bien convertirse de manera definitiva en propieta-

cosa sobre la que se impone, para el caso de que dicha obligación no se cumpla. GUA-RINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª edizione, Napoli, 2011, p. 750; PANERO, R., *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, 2015, p. 458.

⁵⁷⁷ GAYO, *Instit.*, 2.60.

⁵⁷⁸ Dado que se trata de una época en que existía la diferenciación entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, deberá emplearse el mecanismo de transmisión de la propiedad oportuno según el bien (*traditio*, *mancipatio* o *in iure cessio*).

⁵⁷⁹ FERCIA, R., *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae*, Napoli, 2012, pp. 186 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 327-328.

⁵⁸⁰ A través de los mecanismos de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*.

⁵⁸¹ En este caso, el deudor volverá a recuperar la propiedad de la cosa poseyéndola durante un año (*usureceptio*). Así lo recoge GAYO, *Instit.*, 2.59: «Aún, todavía, existen otras causas por las que se puede usucapir una cosa a sabiendas de que es ajena, pues quien por razón de garantía transmite a otro una cosa mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, puede usucapirla si la poseyera él mismo durante un año, aunque fuera inmueble. Esta especie de usucapición se llama *usureceptio*, porque recuperamos por usucapición lo que en otro tiempo nos perteneció». PANERO, R., *op. cit.*, p. 458.

rio de la cosa entregada en concepto de garantía bien en hacer uso del *ius distrahendis*⁵⁸² subastando el objeto y extinguiéndose la deuda con la obtención del dinero equivalente a la misma, debiendo restituir al deudor fiduciante la suma sobrante (*superfluum*)⁵⁸³ si la hubiere.

La *fiducia* desaparecerá al tiempo de cesar la distinción entre *mancipatio* e *in iure cesio* que será de forma definitiva ya en época justiniana.

3. LA PRENDA (*PIGNUS DATUM*)

3.1. Concepto. El contrato de prenda o *pignus* (real, de buena fe y bilateral imperfecto y de fecha incierta), va a consistir en la entrega de la posesión por parte de una persona (deudor pignorante) o un tercero en su nombre al acreedor (acreedor pignoraticio), a título de prenda⁵⁸⁴, es decir en garantía del cumplimiento de una obligación principal⁵⁸⁵.

La cosa cuya posesión se entrega en prenda, puede ser un bien mueble o un bien inmueble⁵⁸⁶ y el acreedor se obligará a devolverla tras el cumplimiento o pago del deudor. No se requería, a diferencia de lo que sucedía en la *fiducia*, que el deudor fuera propietario de la cosa⁵⁸⁷, pues aquí sólo se obligaba a transmitir su posesión⁵⁸⁸.

3.2. Mecanismos de protección. El acreedor pignoraticio tendrá para proteger su posesión los interdictos posesorios ya que no es un mero

⁵⁸² *Digesto* 13.7.4; *Codex* 8.27.4. IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 237.

⁵⁸³ *Digesto* 13.7.42.

⁵⁸⁴ *Digesto* 50.16.238.2: «*Pignus* se llamó así de *pugnum* (puño) porque las cosas que se dan se entregan con la mano».

⁵⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado. cit.*, p. 434.

⁵⁸⁶ *Digesto* 20.1.9.1.

⁵⁸⁷ *Digesto* 13.7.35. 1: «La prenda transfiere al acreedor la sola posesión, quedando el deudor la propiedad; mas, puede el deudor usar de su cosa así en precario, como en arrendamiento».

⁵⁸⁸ GUARINO, A., *op. cit.*, p. 757. Si bien los artículos 1857 a 1862 del vigente Código civil regulan aspectos comunes a la prenda y la hipoteca, serán los arts. 1863 al 1873 bis los que se refieran a la prenda en exclusiva. El art. 1866.I CC aporta el concepto legal de prenda: «El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito».

detentador, pudiendo retener el bien hasta el cumplimiento por el deudor y percibiendo los frutos de la cosa en concepto de intereses⁵⁸⁹.

Sin embargo, estará obligado a no utilizar la cosa entregada (salvo mediara un acuerdo con el deudor que lo permitiera) y a conservarla en buen estado, respondiendo de su deterioro.

En el supuesto de que, finalmente, el deudor no cumpliera su obligación, el acreedor dispondrá de los mismos mecanismos y efectos ya vistos en el caso de la fiducia, pudiendo optar entre adquirir la propiedad del bien –*lex commissoria*⁵⁹⁰– que garantizaba el cumplimiento de la deuda bien vendiéndolo y cobrándose con lo obtenido en la venta, entregando al deudor la suma sobrante –*superfluum*–⁵⁹¹.

En general, como medios de protección de los derechos de las partes intervinientes, se concedieron diversas acciones. 1) Al deudor pignorante, la *actio pigneraticia*⁵⁹², contra el acreedor pignoraticio que deberá responder por el daño causado al objeto que garantiza la deuda, por ejemplo, por no conservarla en buen estado. 2) El acreedor pignoraticio tendrá, por su lado, la *actio pigneraticia contraria*, con el fin de poder solicitar el reembolso de los gastos realizados para la conservación del bien).

4. LA HIPOTECA (*HYPOTECA O PIGNUS CONVENTUM*)

4.1. Significado. Los inconvenientes de la transmisión de la propiedad en el caso de la fiducia y de los efectos propios de la prenda respecto del deudor⁵⁹³, tenían especial relevancia en los supuestos de relaciones entre el propietario de un fundo y el arrendatario del mismo⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ *Digesto* 20.1.11.1: «si alguno fuera introducido en un fundo, o en una casa, retiene la posesión por prenda hasta tanto que se le pague su dinero, puesto que por los intereses percibirá los frutos, o dándolos en arrendamiento, o percibiéndolos él mismo, y habitando»; *D.* 20.1.13 pr.

⁵⁹⁰ IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 237.

⁵⁹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 330.

⁵⁹² CARRELLI, E., *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Napoli, 1980, p. 3.

⁵⁹³ *Digesto* 13.7.9.2.

⁵⁹⁴ Los artículos 1874 a 1880 son los únicos que dedica el Código civil a la hipoteca (además de los comunes con la prenda de los arts. 1857-1862). La definición legal de hipoteca se contiene en el artículo 1876 CC: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Indica el art. 1880 CC que:

Es, precisamente en estos casos donde se establece el origen de la *hypotheca*⁵⁹⁵, pues con la finalidad de garantizar al propietario el cobro del arrendamiento, se configuró muy pronto un derecho del propietario sobre los instrumentos y ganados (*invecta e illata*)⁵⁹⁶ del arrendatario pero sin transmisión de la propiedad o posesión⁵⁹⁷ de los mismos (a diferencia de lo que sucedía en la fiducia y la prenda)⁵⁹⁸ y, por tanto sin privarle al arrendatario de sus medios de trabajo⁵⁹⁹.

La *hypotheca* o *pignus conventum* es el derecho que el deudor constituye en favor del acreedor sobre una cosa suya o de un tercero con el consentimiento de éste, para garantizar el cumplimiento de la obligación⁶⁰⁰.

4.2. Modos de protección. Este derecho del propietario del fundo (arrendador) sobre los instrumentos del arrendatario para sufragarse en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el arrendatario, se llevaría a cabo, a finales del período republicano, a través del interdicto

«La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente». Tal Ley Hipotecaria es de 8 de febrero de 1946, si bien contiene múltiples y constantes actualizaciones, la última de ellas mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo. Sobre ello, ver BERNAD, L., *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio temporal en derecho romano y derecho civil español*, Madrid, 2011.

⁵⁹⁵ Pese a que el término *hypotheca* procede del griego, parece ser que como institución jurídica tuvo en Roma un desarrollo y contenido diferente al Derecho helénico.

⁵⁹⁶ *Digesto* 20.1.9.1. Podrá recaer sobre bienes muebles o inmuebles, corporales y algunas incorpóreas (como el usufructo, *D.* 20.1.11.2.). *D.* 20.1.15 pr: «También las cosas que todavía no existen, pero que habrán de existir, se pueden dar en hipoteca».

⁵⁹⁷ Es, la forma de garantizar la deuda con desplazamiento *-pignus datum-* o no *-pignus conventum-* de la posesión sobre la cosa, pudiendo situarse la diferencia y el origen de la *hypotheca* como figura autónoma procedente de la prenda o *pignus*. MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 212.

⁵⁹⁸ *Digesto* 13.7.9.2: «Propiamente llamaron prenda a lo que pasa al acreedor, e hipoteca cuando no pasa ni aun la posesión al acreedor».

⁵⁹⁹ *Digesto* 20.2.3. La hipoteca se podrá constituir *inter vivos* –por pacto entre las partes– o *mortis causa* pero también por Ley (hipotecas llamadas *legales*).

⁶⁰⁰ ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 212. Normalmente, en su origen, recaía sobre el ganado, esclavos o aperos de labranza (*invecta et illata*) a fin de que, con ello, el arrendatario respondiera frente al arrendador del pago de la renta, pero sin producirse un desplazamiento de la posesión de tales bienes. IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 237.

*salviano*⁶⁰¹. Por medio de este interdicto se pone a disposición del dueño o arrendador de un fundo el utillaje del arrendatario como garantía del pago debido⁶⁰².

Posteriormente, en tiempos del principado, se concedió una protección más eficaz, una acción real, oponible *erga omnes*, denominada *serviana*⁶⁰³, a favor del arrendador o propietario contra el colono o cualquier tercero⁶⁰⁴ que incumple, y que tiene el efecto de un verdadero derecho real sobre las cosas sujetas al pago⁶⁰⁵, obteniendo su posesión a menos que el demandado prefiriera pagar la deuda⁶⁰⁶.

Poco a poco, dadas sus ventajas, se generalizará su uso ya que de cara a al acreedor le ofrece una garantía real pues le situaría –si el deudor no cumpliera– en una posición similar a la prenda, ya que podría hacer uso del *ius distrahendis* y vender en subasta el bien que garantiza la deuda (reembolsando, en su caso, el *superfluum*⁶⁰⁷ al deudor) o incluso adquirir su propiedad si, por ejemplo, no encontrara comprador.

En esa evolución y adecuación de esta forma de garantía real se introducirá la *actio quasi serviana* (o *hipotecaria*) en favor del acreedor hipotecario, y muy similar a la *actio serviana*.

4.3. Régimen. La *hypotheca* permite al deudor mantener la propiedad y posesión del bien que garantiza la deuda. Pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles, siempre que sean *res intra commercium* e incluso, en época justiniana, derechos como las servidumbres⁶⁰⁸.

⁶⁰¹ FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, pp. 367 y ss.; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, p. 251.

⁶⁰² GAYO, *Instit.*, 4.147:«se otorga para adquirir la posesión el interdicto llamado Salviano, a disposición del dueño de un fundo en relación con el utillaje del arrendatario con el que hubiera convenido que constituiría prenda del pago de la renta devengada (*hypotheca*)».

⁶⁰³ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, p. 442. Introducida por el jurista Servio Sulpicio (siglo I a. C.).

⁶⁰⁴ En época justiniana, al igual que sucederá con la fianza, el tercero disfrutará del *beneficium excussionis* obligando al acreedor a reclamar primero el pago al deudor.

⁶⁰⁵ ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986, pp. 329 y ss.

⁶⁰⁶ *Codex* 8.27.8.

⁶⁰⁷ *Digesto* 13.7.42.

⁶⁰⁸ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A.E., *Manual de derecho romano*, B. Aires, 1999, p. 249.

En ocasiones, la hipoteca podía garantizar varias deudas de diferentes acreedores, es decir, existiera una pluralidad de hipotecas constituidas sobre un mismo bien. En estos casos y a efectos de satisfacerse el cobro de la deuda cuando el deudor incumplía, se estableció el principio *prior tempore potior iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho)⁶⁰⁹ por el que cada acreedor iba satisfaciéndose según el orden temporal de constitución de la garantía hipotecaria⁶¹⁰. Frente a ello, hubo excepciones a través de las denominadas hipotecas privilegiadas que implicaban una preferencia en el cobro incluso siendo posteriores en el tiempo⁶¹¹.

4.4. Extinción. La hipoteca va a extinguirse por diversas causas⁶¹², además de las ya indicadas de cumplimiento de la prestación por el deudor⁶¹³ o del ejercicio del *ius distrahendis*, por el acreedor.

Tales serían los supuestos de renuncia del acreedor a su derecho, a través de la novación⁶¹⁴, también por la reunión en una misma persona de ambas cualidades de acreedor y deudor hipotecario (*confusio*) o la destrucción, o pérdida del bien sobre el que recae la hipoteca⁶¹⁵.

⁶⁰⁹ ORTEGA, A., *op. cit.*, p. 214; PETIT, E., *Derecho romano*, México D.F., 1990, pp. 303-304; IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 240. ROBLES, L.M., *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad prior tempore potior iure*, Madrid, 2004, pp. 133 y ss.

⁶¹⁰ *Codex* 8.17.3: «Si recibiste en *pignus* el fundo antes que quedase gravado a favor del Estado, como eres primero en el tiempo, así eres preferido en derecho».

⁶¹¹ IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 241. Como, por ejemplo, la preferencia de la mujer, a la hora de la restitución de los bienes dotales, sobre los bienes de su marido, tal y como se dispone en el *Codex* 8.18.12: «Nos hemos alarmado con los continuos recursos de mujeres en los que se lamentan de haber perdido sus dotes, y de que los bienes de sus maridos fueron detentados por acreedores anteriores. En su consecuencia, hemos reflexionado sobre las antiguas leyes y las hemos derogado, de suerte que tuvieran privilegios contra casi todas las acciones personales, y precedieran a otros acreedores, incluso aunque éstas fueran anteriores. Porque conviene que los maridos satisfagan con sus propios bienes a sus acreedores y no con los de la dote de la mujer, que ésta posee para su sustento y alimentación»; C. 8.17.1. Sobre la dote de la mujer, SUÁREZ, G., *La dote de la mujer romana en el derecho de sucesiones*, Orense, 1997.

⁶¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, pp. 335-336.

⁶¹³ *Digesto* 20.6.6. pr.

⁶¹⁴ *Digesto* 13.7.11.1.

⁶¹⁵ *Digesto* 20.6.8. pr. PETIT, E., *op. cit.*, p. 305.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 3ª edición, Madrid, 2016; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BERNAD, L., *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio temporal en derecho romano y derecho civil español*, Madrid, 2011; CARRELLI, E., *Sulla accessorieta del pegno nel diritto romano*, Napoli, 1980; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; FERCIA, R., *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae*, Napoli, 2012; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª edizione, Napoli, 2011; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 2010; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; PETIT, E., *Derecho Romano*, México, 2006; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A.E., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, 1999; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; ROBLES, L.M., *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad prior tempore potior iure*, Madrid, 2004; SUÁREZ, G., *La dote de la mujer romana en el derecho de sucesiones*, Orense, 1997; VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano*, (traducción de J. DAZA), Madrid, 1991; WATSON, A., *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968.

CAPÍTULO X

EL RÉGIMEN NORMATIVO DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL DERECHO ROMANO

Sumario: 1. Configuración de la sucesión hereditaria romana. 1.1. Significado. 1.2. Modos de sucesión mortis causa. 1.3. Evolución histórica. 1.4. Régimen hereditario general. 1.5. La protección del derecho hereditario. 2. La sucesión intestada. 2.1. Significado y evolución. 2.2. Etapas de la sucesión intestada. 2. El testamento. 2.1. Concepto. 2.2. Evolución de las clases de testamento. 2.2.1. Etapa arcaica. 2.2.2. Periodo clásico. 2.2.3. Periodo postclásico. 2.2.4. Etapa última. 2.3. Capacidad para testar (testamentifactio activa). 2.4. Capacidad para ser heredero (testamentifactio pasiva). 2.5. Ineficacia y revocación del testamento. 3. El legado. 3.1. Concepto de legado. 3.2. Clases de legado. 3.2.1. Legado per vindicationem. 3.2.2. Legado per damnationem. 3.2.3. Legado sinendi modo. 3.2.4. Legado per praeceptionem. 3.3. Transformación histórica de los legados. 3.4. Ineficacia y revocación de los legados. 4. Los fideicomisos. 4.1. Concepto. 4.2. Sujetos. Indicación bibliográfica.

1. CONFIGURACIÓN DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA ROMANA

1.1. Significado. El derecho de sucesiones es, desde el punto de vista objetivo, la sección del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona cuando ésta muere⁶¹⁶.

La palabra sucesión proviene de *successio*, es decir, una persona se sitúa en la posición de otra, y podía acontecer tanto fruto de un acto *inter vivos* como *mortis causa*. En el primer caso podía ser, por ejemplo, una permuta; en el segundo, la transmisión de los bienes del difunto por testamento, o cuando los herederos los reciben sin testamento. Esta segunda modalidad de suceder los bienes por causa de muerte, llamada sucesión *mortis causa*, es objeto de análisis en las siguientes páginas.

En las fuentes romanas, se dice que «la herencia –*hereditas*– no es otra cosa sino la sucesión en todo el derecho que el difunto tuviera⁶¹⁷, también aquellas que consistan en créditos pasan al heredero»⁶¹⁸. La expres-

⁶¹⁶ ARIAS, J.A.-ARIAS, J., *Derecho romano*, 18ª ed., Madrid, 1986, p. 801. ACEDO PENCO, A., *Derechos de sucesiones: el testamento y la herencia*, Madrid, 2014, pp. 19-24.

⁶¹⁷ *Digesto* 50.17.62.

⁶¹⁸ *Digesto* 29.3.27.

sión *hereditas* tiene, por tanto, dos significados: 1) conjunto de cosas corporales (*corpora*) y derechos (*iura*) que serán adquiridos por un heredero; y 2) equivale a *ius hereditatis*, es decir, derecho del heredero (*heres*) a suceder al fallecido (*de cuius*), también denominado causante.

1.2. Modos de sucesión mortis causa. Los derechos de los que es titular un individuo pasan a otro mediante la sucesión *mortis causa*⁶¹⁹ a través de uno de los dos mecanismos habituales establecidos⁶²⁰:

1º) A través del nombramiento, por el titular de los derechos, de una o varias personas que se situarán en su posición, llamada también sucesión testada, por medio del *testamentum*.

2º) Según la regulación legal, llamada también sucesión intestada o *ab intestato*⁶²¹ o *sine tabulas*. Pero únicamente se acudirá a esta segunda forma de suceder cuando no haya testamento, o este resulte nulo⁶²².

1.3. Evolución histórica. El derecho hereditario sufrió transformaciones a lo largo de los siglos, dividiéndose en tres épocas diferenciadas:

1ª) Etapa arcaica, en que este derecho se caracteriza por ser muy rígido y formal, propio del *ius civile*. 2ª) Etapa clásica, en la que el conjunto de derechos se rige por una dualidad *ius civile-ius honorarium*, en donde el papel de este último será el de suavizar o atenuar las rigideces y formalismos del primero. 3ª) Etapa justiniana, donde el derecho es más

⁶¹⁹ No todas las relaciones o derechos del *de cuius* pasarán al heredero o legatario, pues algunos se extinguen con la muerte del fallecido (como, por ejemplo, los derechos de usufructo, los de uso, mandato, sociedad, etc.) así como determinadas titularidades (tales como la condición de ser padre, tutor, marido, etc.).

⁶²⁰ GAYO, *Instit.*, 2.99; *Digesto* 50.17.7.

⁶²¹ PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, páginas 393 y siguientes.

⁶²² Suele indicarse que el testamento es una forma de suceder propia del pueblo romano sin embargo, no está clara la importancia real que pudo alcanzar la sucesión testamentaria ya que planteaba muchas complejidades técnicas y formalismos así como la importancia que pudo dar el pueblo romano al hecho de realizar testamento, y mucho se ha debatido sobre ello, teniendo en cuenta, además, que parte de la población romana estaba privada de *testamentifacito activa* hasta el *Edicto de Caracalla* de 212 d.C. ya que, hasta ese momento, sólo eran sujetos de derecho para ello los *cives* con plena capacidad jurídica *-sui iuris-* Ver en este sentido, BORKOWSKI, A., *Textbook on Roman Law*, 2ª edición, Bristol, 1997, pp. 212-213; CHAMPLIN, E., *Final Judgements: duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C.-A.D. 250*, Los Ángeles, 1991.

flexible a la vez que desaparece la dualidad *ius civile-ius honorarium*, sentando las bases del derecho hereditario actual⁶²³.

1.4. Régimen hereditario general. La herencia, objetivamente considerada, se entendía en Roma como un complejo unitario, es decir, como un solo objeto (no una suma de caudal activo y pasivo) que trasciende y que está presidida por dos conceptos fundamentales: *successio* y *heres*⁶²⁴.

Se trata de una comunidad hereditaria, denominada en época arcaica como *consortium ercto non cito*⁶²⁵, siendo un estado que surge y comprende a todos los herederos, participando cada uno en la parte que le corresponda en los créditos, deudas y patrimonio. Comunidad que terminaba a través del empleo de la *actio familiae erciscundae*⁶²⁶.

La delación de la herencia es el llamamiento a la misma (bien por testamento bien por ley). Para que alguien sea llamado *heres* – heredero– o *bonorum possessor* –poseedor del patrimonio hereditario– es necesario que exista alguna casusa de delación por la cual sea *deferida* la herencia, dándose preferencia al llamamiento testamentario frente al legal⁶²⁷.

⁶²³ La sucesión hereditaria se regula hoy en el Código civil español, con cierta amplitud, en su *título III*, que comprende los artículos 657 a 1.087. El primero de ellos, que abre sus *disposiciones generales*, establece que: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». A tenor del 658: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley». El artículo 659 establece que: «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». Según el art. 660: «Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular». Y concluyen estas *disposiciones generales* con el artículo 661 CC determinando que: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

⁶²⁴ BIONDI, B., *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, pp. 12 y ss.

⁶²⁵ SALAZAR, M^a., *Evolución jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén, 2003, páginas 55 y siguientes.

⁶²⁶ PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 398.

⁶²⁷ *Digesto* 38.6.2.

Hasta la época justiniana, tanto la sucesión testada como la intestada fueron reguladas por dos sistemas: *a)* el de la *hereditas* (propio del *ius civile*); y *b)* el de la *bonorum possessio* (establecida por el pretor)⁶²⁸.

Mientras esto sucede, la herencia, entendida como conjunto de bienes a título universal que se van a repartir según el *ius civile* o según el *ius praetorium* entre los sucesores del difunto⁶²⁹, se va a denominar herencia yacente (*hereditas iacens*)⁶³⁰. Es decir, se encuentra pendiente de ser aceptada por el heredero voluntario⁶³¹.

⁶²⁸ *Digesto* 37.1.1-3. ARIAS, J.A.-ARIAS, J., *op. cit.*, pp. 802-803. Pueden encontrarse varias formas de suceder según la *bonorum possessio*: *a)* *bonorum possessio secundum tabulas* (según lo contenido en las tablillas en que se escribía el testamento), si faltara algún requisito formal para suceder según el *ius civile*; *b)* *bonorum possessio sine tabulas*, si el causante hubiere fallecido sin hacer testamento; *c)* *bonorum possessio contra tabulas*, cuando se designan como poseedores personas no incluidas en el testamento. Estos poseedores podrían convertirse en plenos titulares de los derechos sucesorios a través de la usucapión.

⁶²⁹ Los herederos pueden ser suyos y necesarios –*sui et necessarii*– (como sería el caso de los descendientes del *pater*, sometidos a su *patria potestas*, quedando excluidos, por tanto, los hijos emancipados) y los necesarios –*necessarii*– (como serían, por ejemplo, los esclavos a los que el testador concede la libertad en el testamento y además los nombra herederos); y extraños o voluntarios (*extranei aut voluntarii*). Los herederos necesarios adquirirán la herencia automáticamente sin posibilidad de repudiarla, lo que supondrá que en muchos casos iban a cargar con herencias con un elevado pasivo o deudas –*hereditas damnosa*–. *Digesto* 50.16.119. Por ello, en el caso de los herederos voluntarios, el pretor concedió a estas personas el *ius abstinendi* o derecho de abstención de aceptación de la herencia (GAYO, *Instit.*, 2.158-160), bastando para ello la no realización de actos encaminados a su adquisición. DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001, pp. 494-495. No por ello pierden la calidad de herederos, pues tan sólo se encuentran *abstenidos*, siendo válidas las manumisiones hechas en el testamento. En un plazo máximo de tres años deberán aceptar o no la herencia, pues es el plazo establecido por Justiniano como duración máxima de esta situación. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.* p. 402. Sin embargo, con el tiempo y la acción del pretor, al heredero necesario se le permitirá aceptar o rechazar la herencia –en pie de igualdad con el heredero voluntario–. BIONDI, B., *op. cit.*, p. 218; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010, p. 265. Véase también al respecto, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano. Le successioni, parte generale*, vol. VI, Milano, 1974.

⁶³⁰ *Digesto* 43.24.13.5.

⁶³¹ PEÑA, M., *La herencia y las deudas del causante*, Granada, 2009, pp. 10-11. Los herederos voluntarios son herederos que, al ser extraños a la familia del causante, tienen la posibilidad de aceptar o no la herencia, no estando, por tanto, obligados a ello. En

Una vez que la herencia se acepta o ha pasado automáticamente al patrimonio del heredero, éste se configura como propietario de los bienes como si no hubiera transcurrido ese lapso de tiempo y formando un solo patrimonio⁶³².

1.5. La protección del derecho hereditario. El Derecho romano desde muy temprano concedió protección al derecho a suceder. Así, el primer mecanismo que ofrece el *ius civile* fue la *hereditatis petitio*⁶³³ en forma de una *actio in rem (vindictio)* por quien había sido excluido de la adquisición de la herencia y frente a quien ocupaba su lugar⁶³⁴, operando sobre las cosas hereditarias afirmándose que el objeto le pertenecía.

En el Derecho justiniano se tratará ya de una acción mixta en consideración a las prestaciones y responsabilidades del demandado⁶³⁵. A través de la «acción de petición de herencia» el heredero pretende obtener el conjunto de un patrimonio, pero no de las cosas consideradas a título particular⁶³⁶.

un principio, esta aceptación se llevaba a cabo con la realización de cualquier acto no formal que diera a entender claramente que se tenía interés en adquirirla. En la época clásica, será típica para mostrar esta aceptación de la herencia, la *cretio* o forma ritual que se establece a través de unas palabras: «Puesto que Mevio me ha instituido heredero en su testamento, yo decido aceptar la herencia». En la época postclásica, la *cretio* caerá en desuso y será finalmente abolida por Justiniano, bastando cualquier forma expresa de aceptación de la herencia. En el caso en que no se aceptase la herencia, se habla de repudiación (*repudiatio*) de la misma. *Digesto* 29.2.95. Una vez repudiada no cabe una aceptación posterior. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.* p. 404.

⁶³² *Digesto* 29.2.54. Si el patrimonio del causante tiene más activos que pasivos, los acreedores del causante no querrán que ambos patrimonios se fusionen en uno con el consiguiente riesgo de no cobrar y, solicitando, para ello la *separatio bonorum* (*Digesto* 42.6.1.17. DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 500; PEÑA, M., *op. cit.*, pp. 11 y ss.

⁶³³ CASINOS, F.J., *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Madrid, 2006, pp. 159 y ss.

⁶³⁴ *Digesto* 5.3.20.6; *D.* 17.131; *D.* 17.157.1.

⁶³⁵ *Digesto* 5.3.25; *Codex* 3.31.7.

⁶³⁶ Por tanto, a través de la *hereditatis petitio*, el demandante tratará de conseguir que el poseedor vencido reintegre la totalidad del patrimonio hereditario junto a los frutos percibidos. ARIAS, J.A.-ARIAS, J., *op. cit.*, p. 912; TRUYENQUE, J., «La *actio petitio hereditatis*», *Revista General de Derecho* 4 (1948), pp. 395-397. Véase, FERNÁNDEZ ARROYO, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992.

También se ofrecerá otra protección, en concreto, a través del *interdictum quorum bonorum* (para adquirir la posesión) a quien tenía la *bonorum possessio* con el fin de entrar en posesión de la herencia.

2. LA SUCESIÓN INTESTADA

2.1. Significado y evolución. Tiene lugar siempre y cuando el causante no haya hecho testamento o el celebrado haya resultado nulo. Parece ser que ya desde muy antiguo aparece esta forma de suceder con la finalidad de determinar los herederos y que va a ir configurándose a lo largo del tiempo, transcurriendo por diversas etapas.

Así, se pasará de un sistema basado en la designación como herederos a los agnados, a otro en donde prima la relación de parentesco basado en la consanguinidad o *cognatio*.

2.2. Etapas de la sucesión intestada. Esa evolución histórica de la sucesión sin haber designado herederos, transcurrió por diferentes fases.

1ª) En la *Ley de las XII Tablas*, predomina la designación de los herederos basada en la agnación, parentesco o lazos de sangre⁶³⁷.

2ª) Dado que el sistema del *ius civile* generaba ciertos inconvenientes⁶³⁸ y resultaba claramente insuficiente⁶³⁹, debió intervenir el pretor concediendo algunos remedios, no contradiciendo al *ius civile* pero posibilitando que algún perjudicado pudiera reclamar su derecho.

⁶³⁷ Estableciéndose que, si el sujeto muere intestado, sean los *heres sui* o herederos bajo la *patria potestas* del *de cuius* es decir, aquellos que, tras la muerte del *pater*, van a tener plena capacidad jurídica *-sui iuris-*, quienes le sucedan (*Digesto 28.2.11*). En este caso, la adquisición de la propiedad de los bienes es automática y por ello no cabe renunciar a la herencia. En el caso de no haber *sui heredes* se establece que el patrimonio lo tenga para sí el agnado más próximo (normalmente, los hermanos del difunto) que, a diferencia del caso anterior, pueden renunciar a la herencia. En estos casos, podía producirse un acrecimiento de la herencia, que implica que si existían varios herederos (sin distinción entre herederos *ab intestato* o *testamentarios*), podía ocurrir que alguno de ellos no quisiera o no pudiera serlo. En este caso, la porción que le correspondiera pasaba a acrecer o incrementar la porción de los demás coherederos. Si no hay agnado, la herencia iría a los gentiles o miembros del clan del fallecido si bien no se sabe bien cómo operaba y su función e importancia ira decayendo durante la época republicana.

⁶³⁸ Por ejemplo, dejaba fuera de la herencia a la mujer que contrajo matrimonio *sine manu* o a los hijos emancipados.

⁶³⁹ GAYO, *Instit.*, 3.18.

Este sistema fue la *bonorum possessio*⁶⁴⁰, un medio alternativo de adquisición de la herencia según el *ius civile* y en la que va a ir tomando fuerza, como consecuencia de la acción del pretor el elemento cognaticio, basado en la consanguinidad tal y como recoge ULPIANO⁶⁴¹.

Se distinguen entonces como sucesores las personas por el siguiente orden: a) los *liberi*⁶⁴² o descendientes –consanguíneos– del *pater* (sin establecerse diferencias entre los sujetos bajo la potestad o no del *pater*, lo que afecta positivamente a los hijos emancipados⁶⁴³) incluyéndose, también, a los adoptados. b) Los *legitimi* o agnados (normalmente, los hermanos), en el caso de no haber *liberi*. c) Si no hubiera miembros incluidos en las dos categorías anteriores, se pasaría a otros sujetos con vínculos de consanguinidad –*cognati*– al *de cuius* (padre, madre y abuelos maternos de hijos tanto legítimos como ilegítimos, etc.) hasta el sexto grado e incluso dados en adopción⁶⁴⁴. d) *Vir et uxor*, o cónyuge supervivien-

⁶⁴⁰ Transcurre de forma paralela a la sucesión civil tratando de evitar la *usucapio pro herede* de quien detentaba los bienes mientras se sustanciaba una acción civil sobre la herencia. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1972, p. 605; VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1977, p. 732.

⁶⁴¹ *Digesto* 38.6.1-2. «Después que el pretor habló de la posesión de los bienes del que testó, pasó a los intestados habiendo seguido el orden que siguió también la *Ley de las XII Tablas*; porque fue lo ordinario hablar antes de las últimas voluntades de los que testan y después de la sucesión *ab intestato*. Pero dividió en varias partes la sucesión *ab intestato*; porque hizo varios grados, el primero el de los descendientes, el segundo el de los legítimos, el tercero el de los cognados y el último el del marido y de la mujer. Mas puede competir *ab intestato* la posesión de los bienes, solamente si ni a conforme al testamento ni contra el testamento hubiera sido aceptada la posesión de ellos bienes».

⁶⁴² DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *op. cit.*, pp. 272-273.

⁶⁴³ Si bien ello pudo crear algún perjuicio a los no emancipados pues normalmente a los hijos que salían de la *patria potestas* bien por *emancipatio* o a la hija que se daba en matrimonio, se les concedía unos bienes -por ejemplo en concepto de dote, en el caso de la hija- que salían del caudal hereditario. Para tratar de remediar esta situación se concibió la *collatio bonorum*, entendida como la obligación que tienen los descendientes emancipados, en la sucesión *ab intestato*, de aportar los bienes recibidos y pertenecientes al caudal hereditario a fin de favorecer la igualdad entre todos los herederos *ab intestato*. A partir de Justiniano, esta obligación de colacionar bienes se extenderá a todos los descendientes con independencia de que estén o no emancipados. BORKOWSKI, A., *op. cit.*, p. 216.

⁶⁴⁴ *Digesto* 38. 8.1.4.

te y unido al *de cuius* por un *matrimonium iustum*, para aquellos casos en que no hubiera herederos en los casos previos⁶⁴⁵.

3ª) Por medio de los senadoconsultos⁶⁴⁶ se va a ir consolidando la sucesión *ab intestato* por consanguinidad, ya iniciado por el pretor.

4ª) En las constituciones imperiales; cobrando relevancia dos constituciones concretas recogidas en las Novelas 118 (año 543 d. C.)⁶⁴⁷ y 127 (año 548 d. C.), a través de las cuales, por ejemplo, se reconoce la posibilidad de ser sucedido el *filius* en su peculio sin tener que necesariamente ser éste absorbido por el patrimonio del *pater* por derecho de peculio, quedando equiparado el *filius* en este caso a los *sui iuris*⁶⁴⁸.

3. EL TESTAMENTO

3.1. Concepto. Al inicio, el testamento romano era el acto formal por el que un *paterfamilias* designaba un sucesor. Hacer testamento y nom-

⁶⁴⁵ PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015, p. 714.

⁶⁴⁶ Ejemplo de ello, son los senadoconsultos *Tertulianum* (siglo I d. C., concede, en general, a la mujer preferencia en la sucesión a la herencia de sus hijos en el caso de sucesión intestada) y *Orfitianum* (año 178 d. C. que otorga preferencia de los hijos ilegítimos o no, a la sucesión de la madre, frente a los agnados). *Instituta* 3.4; *I.* 3.3; *Digesto* 37.17; *D.* 38.17; *Codex* 6.57; *C.* 6.56.

⁶⁴⁷ El orden sucesorio que se recoge, en términos generales, mantiene los anteriores, siendo el siguiente: 1º) descendientes, 2º) ascendientes y 3º) parientes colaterales. No se establece un régimen para el cónyuge supérstite si bien Justiniano recogerá un derecho especial en favor de la viuda que carece de dote (o de bienes procedentes de *donationes propter nuptia*) como será el derecho a percibir la cuarta parte de la herencia o *quarta uxoria*.

⁶⁴⁸ La vigente regulación de la sucesión intestada es parca en extremo en el Código civil español a la que le dedica tan solo una *sección* de un *capítulo* que desarrolla en tres únicos preceptos. El art. 912 CC según el cual: «La sucesión legítima tiene lugar: 1º. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2º. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3º. Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4º. Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder». A tenor del art. 913: «A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado». Y concluye toda referencia expresa a la sucesión intestada o «legítima». Y el art. 914 CC: «Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada».

brar heredero eran la misma cosa⁶⁴⁹, pero la ley reconocerá paulatinamente otras cláusulas y disposiciones que atenuarán dicho principio⁶⁵⁰.

En las fuentes romanas pueden encontrarse algunas definiciones como las que dejaron MODESTINO o ULPIANO. Para el primero de ellos, *testamentum* es la «justa expresión de nuestra voluntad sobre lo que alguien quiere que se haga después de la muerte»⁶⁵¹. Para el segundo «es el justo testimonio de nuestra mente, solemnemente hecho para que valga después de nuestro fallecimiento»⁶⁵².

Por *testamentum* debe entenderse aquella disposición de última voluntad o *lex privata* por la que un ciudadano romano nombraba un heredero *heres* que le sucediera en el momento de su muerte, junto a otras disposiciones de carácter patrimonial o personal⁶⁵³ (manumisiones, legados, nombramiento de tutores, o incluso el *specialiter designatus*⁶⁵⁴, a fin de cumplir con la voluntad del testador, entre otras)⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 128.

⁶⁵⁰ Incorporándose al testamento la posibilidad de establecer legados, fideicomisos, sustituciones hereditarias, manumisiones, etc.

⁶⁵¹ *Digesto* 28.1.1.

⁶⁵² *Regl.* 20.1.

⁶⁵³ *Digesto* 28.1; *D.* 28.5; *D.* 29.3; *D.* 35.1; *Codex* 6.22.

⁶⁵⁴ Hoy denominado albacea (que se regula en los arts. 892 al 911 CC) en Roma no tuvo un nombre específico (*Codex* 1.3.28.1) puesto que esta figura como tal surge en la Edad Media, siendo denominado como *executor ultimrum voluntatum*, *distributor*, *dispensator*, *minister* o *commisarius* (denominación, esta última que se mantiene en el derecho castellano, de acuerdo a lo dispuesto en las *Leyes de Toro* 32-37; y en la *Nueva Recopilación* 5.4.5-13). Según el vigente art. 902 CC: «No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 1ª. Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2ª. Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3ª. Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4ª. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes».

⁶⁵⁵ La actual definición legal de testamento se contiene en el artículo 667 CC: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento». Sobre sus caracteres esenciales, el art. 668 CC indica: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento».

De ello se extrae que el testamento reúne una serie de caracteres como son, muy sintéticamente, las siguientes: se trata de un acto *mortis causa*, formal, unilateral, estrictamente personal y revocable⁶⁵⁶.

3.2. Evolución de las clases de testamento. El testamento tuvo diferentes modalidades según las épocas históricas del Derecho romano⁶⁵⁷.

3.2.1. Etapa arcaica. Primitivamente el testamento era una *lex publica* pues se llevaba a cabo ante los Comicios Curiados (*testamentum calatii comitiis*)⁶⁵⁸, si bien había otros, como el llamado *testamentum in procintu*⁶⁵⁹ para las situaciones de guerras o para dar cabida a los plebeyos⁶⁶⁰ a llevar a cabo testamento pues no podían realizar el *calatis comitiis*, o el *testamentum per aes et libram*⁶⁶¹ que era el que se realizaba en periodos en que no se reunían los Comicios⁶⁶².

to de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Según el art. 675 CC: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley».

⁶⁵⁶ FERNÁNDEZ, A., PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, página 425.

⁶⁵⁷ MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016, pp. 316-319. Véanse las clases de testamento en España en, ACEDO PENCO, A., *Derechos de sucesiones*, cit., pp. 123-132.

⁶⁵⁸ ARANGIO, V., *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, 1973, p. 581. GAYO, *instit.*, 2.101-104: «En un principio había dos clases de testamentos: o se hacía el testamento convocando a los comicios (*calatis comitiis*) los cuales se convocaban dos veces al año a la confección de testamentos, o *in procintu*, esto es, en pie de guerra, pues procinto se llama al ejército cuando está dispuesto y armado. Se añadió después una tercera clase de testamento, el que se hace mediante el bronce y la balanza (*per aes et libram*). Este testamento se llama por el bronce y la balanza por la razón de que se verificaba mediante una *mancipatio*».

⁶⁵⁹ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 2ª edición, Pamplona, 1973, p. 273.

⁶⁶⁰ SANTA CRUZ, J., *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1946, p. 489.

⁶⁶¹ GAYO, *Instit.*, 2.102-103. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p. 230. Puede verse un estudio sobre esta modalidad de testamento en, TERRANOVA, F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, Torino, 2011.

⁶⁶² ARIAS, J.A.-ARIAS, J., *op. cit.*, pp. 820 y ss. BIONDI, B., *op. cit.*, p. 67. En época justiniana se hablará de testamento público (como, por ejemplo, el celebrado ante la autoridad judicial –*testamentum apud acta conditum*–) y privado (que requería la presencia de siete testigos y de unidad de acto, pudiendo celebrarse oralmente o por escrito -

3.2.2. Periodo clásico. En la época clásica, las dos primeras formas de testar van a desaparecer, subsistiendo el *testamentum per aes et libram* que pasará por diferentes fases.

En un primer momento, consistiendo básicamente en la celebración de una *mancipatio* o simulación de venta de todos los bienes del testador a otra persona (*familiae emptor*) participando junto a cinco testigos, el *libripens* y el citado *familiae emptor*. La voluntad del causante quedaba grabadas en unas tablillas de madera. En realidad esta fórmula de sucesión no es propiamente un de testamento pues no hay una designación de heredero. Posteriormente sí que se configuró como un verdadero testamento en el que se instituía un *heres*. Seguía interviniendo el *familiae emptor* pero considerado ya casi como un heredero⁶⁶³.

En esta época ya se admitió la posibilidad de hacer testamento nombrando al heredero al comienzo y por escrito, frente a la época arcaica en que se debía hacer de forma imperativa (*Titius heres esto*)⁶⁶⁴ y en latín.

3.2.3. Periodo postclásico. En la época postclásica se prescinde del latín, bastando que figure el nombramiento del heredero de cualquier forma que se le identifique e incluso incluyéndose en un codicilo⁶⁶⁵ siendo requisito siempre que la persona del heredero fuera identificable y su institución se hiciera expresa y personalmente por el testador⁶⁶⁶.

El testador podía nombrar heredero de forma libre, siempre que observara las formas establecidas, y también tenía la libertad para deshe-

ológrafo si es redactado por el testador, o alógrafo si lo es por un tercero-). PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.* pp. 418-419.

⁶⁶³ BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, p. 42.

⁶⁶⁴ GAYO, *Instit.*, 1.117.

⁶⁶⁵ HERNÁNDEZ, F., *Historia e instituciones de derecho romano*, Madrid, 1949, p. 347. El codicilo es un escrito informal escrito a modo de carta, de fuerza moral, que contiene disposiciones de última voluntad en el que el testador completa su declaración de voluntad como apéndice del testamento aunque puede presentarse también como un documento independiente. IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 662. A partir de Constantino y, posteriormente, Teodosio se comenzaron a requerir para su establecimiento, la presencia de siete testigos, rebajando Justiniano el número de testigos a cinco.

⁶⁶⁶ En el caso del no nombramiento de alguien, denominado preterición *-praeterire-* suponía la nulidad parcial o total del testamento, según el caso. GAYO, *Instit.*, 1.123 y 127; *Codex* 6.28.

redar (*exhereditio*) en el testamento⁶⁶⁷. Para ello debía hacerlo de forma solemne si era un hijo, designándolo individualmente, mientras que en el caso de las hijas o nietos y nietas, podía hacerlo incluso en grupo⁶⁶⁸.

3.2.4. Etapa última. En la fase final del Derecho romano, a partir de una constitución del año 439 d. C., de Teodosio II y Valentiniano III, aparece el llamado *testamentum tripertitum*⁶⁶⁹, consistente en un documento escrito que el testador entrega (abierto o cerrado) en el que figuran ocho firmas (la del testador –o un tercero si el testador es analfabeto– y siete testigos) todo ello en un solo acto.

Recibe su nombre porque aparece fruto de la legislación imperial, reúne influencias del derecho pretorio (los siete testigos) y del antiguo *ius civile* el hecho de la simultaneidad del acto.

3.3. Capacidad para testar (*testamentifactio activa*). Se trata de la capacidad de hacer testamento que va a comprender exclusivamente al *pater*, *cives* y *púber*. Aunque se admitirán excepciones⁶⁷⁰, quedarán excluidos sujetos tales como los *fili*, el sordo, los impúberes o los esclavos⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Esta posibilidad puede tener connotaciones positivas como, por ejemplo, evitar con ello que el hijo heredara las deudas contraídas por el *pater*.

⁶⁶⁸ D'ORS, A., *op. cit.*, p. 273. Tanto la preterición de un *sui* como el nacimiento de un hijo póstumo, dejaba sin valor el testamento. La jurisprudencia y la *Lex Iunia Vallia* (año 28 d. C.) hizo posible evitar la ruptura del testamento mediante la institución o la desheredación de los póstumos. *Digesto* 26.2; *D.* 28.2.29-5-7; *D.* 28.3.13; Ya en el siglo I a. C. se había introducido la *querella inofficis testamenti* para atacar el testamento considerado injusto por el legitimario so pretexto de que el testador no estaba en su cabal juicio al redactar el testamento. *Digesto* 5.2. Los hijos llamados a *heredar ab intestato* debían recibir, a través del testamento, una porción de bienes (fijadas en la cuarta parte, tras la *Lex Falcidia*, año 40 a. C.) que, si no se cumplía en el testamento, podía declararse nulo, pasándose a abrir la sucesión intestada. *Digesto* 35.2.3; *Codex* 6.50.

⁶⁶⁹ *Instituta* 2.10.3; *Codex* 6.23.21. Junto a otros como el *testamentum apud acta conditum* o el *testamentum principi oblatum*.

⁶⁷⁰ GAYO, *Instit.*, 2.112. La mujer *sui iuris* dispondrá de capacidad para testar siempre que cuente con la *auctoritas* del tutor.

⁶⁷¹ Se regula hoy la capacidad para disponer por testamento en los siguientes preceptos del Código civil. A tenor de su art. 662: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Según el art. 663: «Están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». Aclara el artículo 664 que: «El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido». Artículo 665 CC: «Siempre que el

3.4. Capacidad para ser heredero (*testamentifactio pasiva*). Podrán instituirse herederos, además del *pater*, otros sujetos como los esclavos, los *alieni iuris* y los *latini* (no *cives*)⁶⁷². No cabe realizar una institución de herederos genérica si no está bien determinada⁶⁷³ o los *latini iuniani*.

Cabe la institución de heredero bajo condición o también denominada institución condicional de heredero a través de la cual se impone una condición⁶⁷⁴ al futuro heredero, lo que conllevará, si se cumple, su puesta en posesión de ellos bienes hereditarios.

Igualmente cabe la posibilidad de que el testador nombre uno o varios *heres substitutus* o *heres secundus*⁶⁷⁵, y en el orden que quiera, condicionado a la circunstancia de que el primer nombramiento carezca de efectos⁶⁷⁶ salvando, con ello, la validez del testamento⁶⁷⁷.

incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Y concluye el art. 666 CC: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento».

⁶⁷² GAYO, *Instit.*, 2.185-187; *Instituta*, 2.14 pr.

⁶⁷³ ULPIANO, *Regl.*, 22.4-5.

⁶⁷⁴ La institución de heredero podía estar afectada por una condición suspensiva y hasta que esta se cumpliera podía el heredero pedir la *bonorum possessio*. Según el *ius civile* había personas que al no disponer de *testamentifactio activa* tampoco podían ser designadas *heres* como, por ejemplo, los *impúberes*, pródigos, la mujer en ciertos casos, etc., lo que se fue solucionando a través de su designación como legatarios. ARANGIO, V., *op. cit.*, p. 601.

⁶⁷⁵ *Instituta* 2.15 pr-1.

⁶⁷⁶ *Instituta* 2.15, *Digesto* 28.6; *Codex* 6.25-26.

⁶⁷⁷ En la actualidad, la capacidad para ser heredero es sumamente amplia, sea o no por testamento. El artículo 744 CC determina al respecto que: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley». Ahora bien, como ordena el artículo 745 CC: «Son incapaces de suceder: 1º. Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2º. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley». Además, según el art. 756 CC, modificado por la *Ley 15/2015, de 2 de julio*: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1º. El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. 2º. El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido

3.5. Ineficacia y revocación del testamento. El testamento puede, según el caso, resultar ineficaz por alguna causa como, por ejemplo, porque no se haya realizado una institución válida del heredero (que se salva instituyendo herederos sustitutos) o es contraria a la ley, haya preterido a algún *sui herede*⁶⁷⁸, que el testador carezca de *testamentifactio activa* o el heredero de la *testamentifactio pasiva*.

Una vez realizado el testamento, podía el testador en cualquier momento posterior, modificar o revocar libremente su propio testamento. Ello podía hacerse, bien confeccionando un nuevo testamento, o bien destruyendo el anterior sin necesidad de hacer otro. En la época de Justiniano ya se admite, además, tal revocación mediante la declaración del testador formulada ante un Magistrado o ante tres testigos⁶⁷⁹.

es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. 3º. El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa. 4º. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar. 5º. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 6º. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. 7º. Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del *Código Civil*.

⁶⁷⁸ *Digesto* 28.3.1.

⁶⁷⁹ Los arts. 737 a 743 CC regulan la revocación del testamento hoy en España. Según el primero de tales preceptos: «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciera con ciertas palabras o señales». Pero no puede hacerse de cualquier forma, pues a tenor del art. 738: «El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar». Además, «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Sin embargo, el

4. EL LEGADO

4.1. Concepto de legado. Aparte de la institución de heredero (*heredis institutio*), el más importante y antiguo tipo de cláusula testamentaria en Roma fue el legado, que ya se mencionaba en la *Ley de las XII Tablas*⁶⁸⁰.

Completando las fuentes romanas⁶⁸¹, cabe entender por legado aquella disposición *mortis causa* incluida en un testamento –o codicilo– sobre bienes concretos y con cargo al heredero⁶⁸² con el fin de que éste realice una transmisión a título singular a otra persona llamada legatario⁶⁸³.

4.2. Clases de legado. En Roma no siempre hubo una clasificación uniforme si bien cabe destacar la existente en plena época clásica y su posterior fusión con la llegada del derecho justinianeo⁶⁸⁴. En el periodo clásico ULPIANO⁶⁸⁵ recoge en los textos cuatro clases de legado⁶⁸⁶.

4.2.1. Legado per vindicationem. El legado por vindicación, es la forma más antigua de establecer un legado disposición o de propiedad,

testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero», expresa el art. 739 CC.

⁶⁸⁰ TELLEGEN-COUPERUS, O., *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Holland, 1982, página 90.

⁶⁸¹ *Instituta* 2.20.1«Legado es una cierta donación dejada por testamento»; *Digesto* 30.116; *D.* 31.35. El vigente Código civil no define el legado, aunque le dedica numerosos preceptos expresamente (arts. 858-891) y se refiere a él en otros muchos.

⁶⁸² IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 681.

⁶⁸³ En Roma, desde el siglo II a. C., surgen límites (GAYO, *Instit.*, 2.225-227) a la facultad de legar (en la *Ley de las XII Tablas* era lícito otorgar legados ilimitadamente), como a través de la *Lex Furia* (siglo II a. C.) según la cual, salvo parientes próximos (hasta sexto grado) los legatarios no podían adquirir más de 1.000 ases pero sin restringirse el número de legatarios, o la *Lex Voconia* (año 169 a. C.), que dispuso que nadie (por ejemplo, el legatario) podría adquirir más de lo que adquirirían los herederos. Finalmente se aprobó la *Lex Falcidia* (año 40 a. C.) por la que era lícito legar las 3/4 partes de la herencia pero reservando al heredero 1/4 parte (*quarta Falcidia*).

⁶⁸⁴ MIQUEL, J., *op. cit.*, pp. 334-336; PANERO, R., *op. cit.*, pp. 697-699.

⁶⁸⁵ *Regl.* 24.2-3; GAYO, *Instit.*, 2.192 ss.

⁶⁸⁶ FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, pp. 436-440. Hay autores, que consideran que, en realidad, sólo hay dos categorías o clases de legados, toda vez que, por un lado, el legado *per praeceptionem* sería una subespecie del legado *per vindicationem* y, por otro, el legado *sinendi modo* se llega a confundir con el legado *per damnationem*, ambos de contenido obligatorio. ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 347. Pueden verse las actuales clases de legado en: ACEDO PENCO, A., *Derecho de sucesiones*, cit. pp. 196-203.

pues por él la cosa entra en propiedad del legatario tan pronto como se acepta la herencia⁶⁸⁷.

4.2.2. Legado per damnationem. Mediante el legado por conminación obligatoria, se concede al legatario un derecho de crédito sobre cosas cuya propiedad puede ser transmitida, y que obliga al heredero que aceptó la herencia a realizar una prestación en favor del legatario.

En este caso, el objeto del legado no entra directamente en el patrimonio del legatario sino que necesita de la actividad del heredero para ello (consistente en un *facere* o en un *dare*) y a través de la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *simpe traditio*.

4.2.3. Legado sinendi modo. El legado a modo de permiso, consiste en que el heredero no está obligado a transmitir al legatario la propiedad de una cosa sino a permitirle (*sinere* = permiso)⁶⁸⁸ que realice su derecho y se apropie de una cosa⁶⁸⁹: «Que mi heredero tenga que tolerar que Ticio tome y adquiera para sí a mi esclavo Stico».

4.2.4. Legado per praeceptionem. Sobre el legado por separación previa hubo diferencias entre las escuelas sabiniana y proculeyana.

Para los primeros, en este tipo de legado sólo puede ser el legatario aquel que fuera instituido como tal en una parte de la herencia, pues *praeceptio* o *praeceptionem* supone elección o preferencia frente a otro, y esto es sólo pensable entre coherederos, obteniendo así, además de la parte legada, la porción hereditaria que le correspondiera.

Los proculeyanos entendieron, en cambio, que podía legarse de esta forma incluso a un extraño (como sucedía en el legado *per vindicationem*) y dicha posición fue la que prevaleció.

4.3. Transformación histórica de los legados. Como se comprueba, incluso en la etapa clásica hubo matizaciones y confusiones de unos lega-

⁶⁸⁷ ULPIANO, *Regl.* 24.2-3: «*per vindicationem* legamos con estas palabras: doy, lego, coja él, tome, tenga para sí». GAYO, *Instit.*, 2.194-195.

⁶⁸⁸ ULPIANO, *Regl.* 24.5; GAYO, *Instit.*, 2.209.

⁶⁸⁹ Aunque en un principio fue así, más tarde se obligó al heredero a transmitir la propiedad modificando el primitivo origen y asemejando este tipo de legado al *damnationem*. PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, 1977, p. 735.

dos con otros, así que en la época justiniana cuando desaparecieron las diferencias entre legados, no se produjo ningún efecto traumático⁶⁹⁰.

En época de Constantino ya se va anticipando tal relajación formal, al recogerse en una constitución que «en los legados y los fideicomisos no sea necesaria la observancia de palabras determinadas y de este modo no importe nada absolutamente qué palabras haya expresado tal voluntad o que alguien haya descuidado la manera de hablar»⁶⁹¹.

Además de quedar un solo tipo de legado, en época justiniana se refundirán legado y fideicomiso como «modo de disponer a título particular un bien hereditario»⁶⁹², declarando el propio Justiniano en una constitución⁶⁹³ que todos los legados se constituyan de una misma forma.

4.4. Ineficacia y revocación de los legados. Un legado podía ser ineficaz por invalidez del testamento donde estuviese incorporado o por otras causas (incumplimiento de las formas del legado, contenido ilícito, etc. o por un hecho posterior –la cosa se vuelve *extra commercium*–).

⁶⁹⁰ En síntesis, el actual régimen jurídico del legado es el siguiente: Art. 858 CC: «El testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado». Según el art. 859: «Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos». Artículo 860: «El obligado a la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género o especie». Según el art. 881 CC: «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos». El supuesto más habitual lo prevé el art. 882 CC: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora». Art. 883 CC: «La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». Art. 885: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla».

⁶⁹¹ *Codex* 6.37.21.

⁶⁹² MANFREDINI, A. D., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, páginas 82 y siguientes.

⁶⁹³ *Codex* 6.43.1.

Pero además, el legado puede revocarse por propia voluntad del testador disponiéndolo así de manera expresa en el propio testamento⁶⁹⁴.

5. LOS FIDEICOMISOS

5.1. Concepto. En general se entiende por fideicomiso (*fideicommissum*) un ruego hecho de manera informal⁶⁹⁵ que podía hacerse en simples escritos o codicilos, por el causante que encarga a alguien (confiando en su buena fe) que le dé un destino concreto a los bienes hereditarios⁶⁹⁶.

Por tanto, se trataba de cuando un objeto era dejado (*commissum*) a la buena fe (*fides*) del que recibe para beneficio de un tercero⁶⁹⁷.

5.2. Sujetos. En todo fideicomiso se advierten tres personas: *a) fideicomitente*, que encarga el fideicomiso; *b) fiduciario*, que se obliga a cumplirlo; y *c) fideicomisario*, el beneficiario del fideicomiso. Se basaba en la mera honradez del fiduciario, sin que el fideicomisario dispusiera de medios legales para obligarle a cumplir, hasta la época de Augusto.

La progresiva formalización de los fideicomisos y la gradual relajación en las formas de los legados, concluirá con la eliminación de las diferencias entre ellos ya en la época justiniana.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derechos de sucesiones: el testamento y la herencia*, Madrid, 2014; ARANGIO, V., *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, 1973; ARIAS, J.A.-ARIAS,

⁶⁹⁴ Por ejemplo, en el caso de un legado *per vindicationem*: «No doy, no lego a Ticio» o, por ejemplo en un legado *per damnationem*: «No le sea dado por mi heredero a Ticio». PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.* pp. 440-441.

⁶⁹⁵ *Instituta* 2.23.1. El fideicomiso es menos rígido, podían dejarse bienes a un menor de edad. TELLEGEN-COUPERUS, O., *op. cit.*, 192. En el *Codex* 6.37.17, C. 6.42.22, se recoge que un testador puede constituir un legado o revocarlo en el testamento, sin embargo, los fideicomisos pueden constituirse o revocarse incluso oralmente. Cabía celebrar fideicomisos con muy distinto y variado contenido: *a)* la manumisión fideicomisaria, *b)* la sustitución fideicomisaria, *c)* el fideicomiso universal y *d)* el fideicomiso de residuo. DÍAZ, A.,-DÍAZ, A. A., *op. cit.*, pp. 272-273.

⁶⁹⁶ Artículo 781 CC: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

⁶⁹⁷ JOHNSTON, D., *The roman law of Trust*, Oxford, 1988, página 9.

J., *Derecho romano*, 18ª edición, Madrid, 1986; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954 y *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano. Le successioni, parte generale*, vol. VI, Milano, 1974; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano. Le successioni, parte generale*, vol. VI, Milano, 1974; BORKOWSKI, A., *Textbook on Roman Law*, 2ª edición, Bristol, 1997; CASINOS, F.J., *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Madrid, 2006; CHAMPLIN, E., *Final Judgements: duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C-A.D. 250*, Los Ángeles, 1991; DÍAZ, A.,-DÍAZ, A.A., *El derecho romano como introducción al derecho*, Murcia, 2010; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 2ª edición, Pamplona, 1973; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; FERNÁNDEZ ARROYO, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; HERNÁNDEZ, F., *Historia e instituciones de derecho romano*, Madrid, 1949; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6ª edición, Barcelona, 1972; JOHNSTON, D., *The roman law of Trust*, Oxford, 1988; MANFREDINI, A.D., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; ORTEGA, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; PEÑA, M., *La herencia y las deudas del causante*, Granada, 2009; PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, 1977; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; SANTA CRUZ, J., *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1946; SALAZAR, Mª., *Evolución jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén, 2003; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960; TELLEGEN-COUPERUS, O., *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Holland, 1982; TERRANOVA, F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, Torino, 2011; TRUYENQUE, J., «La actio petitio hereditatis», *Revista General de Derecho* 4 (1948); VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1977.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales