

Lección 1. Concepto de Derecho Romano

Derecho Romano en sentido estricto se refiere al ordenamiento jurídico por el que se rigieron los romanos antiguos desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.).

Con Justiniano se cierra el Derecho Romano y se abre la tradición romanística occidental. El primer tercio del siglo VI d.C., Justiniano mandó compilar oficialmente el antiguo Derecho Jurisprudencial o Derecho de Juristas, y las constituciones imperiales vigentes en ese momento en una obra a la que se denominó posteriormente Cuerpo de Derecho Civil (corpus iuris civilis).

El corpus iuris está dividido en:

- Instituciones: son una obra dedicada a la enseñanza del derecho que toma como referencia las distintas obras institucionales de la jurisprudencia clásica y sobretodo las instituciones del jurista Gayo (siglo II d.C.).
- Digesto o pandectas: obra que contiene alterados fragmentos de los escritos de los juristas clásicos.
- Codex (código de Justiniano): obra que contiene las constituciones imperiales dictadas por los emperadores anteriores a Justiniano y por él mismo, hasta la fecha de su publicación.
- Novellae (nuevas constituciones): obra que recoge las constituciones imperiales dadas por Justiniano y por los emperadores inmediatamente posteriores a él, después de la compilación.

Lección 2. Periodificación del Derecho Romano

Para dividir en periodos la Historia del Derecho Romano tomamos como referencia 2 elementos, uno el Derecho Procesal Romano y su desarrollo y otro el Derecho Jurisprudencial o Derecho de Juristas y su desarrollo.

Destacan 3 grandes periodos:

- Época arcaica (753 a.C. – 130 a.C.): tomamos como referencia el 130 a.C. porque en este año, una ley (Lex Aebutia) introdujo el nuevo sistema de litigar por fórmulas, que vino a sustituir con el tiempo, al antiguo procedimiento de las acciones de la ley o legislaciones. En lo que se refiere a la jurisprudencia, el conocimiento del Derecho está monopolizado en esta época por una clase sacerdotal, la de los pontífices. Por este motivo, no podemos situar en este momento histórico a ningún jurista laico (que no pertenezca a esta clase sacerdotal). El hecho más relevante que acontece en esta etapa es la publicación de las XII tablas, ley cuyo contenido fue superado con el tiempo pero que nunca fue expresamente derogada. Esta época viene a coincidir con lo que se denomina la Monarquía y con buena parte de la República.
- Época clásica:
 - *1ª época clásica (130 a.C. – 30 a.C.)*: en este momento se produce la gran expansión del procedimiento formulario, que va desplazando paulatinamente al sistema de las acciones de la ley. Precisamente en esta época es cuando más fórmulas se introducen en el Edicto del pretor. En cuanto a la jurisprudencia, en esta etapa podemos ver grandes juristas laicos como Quinto Mucio Escévola o Servio Sulpicio Rufo.
 - *Etapa clásica central (30 a.C. – 130 d.C.)*: en cuanto al procedimiento, en esta época se produce la derogación definitiva del sistema de las acciones de la ley (legis acciones). Desde el punto de vista de

la jurisprudencia, es esta época el momento en el que se produce el máximo apogeo del Derecho Jurisprudencial. Así destacamos a Labeón, Sabino, Celso, Juliano, etc.

- *Etapa clásica tardía (130 d.C. – 230 d.C.):* en cuanto al procedimiento, aparece un nuevo sistema que conocemos con el nombre de procedimiento extraordinario o extra ordinem que sustituirá posteriormente al procedimiento formulario. En lo relevante a la jurisprudencia, destacamos en esta etapa a Papiniano, Paulo, Ulpiano y Gayo. La época clásica se desarrolla durante la crisis de la República (finales siglo II a.C. y durante todo el principado).

- Época post-clásica (230 d.C. – 530 d.C.): en esta época, el procedimiento extraordinario (o extra ordinem) desplaza por completo al procedimiento formulario. En lo que respecta a la jurisprudencia, ésta desaparece como fuente para entrar en un periodo de decadencia que denominamos "vulgarismo jurídico". Esta época se corresponde con el Bajo Imperio Dominado.

09-10-01

Ius y Directum. Definición de ius de Celso y equidad

La palabra que los romanos utilizaban para expresar la idea de Derecho, tanto en el sentido objetivo de ordenamiento jurídico como en el sentido subjetivo de facultad fue **ius**. La etimología de ius es insegura, pero en todo caso es claro que tiene un marcado carácter religioso. En un principio, los romanos utilizaron las expresiones ius y fas para significar lo mismo; es decir, lo que era lícito según un criterio religioso porque no era contrario sino que estaba conforme a la voluntad divina. Por tanto, los romanos originariamente no distinguieron entre Derecho y Religión, y operaban con 2 clases de actos: lo lícito, lo que no se oponía a la voluntad de los dioses, y lo ilícito, es decir, lo contrario a la voluntad divina. Posteriormente, ius y fas pasaron a expresar cosas distintas, y así ius se refería al orden humano, o sea, a la norma jurídica, y fas conservó ese matiz religioso, pasando a referirse al orden divino, a la orden o norma religiosa.

Directum, aunque es un vocablo latino antiguo, pasó a explicar la idea de Derecho por influencia popular en el siglo IV d.C. A partir de este momento, ius y Directum expresaron la misma idea (Derecho) y en el siglo IX d.C. el término Directum terminó por desplazar al de ius. La palabra Directum se compone de 2 partículas: "De" que significa la totalidad y "Rectum" que es lo recto, fundamentalmente en sentido vertical. Precisamente, se introdujo la palabra Directum por la idea moralizante de inspiración judeocristiana según la cual la conducta justa es la que sigue el "camino recto". Esta idea de "lo recto" ya aparece en Egipto en los jeroglíficos con la balanza.

La única definición de ius que aparece en las fuentes se debe al jurista Celso, que lo define como "el arte o la ciencia de lo bueno y de lo justo" (ius est ars boni et aequi). En esta definición la palabra bonum debe ser traducida como lo que conviene moralmente y el término aequum debe ser traducida sin más, como lo justo. Por tanto, la palabra que utilizaron los romanos para expresar en la época clásica la idea de justicia en sentido objetivo tal y como nosotros la entendemos era aequum o aequitas.

Sin embargo, en la época postclásica se inicia un proceso que acaba dando otro sentido a la palabra **aequitas** y a partir de un momento determinado, la aequitas pasa a ser un criterio de templanza y benignidad en la aplicación del Derecho, coincidiendo de este modo con la idea de equidad en Aristóteles, que la entiende como correctora de la ley o como correctora del Derecho.

Esto mismo se expresa a través de un aforismo latino que dice: "summum ius summa iniuria" (el Derecho rígido es sumamente injusto) lo que aquí se quiere decir es que frente al Derecho abstracto y rígido está la equidad, que debe adaptar templadamente ese Derecho a las circunstancias del caso concreto.

10-10-01

Fuentes de conocimiento y fuente de producción normativa

Las fuentes de conocimiento son de 2 tipos:

- Fuentes jurídicas o técnicas (corpus iuris juridicas): son los textos jurídicos romanos que se han conservado, fundamentalmente en manuscritos (pergaminos) pero también en otro tipo de soporte físico como las tablas, piedras, etc.
- Fuentes literarias o atécnicas: son las obras de los literatos latinos, que son importantes no sólo porque a veces contienen datos jurídicos de gran valor, sino porque refieren los condicionamientos históricos del ordenamiento jurídico romano.

Las fuentes de producción normativa; para establecer el cuadro de fuentes del derecho del ordenamiento jurídico republicano partimos de 2 conceptos:

- Auctoritas (autoridad), es el saber socialmente reconocido.
- Potestas (poder o potestad), es el poder socialmente reconocido.

Ambos conceptos tienen en común el reconocimiento social.

Son fuentes de auctoritas la jurisprudencia o el derecho de juristas, el jurista es un particular que conoce e interpreta el Derecho, sus opiniones o responsa (respuestas) vinculan, precisamente por ese prestigio social que se les ha reconocido, a magistrados, jueces e incluso en época imperial al propio emperador; fuente de auctoritas es también los senadoconsultos, es decir, los pareceres que emite el senado y que deben ser acatados por los magistrados.

En cuanto a la potestas, es fuente de Derecho la lex (ley), esta tiene el significado general de declaración realizada por quien tiene potestad para ello y que en determinadas circunstancias exige la aceptación del destinatario de esa declaración, por tanto la lex es una propuesta que realiza un magistrado con imperium (imperio), si esta propuesta exige la aceptación del pueblo reunido en comicios, hablamos de lex rogata o ley comicial, y si esa propuesta es eficaz unilateralmente hablamos de lex data.

11-10-01

Es fuente de potestad también los edictos de los magistrados, un edicto es un bando o notificación que da el magistrado por el poder que le ha sido conferido, dentro de los edictos el que nos interesa es el Edicto del pretor, en este edicto se contenían los distintos remedios y recursos jurídicos que podían utilizar los particulares para dividir sus controversias jurídicas.

Esta distinción entre fuentes de autoridad y fuentes de potestad desaparece a partir del Principado, al asumir la figura del emperador, tanto la auctoritas como la potestas. En un primer momento, esto no supone una ruptura con la estructura del ordenamiento jurídico republicano, pero después esta situación provocará un cambio en el sistema de fuentes.

En cuanto a la jurisprudencia, sigue siendo fuente de Derecho durante casi todo el Principado, la diferencia es que en la época republicana las opiniones de los juristas vinculaban por el prestigio social que les había sido reconocido y sin embargo a partir del Principado estas respuestas ya no vinculan por la propia auctoritas del jurista, sino porque el emperador haya otorgado a quienes emiten esas respuestas el título oficial correspondiente (ius respondendi), de este modo los juristas pierden su autonomía y comienza un proceso de burocratización jurisprudencial que acabará eliminando a la jurisprudencia como fuente de Derecho.

En cuanto al senado, este asume la función legislativa que hasta ese momento habían tenido las asambleas populares republicanas, pero a partir del primer tercio del siglo II d.C. esta función legislativa del senado

desaparece para convertirse su intervención en mero trámite para la aprobación del proyecto que presente el emperador. Además, aparece en este periodo una nueva fuente que son las constituciones imperiales, estas son disposiciones que dicta el emperador facultado por el amplio poder concentrado en su persona, precisamente a partir del bajo imperio o Dominado estas constituciones imperiales son la única fuente creadora del Derecho.

Lección 3. De la fundación de la ciudad a las XII tablas, la organización política

El Senado arcaico

Según la tradición, Roma estuvo gobernada por reyes desde su fundación en el 753 a.C. hasta el 509 a.C., fecha de la expulsión del último rey romano. El relato tradicional nos dice que el mítico fundador, Rómulo, creó la estructura de la organización política arcaica, al crear el Senado o antigua asamblea de patres y al fundar también los comicios curiados o asambleas populares primitivas. En cuanto al Senado, estaba compuesto por un número determinado de patresfamilias o jefes de las distintas tribus o clanes o grupos suprafamiliares. El Senado únicamente tenía una función de asesoramiento, pero no era copartícipe del poder del rey, su función más importante era la de elegir al nuevo rey cuando el anterior fallecía, y mientras se llevaba a cabo este proceso de elección, uno de los senadores asumía el poder durante 5 días, terminado este plazo ese poder era asumido por otro senador y así sucesivamente hasta que el proceso de elección llegase a su fin, a este plazo se le denomina interregnum.

15-10-01

Lección 29. Estructura del grupo familiar

Concepto de familia en sentido estricto (proprio iure dicta): el concepto de familia romana no coincide con el concepto que modernamente tenemos de ella, en sentido estricto la familia romana está formada por el conjunto de personas libres que están sometidas bajo el poder doméstico de un mismo paterfamilias o jefe de un grupo familiar. En un sentido más general la palabra familia engloba tanto los bienes como las personas libres y esclavas de una comunidad doméstica, además, desde un punto de vista patrimonial la familia se refiere a la res Mancipi, es decir, al conjunto de cosas que son económicamente más importantes, estas res Mancipi son los terrenos (fundos), los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres rústicas, todas las demás cosas son nec Mancipi y todavía se utiliza la palabra familia para referirnos únicamente al conjunto de esclavos de un único dueño.

Las servidumbres es un Derecho real que se establece entre los propietarios de 2 fundos próximos o vecinos, en virtud del cual el titular de un fundo que denominamos "sirviente" presta un uso que puede ser muy variado al titular de un fundo que denominamos "dominante".

La idea de paterfamilias se refiere al ciudadano romano varón que es jurídicamente independiente o sui iuris, o que no depende de la potestad de otra persona. La palabra pater alude a la idea de poder más que al hecho biológico de haber engendrado, por eso en Roma puede darse el caso de que un ciudadano romano varón, sui iuris, e impuber (sin edad de procrear) sea paterfamilias y del mismo modo puede ocurrir que un ciudadano romano varón, de edad madura que ha generado una numerosa prole y que es jurídicamente dependiente o alieni iuris, no sea paterfamilias sino que sólo sea filiusfamilias, es decir, que ocupe la posición jurídica de hijo.

16-10-01

El poder que tiene el paterfamilias sobre los distintos componentes de la familia es en principio pleno e ilimitado, si ese poder se refiere a aquellos que ocupan la posición de hijos hablamos entonces de patria potestas; cuando el poder del paterfamilias alude a aquél que tiene sobre la esposa cuando se celebró el acto jurídico correspondiente hablamos de manus, y por último, el poder que tiene el paterfamilias sobre los

esclavos se denomina dominica potestas.

Según esta idea de familia, forman parte de la misma las siguientes personas:

- La esposa en un matrimonio legítimo cum manu, es decir, si se celebró el acto jurídico por el que la mujer pasaba a depender de la manus o poder del marido.
- Los hijos legítimos y los descendientes de estos por vía de varón.
- Aquellos incorporados a la familia en la posición de hijos por el acto de la adopción.

A pesar de los vínculos biológicos o matrimoniales, no forman parte de la familia en sentido estricto las siguientes personas:

- La esposa en un matrimonio legítimo sine manu, es decir, sin celebrar el acto correspondiente para que la mujer pase a depender del poder de su marido.
- Aquellos que han salido de la familia, bien para constituir ellos mismos otra familia mediante la emancipación o bien aquellos que han entrado a formar parte de otra familia por el acto de adopción.
- Hijos ilegítimos, es decir, los que no se han tenido en un matrimonio legítimo.
- Descendientes de hijas y nietas.
- Los hijos que han sido vendidos (máximo 3 veces) por el paterfamilias (especie de leasing).

17-10-01

Concepto de familia en sentido amplio (communi iure dicta): se refiere al conjunto de personas que estarían sometidos bajo el poder de un mismo ascendiente común si este viviera todavía; a la relación de parentesco que une a los miembros de una familia en sentido amplio la denominamos agnación o relación de parentesco agnaticia o relación de parentesco civil; esta relación de parentesco es importante en materia de sucesiones sobretudo, ya que según las XII tablas los siguientes llamados a suceder, en caso de no existir herederos directos, en la sucesión abintestato o intestada (sin testamento) son el agnado o agnados más próximos del fallecido. Distinta de relación de parentesco agnaticia es la relación de parentesco cognaticia, que es aquella que está basada estrictamente en vínculos de sangre.

Todavía la palabra familia se puede utilizar para aludir al conjunto de personas que descienden de la estirpe de un progenitor común y tienen un mismo apellido, familia equivale, en este sentido, a la idea de gens o de clan o de grupo suprafamiliar.

Líneas y grados de parentesco:

Para determinar la relación de parentesco que puede existir entre los componentes de una misma familia, los juristas romanos acudían a los conceptos de líneas y grados. Las líneas pueden ser de 2 tipos:

- Recta: es aquella que une a una persona con sus ascendientes o descendientes.
- Colateral: es aquella que une a 2 personas por su procedencia de un ascendiente común.

Para determinar la relación de parentesco, se utiliza como unidad de medida el grado, contándose tantos grados como generaciones, de esta manera, existe un grado entre padres e hijos, 2 entre nietos y abuelos o entre hermanos, 3 entre tío y sobrino y 4 entre primos hermanos, etc.

Lección 3

Asambleas populares arcaicas o comicios curiados

La palabra curia deriva de co-viria, y significa agrupación de hombres, originariamente las curias serían las

reuniones de aldeas vecinas que se celebrarían con distintas finalidades antes de la fundación de la ciudad, estas asambleas populares eran convocadas y presididas por el rey, en ellas intervenían todos los ciudadanos varones con independencia de su posición jurídica o status, o con independencia de su origen social, por tanto en estos comicios participaban tanto patresfamilias como filiifamilias y tanto patricios como plebeyos.

18-10-01

La tradición atribuye 2 funciones a los comicios curiados:

- Lex curiata de imperio, es decir, la aclamación y promesa de obediencia del pueblo. Estas asambleas populares, no participan en la elección del rey, a diferencia de lo que ocurrirá más tarde con las asambleas populares republicanas que sí tienen una intervención activa en la elección de los magistrados.
- Ante estos comicios, se celebraba la adopción de un paterfamilias por otro, con finalidad sucesoria (arrogación) y el testamento primitivo.

El rey. Las reformas servianas

Al frente de la comunidad está el rey, que es quien la dirige y quien la guía. El rey era elegido mediando un augurio celestial, lo que supone por tanto la intervención de augures (sacerdotes) en el proceso de elección del rey. Ahora bien, el augur no otorgaba el poder al rey, porque esto supondría que le tendría que conferir un poder del que carecía en la práctica, por tanto, su papel se reducía a acreditar que el nuevo rey era confirmado por los dioses.

El poder del rey es absoluto, tiene el poder político, el militar y el judicial, además, estos 3 poderes convergen en la esfera religiosa, porque el rey es el garante de la paz que debe existir entre los dioses y los hombres.

Durante el siglo VI a.C. se van a producir transformaciones económicas, sociales, políticas y culturales que se van a desarrollar luego durante la República. La tradición, atribuye al penúltimo rey de Roma, Servio Tulio, 2 grandes reformas:

- La nueva organización del ejército es por centurias, de donde derivarán luego las asambleas populares republicanas que denominamos comicios centuriados, en este momento sólo pueden formar parte del ejército aquellos que puedan costearse sus propios equipos, de ahí que se hable de los que forman la classis, es decir, los que pueden pagar sus pesadas armaduras y los infra classem, es decir, los miembros de las clases menos pudientes que no pueden hacerlo. Además, el peso del ejército ya no va a estar en la caballería sino que va a descansar en la infantería, no obstante, sigue existiendo una caballería a la que sólo tienen acceso los patricios, y luego la infantería que está compuesta tanto por patricios como plebeyos.

22-10-01

- Servio Tulio hizo una nueva distribución de la población por tribus, desde ese momento la población se organizó en 4 tribus urbanas y 16 tribus rústicas, estas últimas fueron aumentando hasta el número de 31, de tal modo que, durante la República podemos hablar de un total de 35. El criterio de distribución de la población en estas tribus ya no fue el del domicilio, sino que fue el de la tenencia de tierras, por este motivo, muy pronto distinguimos entre los adsidui, es decir, los que tienen tierras, y los proletarii, que no tienen tierras, y sólo generan prole o mano de obra. La importancia de esta nueva organización de la población, radica en que de ella se van a derivar las asambleas populares republicanas que denominamos comicios por tribus.

Caída de la monarquía y orígenes de la República

El relato tradicional nos dice que Roma estuvo gobernada por reyes hasta el año 509 a.C., el último rey de

Roma, Tarquinio el soberbio, se distinguió por su arrogancia, perversidad y crueldad; esto motivó que el pueblo se levantara para expulsarle en el año 509, dando lugar de este modo, a un sistema político republicano en el que, básicamente, el poder que antes tenía el rey, pasa a ser ostentado por dos magistrados elegidos anualmente por las asambleas populares.

Por otro lado, la historia política interna de Roma durante los siglos V y IV a.C., vascúla sobre el enfrentamiento que tienen los dos grandes ordenes sociales, el patriciado y la plebe. Según la tradición, los patricios serían los descendientes de los primeros senadores que nombraría Rómulo, al crear el senado arcaico. Los demás, serían plebeyos. Pero esto no es del todo exacto. En todo caso, el origen de la plebe es muy discutido; descartando que razones étnicas o raciales sirvan para definir a la plebe, la razón unitaria se encontraría en un grupo de personas que se dedicarían a la agricultura y al artesanado, y que acudirían a Roma por el auge económico que tanto tuvo durante el siglo VI a.C. Por tanto, originariamente, la plebe podía ser definida negativamente, es decir, serían los que no fueron patricios y no se organizaban en grupos gentilicios. De este modo, tenemos que en un primer momento, la plebe es un grupo heterogéneo, compuesto por una plebe urbana que se dedica al comercio y unos agricultores que apenas tienen dinero y que forman parte de los *infra classem* dentro del ejercito, además estaría una élite que por su poder económico, formaría parte de las clases pudientes dentro de la *classis* en el ejercito.

23-10-01

Lección 4. Ordenamiento jurídico primitivo

Mores maiorum. Leges regiae

Los romanos antiguos se regían por normas de conducta no escritas, nacidas en el seno de la comunidad y fijadas por su observación constante; a este Derecho consuetudinario, lo denominaron los juristas clásicos mores maiorum, es decir, las costumbres de los antepasados. Los romanos de esta época piensan que este Derecho ha quedado fijado, porque así lo han querido los dioses, de ahí que en este momento histórico, el conocimiento y la interpretación de este Derecho consuetudinario se deje en manos de una clase sacerdotal, los pontífices.

Por otro lado, los reyes romanos durante la época monárquica, dictaron una serie de disposiciones con carácter unilateral, que se denominan leges regiae o leyes regias; durante un tiempo se dudó de su existencia, pero hoy en día es indudable que debieron de existir en la práctica. Este tipo de leyes surgen, sin más, de la práctica de gobierno y de la práctica judicial del rey, y es de todo punto improbable que el pueblo participara, en este momento, en la aprobación de este tipo de disposiciones (a pesar de la existencia del senado arcaico y más tarde de los comicios populares).

De las pocas leyes de este tipo, que han llegado a nosotros a través de las fuentes, sólo hay una que se ha conservado como fuente jurídica; es un fragmento del Digesto, atribuido al jurista Marcelo, que nos dice que, en la época monárquica se prohibió enterrar a una mujer embarazada sin haber extraído previamente el feto.

Las XII tablas y su contenido

Las XII tablas son la primera gran creación del genio jurídico romano; en el año 451 a.C., una comisión integrada por 10 miembros, los decenviros, que asumieron el poder para codificar el Derecho vigente en esa época, entonces durante un año, esa comisión, formada en un primer momento exclusivamente por patricios, redactó las 10 primeras tablas, al año siguiente, esa comisión, pero formada ahora por patricios y plebeyos, redactó las 2 tablas siguientes, entrando en vigor esta ley de las XII tablas en el 449 a.C. Esta ley, aparece precisamente por la lucha que sostienen en este momento, patricios y plebeyos, y obedece al deseo de estos últimos de que el Derecho estuviese fijado por escrito. Hasta ese momento, el colegio de pontífices, estaba formado exclusivamente por patricios, y estos al conocer secretamente el Derecho, en la práctica, solían

beneficiar a los patricios en perjuicio casi siempre de los plebeyos, por tanto, la importancia de las XII tablas no está en la innovación de su contenido, pues al fin y al cabo, recogen el Derecho consuetudinario anterior, sino que radica precisamente en la publicación de la misma.

24-10-01

La ley de las XII tablas se denomina así, porque fue redactada en 12 tablas de madera; el texto original, se perdió durante la invasión de los galos en el siglo IV a.C., y a partir de ese momento su contenido se transmitió oralmente de generación en generación, esta transmisión oral se vio favorecida por la sencillez sintáctica y la musicalidad de sus preceptos; en el año 200 a.C. el primer jurista laico del que tenemos noticia, Sexto Elio Petón, publicó en una obra (Triperitita) el texto de las XII tablas que serviría de referencia para la jurisprudencia clásica. El texto de las XII tablas no ha llegado hasta nosotros, pero es posible reconstruir aproximadamente su contenido porque las fuentes, unas veces recogen literalmente un precepto y otras veces recogen el contenido aproximado del precepto en cuestión.

Contenido de las XII tablas:

Las 3 primeras tablas versaban sobre el Derecho procesal, es decir, sobre la tramitación de los litigios o pleitos, en ellos estaba regulado, desde el llamamiento formal a juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia y la ejecución de la misma. Las acciones de la ley (legis actiones), que aparecerían recogidas en las XII tablas y cuyo formulario no aparecería recogido expresamente en estas tablas, son las siguientes:

- La acción de la ley por la apuesta sacramental (*legis actio per sacramentum in rem*), este procedimiento se utilizaba para reclamar Derecho sobre bienes y para hacer valer los Derechos absolutos que tiene el paterfamilias sobre los distintos componentes de la familia.
- La acción de la ley por la aprensión corporal (*legis actio per manus inciectionem*), este es el procedimiento que podían utilizar los acreedores para hacer valer sus Derechos de crédito sobre la persona del deudor insolvente. Las XII tablas prescribían un plazo de tiempo para el cumplimiento de una obligación, transcurrido el cual, y si un tercero de confianza del deudor no salía garante de esa deuda, el acreedor podía o bien vender como esclavo al deudor trans Tiberin, es decir, más allá del Tiber (frontera de posible esclavitud), o bien podía darle muerte. Si concurrían varios acreedores, estos podían, si elegían dar muerte al deudor, despedazar el cuerpo y repartírselo en proporción a sus créditos (*secare parte*), en la práctica no hay veracidad de realizar este hecho.

25-10-01

Sobre este precepto se han dado múltiples interpretaciones, algunas de ellas muy descabelladas, por ejemplo una de estas interpretaciones sostiene que las XIX tablas permitirían en este caso una ejecución patrimonial, es decir, la expresión *secare partes*, no sería dividir el cuerpo, sino dividir el patrimonio del deudor. Desde un punto de vista religioso, se intenta explicar este precepto, al decir que lo que se pretendía en este caso sería prohibir el entierro del deudor insolvente en el momento de su fallecimiento, para condenar de este modo, a que su alma vagase eternamente por el mundo de los vivos sin poder pasar al mundo de los muertos.

Al margen de estas y otras interpretaciones, hoy en día la que mayor peso tiene, es la que defiende una interpretación literal de este precepto, es decir, el texto lo que quiere decir es lo que dice y no otra cosa (descuartizar el cuerpo); ahora bien, este precepto tenía una finalidad puramente disuasoria, ya que las fuentes no nos dicen que se llegara a aplicar en la práctica, y además, a ello contribuye el que las XII tablas conceden un plazo de tiempo a ese deudor insolvente, para que cumpliera y que también se conceda la posibilidad de que un tercero hiciera frente a la deuda en su lugar.

- La acción de la ley por la petición de juez y arbitro (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*), este procedimiento se utiliza para la división de la cosa común y especialmente para la partición de la herencia y

para el caso particular en el que un acreedor pretenda hacer valer una deuda nacida de una "sponsio" (negocio jurídico por el que una persona se obliga a cumplir una determinada prestación con el pronunciamiento de determinadas palabras solemnes).

- La acción de la ley por toma de prenda (legis actio per pignoris capionem), este procedimiento lo utilizaban determinados acreedores para hacerse con bienes concretos del deudor.

En las tablas cuarta y quinta se regulaba el Derecho de familia y de sucesiones; en cuanto al Derecho de familia se han conservado muy pocos preceptos, pero en todo caso, de lo que ha llegado hasta nosotros se deduce que el poder del paterfamilias era absoluto, así por ejemplo, el jefe de familia dispone de ius vitae necisque (Derecho de vida y muerte), por el que podía incluso matar a los componentes de su familia en caso de comportamiento inadecuado; para el caso de la esposa, podía aplicar este Derecho en caso de aborto provocado o si cometía adulterio. Además el paterfamilias puede ejercer el ius vendendi o Derecho de vender a sus hijos o del límite de la tercera venta, después de ésta se rompe definitivamente la patria potestad.

29-10-01

Este precepto no debe ser interpretado como una venta pura y simple, sino que se trataría mas bien de un negocio jurídico próximo a un arrendamiento de servicios, en el que el paterfamilias transfería a un tercero, el aprovechamiento del trabajo de su hijo.

En lo referente al Derecho de sucesiones, las XII tablas regulan el sistema de la sucesión intestada o abintestato, es decir, aquella sucesión en la que no hay testamento. Este sistema se basa en una estructura familiar fundamentada en la relación de parentesco agnaticia y en la patria potestad del paterfamilias, por este motivo, en esta sucesión la madre sui iuris no puede suceder a sus hijos, ni estos a su madre, y tampoco cabe la sucesión entre marido y mujer en un matrimonio cum manu.

Según las XII tablas, suceden en primer lugar los heredes sui o herederos de propio Derecho, estos son aquellos que están bajo el poder inmediato del paterfamilias en el momento de su fallecimiento, por tanto, lo será su esposa in manu (bajo el poder de su marido) y los hijos in potestate (bajo la patria potestad del paterfamilias), del mismo modo no son herederos sui, la esposa sine manu, los hijos dados en adopción o emancipados y la hija casada cum manu. Los herederos de propio Derecho suceden automáticamente y si son varios lo hacen por partes iguales o per capita, además, los que son herederos sui por haber premuerto, haber sido dado en adopción o haber sido emancipado, su ascendiente, suceden por líneas per stirpes o por el llamado posteriormente Derecho de representación, de este modo sucede al ascendiente premuerto emancipado o adoptado en la cuota que le corresponda.

Ejm:

Supongamos que el difunto "X", casado cum manu con "a", hijo de "f" y casada sine manu, había tenido tres hijos "B", "C" y "D" y una hija "e". Supongamos que "B", casado cum manu con "n" había tenido dos hijos "B1" y "B2". Supongamos que "C", casado sine manu con "ñ" había tenido dos hijos "C1" y "C2", y que además "C" había premuerto (morir antes que "X"). Supongamos que "D" había sido emancipado sin tener descendencia en el momento de la emancipación. Y supongamos que "e" casada cum manu con "Y" y con un hijo "Y1" también había premuerto.

Según las XII tablas son herederos sui de "X": "a", "B", "C1" y "C2".

30-10-01

Si no hay herederos de propio Derecho, las XII tablas ofrecen la herencia al pariente agnado o agnados más próximos. A diferencia del supuesto anterior, los herederos, en este caso, no suceden automáticamente, sino que se exige el acto previo de aceptación; si concurren varios agnados siempre tienen que estar en el mismo

grado y suceden todos ellos per capita, pero aquí no cabe el Derecho de representación. Por último, no hay distinción de sexos entre hermanos, esto es, en segundo grado, pero a partir del tercer grado sólo suceden agnados varones.

Ejm:

Supongamos que el difunto "X", deja a su madre "m", casada sine manu, y a su mujer "n", casada también sine manu; supongamos que tenía 3 hermanos "B", "C" y "D". "B", hermano premuerto, casado sine manu con "ñ", tiene un hijo "B1"; "C", hermano premuerto y viudo deja un hijo "C1"; y "D" hermano premuerto tuvo un hijo "D1" también premuerto, y un nieto "D2". Supongamos que "X" tiene un tío paterno "G" y una tía paterna "h".

31-10-01

En este caso, los agnados más próximos a "X", que le suceden, son: "B1", "C1" y "G", en partes iguales. Su tía "h" está también en tercer grado, pero es mujer.

06-11-01

En tercer lugar, si no hay agnados, las XII tablas ofrecían la herencia a la gens o grupo gentilicio. El problema es que las fuentes no dicen cuándo se deja de ser pariente agnado para pasar a ser pariente gentil, de esta manera, la interpretación literal de este precepto, resulta absurda porque la gens no es más que una unión agnaticia, por lo que si no hay agnados a quienes ofrecer herencia, nunca puede haber gentiles. Por ello, la interpretación que debemos dar es la de que si el agnado o agnados más próximos rechazan la herencia, ésta no se ofrece al agnado de grado ulterior, sino que directamente se ofrece a la gens.

En las tablas sexta y séptima, fundamentalmente se contemplaba todo lo referente a los Derechos reales sobre las cosas; sobre el Derecho de propiedad y los modos de adquirir y transmitir este Derecho, apenas se han conservado preceptos, fundamentalmente los que han llegado hasta nosotros se refieren a los Derechos sobre los fundos y a la solución de las controversias que pudieran surgir en estas relaciones fundiarias.

En las XII tablas aparece ya la distinción entre res Mancipi o cosas económicamente más importantes y res nec Mancipi, que es el resto. Por último, desde el punto de vista de la usucapión, que en la época clásica consiste en la adquisición de la propiedad de una cosa por la posesión ininterrumpida de la misma durante un plazo de tiempo, se establece que este plazo es de un año para cosas muebles (aquellas que se pueden desplazar de un sitio a otro sin menos cabo de su esencia) y de dos años para cosas inmuebles (estas son el suelo y lo incorporado al mismo de manera permanente).

07-11-01

Las tablas octava y novena, regulaban todo lo relativo al Derecho penal, en ellas ya aparece la distinción entre delitos privados o delicta y delitos públicos o crimina; un delito privado es un acto ilícito que lesiona un interés particular y que da lugar a un procedimiento privado, cuya principal característica, es que la sentencia en caso de ser condenatoria, es siempre pecuniaria, es decir, consistente en una cantidad de dinero; por le contrario, un delito público es un acto ilícito que lesiona no sólo un interés particular sino los intereses de toda una comunidad y que da lugar a un procedimiento penal publico, en el que la sentencia puede ser patrimonial o corporal.

En cuanto a los delitos privados, aparecen regulados en las XII tablas los siguientes:

- Delito de hurto o furtum; el concepto de hurto es, en este momento, simple y restringido, por hurto entendemos en esta época todo acto consistente en arrebatar ilícitamente una cosa mueble a otra persona,

fundamentalmente hay dos tipos de hurto, por un lado el hurto flagrante o furtum manifestum, este hurto se produce cuando el ladrón es sorprendido en el mismo momento de la comisión del hecho delictivo o cuando es capturado mientras transporta la cosa que acababa de hurtar, además se considera también hurto flagrante, el supuesto por el que se consigue encontrar la cosa hurtada en casa del ladrón, después de realizar un registro formal y solemne.

La sanción, en caso de que el delito fuese cometido por una persona libre, es la de caída en esclavitud; si el delito fue cometido por un esclavo, entonces se le podía condenar a muerte; y además, si el hurto se cometió por la noche y/o con armas, el ofendido podía dar muerte al ladrón, previa petición de auxilio a grandes voces.

Hurto no flagrante o furtum nec manifestum; este hurto se produce en todos los demás casos, es decir, cuando se consigue demostrar posteriormente que el ladrón cometió el hurto, en este caso, la pena ya es pecuniaria y se le condenaba concretamente a pagar el doble del valor que tuviera la cosa hurtada en el mercado.

08-11-01

- Delito de daños en las cosas o damnum; sobre la regulación decemviral, de este delito no sabemos nada porque una ley posterior, la lex Aquilia (286 a.C.), deroga todo lo referente a este delito, únicamente se han conservado algunas referencias a los supuestos de daños causados por animales, precisamente porque esta ley no las contempló.
- Delito de lesiones físicas; dentro de este delito se podían dar tres posibilidades: en primer lugar, en el caso de las mutilaciones, todavía pervive la ley del Talión (ojo por ojo), pero las partes pueden acordar en su sustitución, una pena pecuniaria. En segundo lugar, si se fracturaba un hueso, las XII tablas contemplaban como pena, una cantidad fija de dinero. En tercer lugar, en el caso de lesiones menores o simples golpes, las XII tablas condenaban también, al que cometió este acto delictivo, a pagar una cantidad fija de dinero. Estas lesiones menores, se denominan en esta época, injurias, a diferencia de lo que ocurrirá posteriormente, cuando el término injuria se refiere, tanto a todo tipo de lesiones físicas, como a las ofensas morales.

Podemos destacar todavía algunas disposiciones más de las XII tablas; una de ellas es la prohibición de rogar privilegios; en la época clásica, por privilegio se entiende toda disposición dictada a favor de una persona o un grupo de personas, sin embargo, esto no es así en las XII tablas, pues aquí, el término privilegio tiene un matiz desfavorable, es decir, lo que se prohíbe en las XII tablas, es toda aquella disposición dictada en perjuicio de un grupo de personas. Y la otra es la prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos, que sería derogada inmediatamente después, en el 445 a.C. por la lex Canuleia.

Evolución del Derecho después de las XII tablas

En el ámbito del Derecho público, el desarrollo del Derecho se lleva a cabo a través de la legislación comicial o leyes votadas en las asambleas populares. En el ámbito del Derecho privado, esta evolución se materializa a través de la interpretación del Derecho que hacen los pontífices. La publicación de las XII tablas no supuso la pérdida del monopolio jurídico que tenía entonces, el colegio de pontífices, pues los formularios de las acciones judiciales y los formularios de los distintos negocios jurídicos, nunca se publicaron en estas XII tablas.

12-11-01

Lección 6. Desarrollo y sistematización del Derecho en la República

La jurisprudencia republicana. De la jurisprudencia pontifical a la jurisprudencia laica. La actividad de la jurisprudencia republicana. Respondere, cavere, agere.

A comienzos de la República, el conocimiento del Derecho es un monopolio exclusivo de los pontífices, estos

sacerdotes conocían secretamente los formularios de las distintas acciones judiciales y los formularios de los distintos negocios jurídicos, por este motivo, los particulares acudían en auxilio de los pontífices cuando querían celebrar un determinado negocio jurídico o iniciar un litigio; esta dependencia se veía reforzada por las propias características del Derecho arcaico, esto es un Derecho formal y solemne, en el que el más mínimo error en los términos empleados, podía hacer perder un litigio o un negocio, sin embargo, en los siglos posteriores se va desarrollar un proceso progresivo de secularización jurisprudencial, por el que, el colegio de pontífices va perder, definitivamente, el monopolio jurídico.

Los acontecimientos que van a provocar la pérdida de este control, del colegio de pontífices, son los siguientes:

- Publicación de la ley de las XII tablas: su publicación no terminó con el monopolio pero sustrajo, de su conocimiento exclusivo, una serie de materias que aparecieron publicadas en las XII tablas.
- Publicación por Gneo Flavianum (secretario de Appio Claudio), de los formularios de las distintas acciones judiciales, a esa obra se le conoce con el nombre de Derecho Civil Flaviano o *ius civile Flavianum*, además, según el relato tradicional, el propio Appio Claudio, publicaría un obra, *liber de usurpationibus* o sobre las usurpaciones, en donde probablemente se recogerían los formularios de los negocios jurídicos más usuales. Con esto aumentaría la seguridad y la certeza jurídica, pero lo más importante, la técnica del razonamiento jurídico, todavía seguía en manos de los pontífices.
- A mediados del siglo III a.C., cuando el primer plebeyo, Tiberio Coruncanio, que ocupa el cargo de jefe del colegio de pontífices, permite a particulares que no son sacerdotes, presenciar las consultas jurídicas que se planteaban en el colegio de pontífices, esto permitió que personas ajenas a esta clase sacerdotal, tuvieran acceso al método de elaboración del Derecho y a partir de este momento, cabe hablar tanto de juristas laicos como juristas sacerdotes.

La literatura jurídica aparece propiamente en el año 200 a.C. con los *Tripartita* de Sexto Elio Petón, en donde se recogen, el texto de las XII tablas, su interpretación y los formularios de las distintas acciones judiciales.

13-11-01

Después, a mediados del siglo II a.C., situamos a los tres juristas que, según el relato tradicional, fundarían el "Derecho Civil", Manio Manilio, Mario Junio Bruto y Publio Mucio Escévola. La época clásica comenzaría ya con Quinto Mucio Escévola, su discípulo Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo, con ellos comenzó la enseñanza organizada del Derecho.

Actividad de los juristas republicanos

Esta actividad se expresa a través de tres verbos:

- *Respondere*: es la actividad más importante y consiste en dictaminar, en emitir dictámenes o respuestas sobre los problemas jurídicos que son planteados a los juristas por particulares, jueces y magistrados. En principio estas respuestas no tenían fuerza vinculante, pero en la práctica era difícil pensar que alguien se apartara de la solución propuesta por un jurista, debido precisamente a la auctoritas o prestigio social.
- *Cavere*: con este verbo nos referimos a la actividad encaminada a diseñar los esquemas, de los distintos negocios jurídicos que se pueden utilizar en el tráfico comercial y fundamentalmente dentro de esto, a los esquemas de las cauciones, que son un tipo de estipulaciones con finalidad de garantía o lo que es lo mismo, aquellos negocios cuya celebración es recomendada para asegurar futuros riesgos.

La jurisprudencia republicana se especializó hasta tal punto en este tipo de negocios, que nos referimos a ella también con el nombre de jurisprudencia cautelar.

Un ejemplo de caución es la caución para la restitución de la dote o *cautio rei uxoriae*; en Roma era práctica

habitual, que antes de contraer matrimonio, la futura esposa o su paterfamilias o incluso un tercero, hiciese una donación especial al marido para contribuir a las cargas del matrimonio, esa donación especial se denomina dote. La dote, a pesar de que se haga a favor del marido, tiene la consideración de res uxoria, es decir, de patrimonio de la mujer, y esto significa entre otras cosas, que si el matrimonio se disuelve, la dote o su estimación tiene que regresar a manos del constituyente de la misma. En un primer momento, cuando se registran los primeros casos de divorcio, el marido tenía únicamente el deber moral de restituir la dote, pero no tenía el deber jurídico, por tanto, si no quería devolver, no existía ningún remedio jurídico para forzarle a ello.

Para asegurar este riesgo, la jurisprudencia recomendaba al constituyente de la dote, que en el momento de la constitución, exigiera al marido que prestara una caución, concretamente la cautio rei uxoriae, por la que se obligaba jurídicamente a devolver la dote en caso de divorcio, de esta manera, si se disolvía el matrimonio por divorcio y el marido no restituía, entonces el constituyente ya tenía acción derivada de esa caución, contra el marido.

Una acción es toda aquella actividad del demandante, encaminada a hacer valer su pretensión en un litigio.

15-11-01

- Agere: con este término nos referimos a aquella actividad consistente en elegir la acción y adaptarla a las circunstancias del caso concreto.

Las leyes públicas

Una ley es una propuesta que realiza un magistrado con imperium, es decir, un cónsul o un pretor, para que sea aprobada por el pueblo reunido en comicios, por tanto, esa propuesta podía proponerse bien a los comicios por centurias o bien a los comicios por tribus; al margen la plebe tiene sus propias asambleas populares o concilia plebis, que son convocadas y presididas por el tribuno de la plebe. Las leyes aprobadas por estas asambleas plebeyas, reciben técnicamente el nombre de plebiscitos y en principio sólo vincularon a la plebe.

El proyecto legislativo que iba ser votado por el pueblo era publicado durante un plazo de tiempo para su conocimiento, en este plazo de tiempo el magistrado o magistrados proponentes defendían las ventajas del proyecto legislativo que presentaban y acogían las críticas que se hicieran a esos proyectos. Llegado el día de la votación, tras invocar a los dioses y realizar los sacrificios oportunos se llamaba al pueblo para votar.

Estructuralmente una ley pública se divide en las siguientes partes:

- Praescriptio: vendría a ser algo así como el encabezamiento de la ley, donde figurarían el nombre o nombre de los magistrados proponentes, la fecha de la votación y la primera unidad que votó, bien centuria o bien tribu.
- Rogatio: es el texto legislativo.
- Sanctio: esta última parte es de contenido muy dudoso, pero es seguro que en ella no se recogía la sanción contra el infractor de la ley, pues esto al fin y al cabo, aparecería ya en la Rogatio. En todo caso, es probable que en esta parte de la ley se recogieran las indicaciones tendentes a regular las relaciones de ese precepto con otros anteriores o posteriores.

En cuanto a la eficacia de las disposiciones legislativas, conocemos una clasificación que se refiere a las leyes prohibitivas, que aparece recogida en una obra postclásica conocida como Epítome de Ulpiano (es una obra de un autor anónimo).

Clasificación de las leyes primitivas:

- Leyes perfectas: serían aquellas que prohibiendo algo, declaran nulo el acto realizado en su contra e imponen una sanción contra el infractor.
- Leyes menos que perfectas: serían aquellas que prohibiendo algo no declaraban nulo el acto realizado en su contra, pero sí imponían una sanción contra el contraventor (infractor). Un ejemplo de este tipo de leyes es la ley Furia testamentaria, que prohibió los legados a partir de una determinada cantidad a favor de personas que estuvieran fuera del entorno familiar del testador, de este modo, si un legatario aceptaba un legado, en contra de lo dispuesto por esta ley, el legado era válido, pero el heredero podía exigir como sanción, el cuádruplo de la cantidad fijada como tope máximo por esta ley al legatario (un legado es una cláusula testamentaria que establece el testador, a favor de una persona que llamamos legatario, a título de liberalidad y que recae sobre bienes concretos del testador).

19-11-01

- Leyes imperfectas: son las que prohibiendo algo, ni declaran nulo el acto realizado en su contra ni imponen una sanción directa contra el infractor, en estos casos la sanción era indirecta, porque con base a estas leyes, el pretor concedía excepciones a favor del perjudicado (la excepción es un remedio procesal que el pretor concede al demandado en un juicio, en virtud del cual, el demandado alega unos hechos que tienen como finalidad neutralizar la pretensión del demandante, y que en caso de prosperar llevan a ese demandado a la absolución).

Un ejemplo de ley imperfecta es la ley cincia de donaciones, que prohibió las donaciones a partir de una determinada cantidad, en beneficio de personas que estuvieran fuera del entorno familiar del donante (la donación es un acto, en virtud del cual, una persona que es el donante, sin estar obligado a ello proporciona a otra que es el donatario, una ventaja o un beneficio gratuitos).

En Roma la donación no es un negocio jurídico típico, sino que opera como causa de otros negocios, por ejemplo se puede celebrar una donación a través de una estipulación o también se puede materializar una donación mediante una traditio o entrega de aquello que se pretende donar.

Si alguien prometió donar una cantidad de dinero a través de una estipulación, en contra de lo establecido por la ley cincia, y decide revocar esa donación, entonces frente a la acción de la estipulación que tendría el estipulante y donatario, el pretor concedía al donante una excepción fundamentada en lo dispuesto por la ley cincia de donaciones.

20-11-01

Derecho Civil, Derecho de gentes y Derecho honorario

El Derecho Civil o ius civile, es el Derecho propio de los ciudadanos romanos y sólo se les aplica a ellos, esto no es más que una consecuencia de la aplicación del principio de la personalidad del Derecho, en virtud del cual, el ciudadano de una comunidad se rige siempre por el Derecho de su comunidad, es decir, que según este principio, el Derecho no tiene una vigencia territorial, sino que se aplica a cada miembro de una comunidad allá donde quiera que esté.

El Derecho Civil tiene su origen en el Derecho consuetudinario recogido en las XII tablas y en su evolución posterior, llevada a cabo mediante la legislación comicial y mediante la interpretación de la jurisprudencia, primero pontifical y luego laica.

Junto a esto, los romanos al entrar en contacto con otros pueblos, se dieron cuenta de que algunas de sus instituciones jurídicas eran comunes a otros pueblos y precisamente estas instituciones más que fundamentarse en la forma, se fundamentaban en un ideal de comportamiento exigible a las partes que intervinieran en una determinada relación jurídica, o lo que es lo mismo, se fundamentaban en la idea de

fidelidad o fides, o lealtad a la palabra dada. Este Derecho común formará lo que posteriormente se denominó, Derecho de gentes o ius gentium, y desde la perspectiva romana no es concebido como un Derecho extranjero, sino que se trata de un Derecho Romano que resulta accesible también a los extranjeros con los que los romanos se relacionan comercialmente. Para resolver las controversias entre ciudadanos romanos y extranjeros, o entre extranjeros dentro de la ciudad se creó una magistratura especial, la del pretor peregrino.

El Derecho honorario o ius honorarium, es el Derecho creado por los magistrados con potestad jurisdiccional y se denomina así, porque las magistraturas en Roma son honores. En sentido amplio, las expresiones Derecho honorario y Derecho pretorio son equivalentes, pero en sentido estricto esto no es del todo exacto, porque junto al pretor hay otros magistrados con potestad jurisdiccional sobre asuntos concretos.

Según el jurista Papiniano, el Derecho pretorio fue aquél que introdujeron los pretores para ayudar, suplir o corregir al Derecho Civil, y precisamente uno de los campos donde mejor se pone de manifiesto esta labor del pretor es el de la sucesión intestada o abintestato. El pretor no puede conceder el título de heredero como lo hace el Derecho Civil, pero sí puede conceder la posesión de los bienes hereditarios o bonorum possessio, de manera definitiva (bonorum possessio cum re) o bien de forma provisional (bonorum possessio sine re) a determinadas personas. Cuando esa posesión de los bienes hereditarios es ofrecida, a personas que sucederían también por el Derecho Civil, entonces decimos que el pretor está ayudando al Derecho Civil; cuando la posesión de los bienes hereditarios es ofrecida a personas distintas de las que sucederían según el Derecho Civil, entonces decimos que el pretor suple al Derecho Civil si la posesión de los bienes hereditarios es provisional, y decimos que corrige al Derecho Civil si la posesión de los bienes hereditarios es definitiva.

21-11-01

Las transformaciones que se producen a partir del siglo III a.C., en la realidad socioeconómica, tienen sus repercusiones en la estructura de la familia tradicional romana, a partir de esta época, son frecuentes en los usos sociales los matrimonios sine manu y las emancipaciones de los hijos, por eso el pretor introduce, aproximadamente en el siglo I a. C., una nueva ordenación de la sucesión intestada que asume la civil, pero introduciendo una novedad al permitir que puedan suceder también los parientes cognados. De esta forma, el pretor en su edicto, ofrece la herencia a las siguientes personas en 5 llamamientos sucesivos:

- El pretor ofrece la herencia durante un plazo de tiempo a los que son descendientes del fallecido o liberi, a este llamamiento se le denomina unde liberi. Estos liberi o descendientes son los herederos de propio Derecho o heredes sui de las XII tablas, más los emancipados. En cuanto los heredes sui, se dice que el pretor ayuda al Derecho Civil, porque éstos como sabemos, suceden ya por el Derecho Civil; sin embargo el pretor introduce la novedad en el caso de los emancipados, pues como sabemos estos no tienen Derecho a suceder según el Derecho Civil, para este caso, se dice que el pretor corrige al Derecho Civil, porque la posesión de los bienes hereditarios que se les ofrece a los emancipados, es definitiva, y esto hace que disminuyan la cuota hereditaria que corresponde a los herederos de propio Derecho, según el sistema Civil, y que incluso excluyan a los agnados en caso de que no hayan herederos de propio Derecho.

Por último, los juristas interpretan que son emancipadas las siguientes personas:

En primer lugar los que son emancipados por el fallecido, en segundo lugar los descendientes que tuvo el emancipado después de la emancipación, en tercer lugar el hijo entregado en adopción por el fallecido y luego emancipado por el padre adoptivo, y por último los descendientes del fallecido que quedaron bajo la potestad del abuelo en el momento de la emancipación del fallecido.

Ejm:

Supongamos que el difunto "X" deja un hijo "A", dos nietos "B1" y "B2", de un hijo premuerto "B", dos nietos "C1" y "C2" hijos de "C", que había sido emancipado y que "C1" y "C2" habían nacido antes de la

emancipación. Supongamos que deja también tres nietos "D1", "D2" y "D3" de otro hijo emancipado "D" y premuerto.

Según el sistema pretorio sucedería "A" (1/4) porque es heredero sui y heredero pretorio; "B1" y "B2" por Derecho de representación (1/4) y por ser herederos pretorios; según el Derecho Civil, "C" no sucedería y sí "C1" y "C2" por representación, pero según el Derecho pretor "C" sí sucedería (1/4); y "D1", "D2" y "D3" (1/4), donde "D" no sucedería por estar premuerto, además de emancipado, aunque los tuviera después de la emancipación.

26-11-01

- El pretor ofrecía la herencia durante el plazo correspondiente a los legítimi o legítimos, estos legítimos son los herederos civiles a los que llama a suceder las XII tablas, es decir, las sui o herederos de propio Derecho y en su defecto los agnados. En este segundo llamamiento, el pretor ayudaba al Derecho Civil porque los herederos legítimos eran también herederos civiles (Unde legitimi).
- El pretor ofrece la herencia a los parientes cognados, o con vínculo de sangre, con el límite del sexto grado o del séptimo si el padre cognado y el fallecido son nietos de hermanos. Además, la jurisprudencia estima que también son parientes cognados, los adoptados y la esposa en un matrimonio cum manu. Es precisamente en este llamamiento cuando pueden suceder recíprocamente una madre y un hijo sui iuris o jurídicamente independiente y también pueden suceder los hijos ilegítimos. Sin embargo, el pretor en este tercer llamamiento, suple al Derecho Civil porque al tratarse de una posesión de los bienes hereditarios provisional, la posición de cualquier cognado puede quedar postergada por la reclamación de un heredero civil.

Supongamos que el difunto "X" no deja más que los siguientes parientes cognados: los sobrinos "A" y "B", hijos de una hermana premuerta "Z"; su tío materno "T"; los sobrinos de su madre "S1" y "S2"; y la tía paterna "P".

Sucederían como cognados del causante "X": "P", "A", "B", "T" en la misma cuota (1/4) que están en tercer grado. "S1" y "S2" no sucederían al estar en cuarto grado, no vale el Derecho de representación. Por el Derecho Civil no sucedería ninguno de estos cuatro, porque no son agnados de "X", por lo que el Derecho pretorio está sucediendo al Derecho Civil.

27-11-01

- El pretor ofrece la herencia al cónyuge viudo en un matrimonio sine manu, es el llamamiento unde vir et uxur.
- Si no hay herederos, el pretor entregaba la herencia a los acreedores para que ejecutasen sus Derechos sobre la misma, y si no había, la herencia pasaba al erario público.

Al comienzo de la magistratura, el pretor publicaba un edicto en el que se contenían los distintos remedios y recursos jurídicos que podían utilizar los particulares para resolver sus controversias jurídicas. Este edicto, en la medida en que estaba estimado a regir, invariablemente durante el año que el pretor ocupaba su cargo, recibe el nombre de Edicto perpetuo; además, la seguridad y la certeza jurídicas exigían que cada nuevo magistrado no alterase en lo sustancial, el texto edictal del magistrado preferente, por lo que muy pronto se creó un texto, que se transmitía de un magistrado a otro, sin que fuese modificado sustancialmente, eso es el Edicto translaticio; sin embargo, si aparecían hechos o circunstancias nuevas, que hasta ese momento no habían sido sancionadas en el edicto, el pretor podía alejarse del texto que publicó al tomar posesión de su cargo para contemplar esa nueva situación, para esto, dictaba un decreto, o con carácter más general, introducía una nueva cláusula en el edicto que recibe el nombre de Edicto repentino.

Durante buena parte de la República, no fue necesario ligar jurídicamente a los pretores al contenido del texto

edictal, que habían publicado al comienzo de su magistratura, y esto fue así, por el riguroso principio moral de la fides o fidelidad, por el que en la práctica era impensable que un magistrado se alejase de la propia declaración que había emitido al comienzo de su magistratura.

29-11-01

Sin embargo, esta situación cambió en el siglo I a.C., coincidiendo precisamente con el periodo de convulsiones que sacudió a la República en este momento. En esta época, se registran en las fuentes una serie de comportamientos completamente arbitrarios, por los que los pretores, se alejan del contenido de los edictos prometidos para favorecer determinados intereses, por este motivo, aparece la necesidad de arbitrar distintos remedios jurídicos, para sujetar jurídicamente a los magistrados, al contenido de sus edictos.

Uno de estos remedios fue la lex Cornelia de iurisdictione (ley Cornelia de jurisdicción) del 67 a.C., el texto de esta ley no nos ha llegado y por tanto no podemos saber qué era exactamente la que prescribía. La otra medida creada es el llamado Edicto de retorsión, que introdujo el propio pretor en su edicto; esta cláusula edictal tenía como finalidad reprimir una actuación determinada, que era la de decretar eficazmente un ius novum o Derecho injusto, en esta expresión el adjetivo novum tiene un matiz peyorativo de injusticia, de ahí que Derecho nuevo y Derecho injusto (ius novum, ius iniquum) sean expresiones equivalentes.

El magistrado que decretaba un ius novum o Derecho injusto, en contra de una de las partes en un litigio, beneficiando de este modo a la otra, quedaba sujeto igualmente que el beneficiario por esa actuación, a ese mismo Derecho injusto pero en su contra. De esta manera, el magistrado que decretó en un juicio anterior un ius novum, vería cómo en un juicio posterior, en el que concurrieran circunstancias semejantes y siendo él ya parte interesada en el litigio, quedaría neutralizada su pretensión al solicitar su adversario u otro cualquiera, la aplicación de ese mismo Derecho injusto pero ahora en su contra, igualmente el que se benefició de ese ius novum, en un juicio anterior, quedaba sujeto al mismo, de tal forma que en un juicio posterior, su adversario u otro cualquiera podía solicitar la aplicación de ese Derecho injusto, pero ahora en su contra, siempre y cuando concurriesen hechos semejantes; en suma, lo que busca esta medida es una retorsión de los efectos del Derecho injusto, contra el que lo decretó y contra el que se benefició del mismo.

03-12-01

Lección 8. El Derecho en el Principado

Decadencia de la legislación comicial. Los senadoconsultos

Con el nuevo sistema político, instaurado por el emperador Augusto, las asambleas populares republicanas entran inmediatamente en franco declive, para desaparecer como órgano político con los emperadores posteriores, sin embargo, paradójicamente es con Augusto, uno de los momentos en el que más leyes comiciales se votaron, precisamente a esta época pertenecen leyes tan importantes como las leyes limitadoras de las manumisiones (la manumisión es el acto por el que un dueño concede la libertad a su esclavo), las leyes reorganizaron los procedimientos públicos y privados y las leyes matrimoniales.

04-12-01

Con los emperadores posteriores a Augusto, las asambleas populares desaparecen y la función legislativa que tenían atribuidas, pasa a partir de este momento, a ser desempeñada por el Senado; durante buena parte del Principado, el emperador o un magistrado en su nombre, realiza la propuesta legislativa a los senadores, que son quienes discuten con el proponente, el texto correspondiente y se aprueba de manera definitiva, a través de un senadoconsulto.

A partir de la época del emperador Adriano, primer tercio del siglo II d.C., esta propuesta legislativa del

emperador, se convierte en mero trámite, y los senadores pasan a ser meros aclamadores del proyecto legislativo presentado por el emperador. Precisamente estos senadoconsultos desaparecieron como fuente del Derecho a finales de la época clásica.

Las constituciones imperiales y sus tipos

Las constituciones imperiales son las resoluciones que dicta el emperador, facultado por el amplio poder que concentra en su persona. Según la finalidad de este tipo de disposiciones, podemos hablar de 4 tipos de constituciones imperiales:

- **Edictos:** son disposiciones de carácter general que afectan a todos los habitantes del Imperio, o por lo menos, a una buena parte de los mismos. Dentro de este tipo, el edicto más famoso fue la constitutio antoniniana o Edicto del emperador Caracalla, del año 212 d.C., por el que se concedió la condición de ciudadano romano a todos los habitantes del Imperio. (Distinto es Edicto de un emperador, con Edicto del pretor).
- **Mandatos:** son resoluciones administrativas, que tienen como destinatarios a los miembros de la administración imperial; en principio, este tipo de disposiciones sólo estaban vigentes en vida del emperador que las había dictado, pero posteriormente se estimó que permanecían en vigor, hasta que no fuesen expresamente derogadas.
- **Rescriptos:** se afianzaron en época de Adriano, tienen su antecedente en otro tipo de disposiciones que denominamos epístolas, éstas son las soluciones que daba el emperador a través de su consejo de juristas sobre los problemas jurídicos que le planteaban magistrados y jueces. Técnicamente, un rescripto es un dictamen que emite el emperador sobre un problema jurídico que le plantea un particular, éste presentaba una instancia en la cancillería imperial, en donde exponía el problema que se planteaba, transcurrido un plazo de tiempo, esta instancia le era devuelta al particular con la solución del caso que planteaba (burocratización de la jurisprudencia). La eficacia de estos rescriptos, depende en la práctica, por la veracidad de los hechos alegados por el particular en la instancia, de esta manera, los rescriptos sólo vinculan a los jueces en la medida en que los hechos alegados en esos rescriptos sean verídicos, es decir, resulten aprobados en el juicio, esto es así, porque los juristas en la cancillería sólo conocen sobre cuestiones de Derecho, pero nunca sobre cuestiones de hecho.
- **Decretos:** son las sentencias que da el emperador en el ámbito de su competencia, el emperador no resolvía nunca en primera instancia, sino que lo hacía siempre en apelación, esto sólo fue posible dentro del nuevo procedimiento extraordinario que aparece en esta época y que va a ir desplazando al procedimiento formulario.

11-12-01

La jurisprudencia del Principado. Poder imperial y jurisprudencia

El proceso de absorción de funciones que caracteriza al nuevo sistema instaurado por Augusto, se extendió no sólo a las magistraturas republicanas, sino también a los demás órganos políticos típicamente republicanos, es decir, a las asambleas populares y en menor medida también, al Senado. Este intervencionismo del emperador, afectó también a la jurisprudencia, y por tanto, a la función más importante de la misma, la de responder o asesorar sobre los problemas jurídicos planteados. Augusto creó el título oficial del Derecho de responder públicamente por la autoridad delegada del emperador (ius publice respondendi ex auctoritate principis).

Desde este momento, las respuestas de los juristas ya no resultaron vinculantes por la propia auctoritas o prestigio social del jurista que las emitía, sino que lo eran por la auctoritas o prestigio delegado del emperador. La creación de este título llevó a un control del emperador sobre la jurisprudencia, pues sólo las respuestas de los juristas titulados resultaban vinculantes para jueces y magistrados, por lo demás, la doctrina creada por los juristas no titulados, resultaba vinculante indirectamente si la jurisprudencia oficial asumía esa doctrina.

En caso de que dos o más juristas emitieran dictámenes discordantes sobre un mismo problema (ius controversum), el juez tenía total libertad para elegir la solución que estimara conveniente.

Con la consolidación de la cancellería imperial, en la época de Adriano, parece ser que la concesión del ius respondendi debió restringirse a los juristas integrantes de la misma.

La literatura jurídica de la jurisprudencia del Principado

Las obras de jurisprudencia de esta época, enlazan directamente con las obras de la jurisprudencia republicana, y son por tanto, obras de marcado carácter casuístico. Podemos destacar los siguientes tipos de obras:

- Responsa, o respuestas que dan los juristas a los casos jurídicos que les plantean.
- Quaestiones, que son las soluciones que dan los juristas a problemas jurídicos ficticios, generalmente muy complicados que se plantean durante su labor de enseñanza del Derecho.
- Digesta, que son las obras más completas, porque en ellas se contienen responsa, quaestiones y comentarios específicos sobre distintos tipos de fuentes.
- Comentarios que hacen los juristas al contenido del Edicto del pretor y a la exposición del Derecho Civil, según la sistemática del jurista Sabino.

12-12-01

- Destacan también las monografías que escriben los juristas sobre determinadas instituciones, como la dote, la tutela, etc.
- A partir del siglo II d.C., aparece un nuevo tipo de obras que son las instituciones o libros institucionales dedicados a la enseñanza del Derecho, este tipo de libros surgen ante la necesidad de preparar a los funcionarios para ingresar en la carrera administrativa.

La mayoría de estas obras ha llegado hasta nosotros, fragmentariamente y con alteraciones a través del Digesto de Justiniano, la mayor parte se deben a juristas tardo clásicos como Paulo o Ulpiano, precisamente, por la proximidad cronológica de estos juristas con los justinianeos y por el carácter enciclopédico de sus obras, pero esto no significa que los juristas de la época clásica tardía sean superiores a los juristas republicanos. La única obra que se ha conservado casi por completo, sin haber pasado por las manos de los compiladores de Justiniano, son las instituciones de Gayo.

La redacción definitiva del Edicto. Sistemática interna edictal

Prácticamente con Augusto, el Edicto se había estabilizado y durante el primer siglo d.C. apenas se introdujeron innovaciones en el mismo. En la época de Adriano (primer tercio del siglo II), según las fuentes, se ordenó al jurista Juliano, que pusiera en orden el contenido del Edicto del pretor, a partir de ese momento, se codificó y ya no se introdujeron modificaciones en el mismo.

El Edicto del pretor no ha llegado hasta nosotros, pero es posible hacer una reconstrucción aproximada del mismo, a través de las obras de los juristas que comentan su contenido, como el jurista Gayo, Paulo o Ulpiano. La reconstrucción del Edicto que hoy utilizamos se debe al romanista alemán Otto Lenel y más concretamente en la tercera edición de su ensayo de 1927.

Según su reconstrucción, el Edicto estaría dividido en 5 grandes partes, que se subdividen a su vez en 45 títulos en total:

- Recoge lo referente al Derecho procesal, es decir, viene a ser como un gigantesco litigio, en el que se dan todas las particularidades o posibilidades del mismo (13 primeros títulos).

- Se regula todo lo relativo a los Derechos absolutos sobre las cosas, a las obligaciones contractuales, préstamos, algunos delitos privados y lo relativo a la dote y tutela (10 siguiente títulos).
- Se regula la materia de sucesiones, tanto la intestada como la sucesión testamentaria (10 siguiente títulos).
- Aparece todo lo referente a la ejecución de la sentencia (del título 36 al 42).
- Se regulan los interdictos, las excepciones y las estipulaciones pretorias (del título 36 al 42).

13-12-01

El Derecho en las provincias

La aplicación del Derecho Romano en las provincias dependía, en la práctica, de la mayor o menor romanización de las mismas, es decir, de la mayor o menor resistencia de la tradición jurídica de cada provincia, a esa aplicación del Derecho Romano.

Como sabemos, en la antigüedad regía el principio de la personalidad del Derecho, pero en la práctica nunca se aplicaba rígidamente este principio. Cuando comenzó la expansión territorial de Roma, los romanos, desde el principio, permitieron a los habitantes de otras comunidades, que participaran activamente en algunas de sus instituciones, por eso, desde el punto de vista del Derecho Romano, se empezó a distinguir tres posiciones o status fundamentales:

- Ciudadano romano.
- Extranjero o peregrino, que es aquél que vive dentro del mundo romano, pero que se rige por su propio Derecho.
- Latinos, que según el caso, participan en mayor o menor medida de las instituciones del Derecho Romano.

Al margen, en las provincias ejerce la función jurisdiccional, el gobernador de la provincia, éste publica un edicto que es una adaptación del Edicto del pretor de Roma, a las circunstancias concretas de cada provincia, por esto, en estos edictos provinciales se recoge un Derecho fundamental romano, pero adaptado a la tradición jurídica provincial, en mayor o menor medida, en función de que este Derecho provincial esté más o menos arraigado. El gobernador de la provincia ejerce la jurisdicción en la capital de la provincia, pero también se desplaza, periódicamente, a determinados puntos de la geografía para administrar justicia, que se denominan ciudades justicias. También ejerce la jurisdicción en las provincias, en los municipios y colonias, los magistrados locales, pero esta jurisdicción viene limitada en la práctica, por razón de la materia y por razón de la cuantía, en la ley colonial o municipal correspondiente, no obstante, las partes en un litigio podían acordar que se sometiera la controversia litigiosa, a la jurisdicción de un magistrado local, a pesar de que el asunto quedase fuera del ámbito de su jurisdicción.

Después del 212, con la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, en la práctica no se consiguió la pretendida uniformidad jurídica para todos los ciudadanos del Imperio, pues de hecho, esa aplicación del Derecho Romano siguió dependiendo de la mayor o menor raigambre (existencia) del Derecho provincial.

Lección 10. El Derecho en el Dominado

Fuentes del Derecho: *leges* y *iura*. El vulgarismo

Propiamente, la época clásica termina en el año 230, aunque hay algunos autores que son partidarios de prolongar esta época clásica, hasta finales del siglo III, porque todavía a finales de este siglo se elaboran, en la cancillería, rescriptos de bastante altura técnica.

A partir de esta fecha, entramos en un periodo de decadencia al que denominamos, vulgarismo jurídico; esta decadencia viene motivada, por un parte, por la influencia de los Derechos provinciales en el propio Derecho

Romano, y por otra, por la pérdida del estilo técnico tradicional de creación del Derecho, es decir, por la desaparición de la jurisprudencia como fuente creadora del Derecho.

18-12-01

En cuanto a las fuentes del Derecho en esta época, hablamos fundamentalmente de dos tipos:

- Es fuente viva del Derecho la voluntad del emperador, expresada a través de las constituciones imperiales; en esta época, a las constituciones se les denomina genéricamente *leges* o *leyes*. Dentro de estas constituciones, desaparecidos los mandatos y los decretos, perviven las disposiciones de carácter general o edictos, que también se denominan leges generales. También perviven en esta época los rescriptos, que ahora se conciben como leges especiales o disposiciones que utilizan los emperadores para conceder beneficios o inmunidades a determinadas comunidades. Por último, aparece en esta época, un nuevo tipo de constituciones de origen muy oscuro que son las pragmáticas, éstas se utilizan después de la división del Imperio, para adoptar disposiciones promulgadas en la otra parte del Imperio.
- Es fuente del Derecho el *ius* o los *iura* (plural), o escritos que dejaron los juristas de la época clásica, este Derecho jurisprudencial es fuente del Derecho como cuerpo normativo, pero no como fuente viva, porque como sabemos, la jurisprudencia creadora ha desaparecido con la época clásica.

Literatura jurídica del Dominado

La práctica forense, de aportar en los juicios textos normativos, que fundamentasen las alegaciones de los abogados en los juicios, planteaba situaciones de gran incertidumbre o inseguridad jurídicas en la aplicación del Derecho.

Por una parte, por la dificultad de demostrar en el juicio la veracidad del texto presentado, y por otro lado, por la gran dificultad que tenían los expertos en Derecho, para comprender la obra de la jurisprudencia clásica.

En lo que se refiere a las *leges* o constituciones imperiales, sabemos que a finales del siglo III, se plantea el problema del uso de rescriptos falsos en los juicios, corruptela que se extiende, después, al resto de constituciones imperiales. Una primera medida, para solucionar este problema, fue dictada en la época de Constantino (primer tercio siglo IV), al exigirse que los abogados presentasen, junto a la constitución alegada, la fecha de su promulgación. De todas formas, el paso definitivo para dar mayor certeza al Derecho, se realiza a través de las distintas codificaciones de constituciones imperiales, que se llevan a cabo, ya desde finales del siglo III.

Dentro de estas codificaciones, podemos destacar las siguientes:

- Código Gregoriano (292), en donde se recogían los rescriptos desde la época de Adriano hasta la época de Diocleciano.
- Código Hermogeniano (294), que es un código complementario del anterior, en donde se recogen los rescriptos, dictados por Diocleciano, durante esos dos años. Estos dos códigos no se han conservado, pero es seguro que fueron utilizados por los compiladores de Justiniano, para la elaboración de su código, en lo que se refiere a los rescriptos de esa época.
- Código Teodosiano, es la primera compilación oficial de constituciones imperiales, mandada a elaborar por el emperador Teodosio II, en la parte oriental del Imperio.

08-01-02

Respecto a los *iura*, el problema que se plantea es más complejo que el que presentan las constituciones imperiales; es típico de esta época, el resumir o extractar las obras de la jurisprudencia clásica, para extraer de ellas, lo más fácilmente comprensible y útil con finalidades didácticas y forenses. Dentro de este proceso de

reelaboración de los iura, destacamos dos grandes momentos, uno en torno al año 300 en el que se produce el tránsito del volumen o rollo, como soporte físico de la escritura, al libro paginado o codex. El otro gran momento lo situamos en torno al 426, fecha de la publicación de la ley de Citas.

Dentro de estas obras postclásicas que suelen estar atribuidas a juristas clásicos, precisamente para favorecer su difusión, aunque obedezcan a la labor de autores anónimos, podemos destacar las siguientes:

- Sentencias de Paulo (Pauli Sententiae), es una obra postclásica realizada, fundamentalmente, sobre la obra del jurista Paulo; en esta obra se pueden detectar estratos que abarcarían desde el siglo III hasta el siglo VI, ya con Justiniano.
- Epítome de Ulpiano, esta obra está realizada con fragmentos de Ulpiano y Gayo, de principios del siglo IV.

Dentro de la sistemática gayana podemos situar las siguientes obras:

- Res cottidianae, obra de principio del siglo IV, que los compiladores del Digesto atribuyeron al jurista Gayo.
- Epítome de Gayo.
- Fragmentos de Autún.

El problema fundamental que existe en torno a los iura, es el de la dificultad práctica para comprender el contenido de este tipo de escritos, por este motivo, los expertos en Derecho de esta época, tuvieron una predilección espontánea por la producción de una serie de juristas que ofrecían unas ventajas sobre el resto. Esta tendencia limitadora, tuvo su sanción legislativa en la parte occidental del Imperio, en el 426 con la promulgación de la llamada ley de Citas por Valentiniano III, a partir de este momento, sólo se pudieron utilizar en los juicios las obras de estos 5 grandes juristas: Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino.

En caso de conflicto sobre un mismo problema (ius controversium), se aplicaba la regla de la mayoría, en caso de empate prevalecía la opinión de Papiniano, y si ésta no constaba, entonces el juez tenía libertad para elegir la opinión que considerase oportuna.

Además también, era posible aportar en un juicio la opinión de un jurista distinto, siempre que dicha opinión estuviera recogida en las obras de alguno de estos juristas. Para este supuesto era necesario, para demostrar la veracidad de esa opinión, el cotejo de manuscritos.

09-01-02

Lección 11. La compilación de Justiniano

Justiniano y su obra legislativa

Con Justiniano culmina un proceso de codificación, que comienza a principios del siglo IV, la idea central de Justiniano fue la de restaurar la antigua grandeza del Imperio romano; para ello, tuvo que servirse de las armas de la religión y el Derecho.

Una vez que reconquistó buena parte del antiguo Imperio, el emperador quiso dar homogeneidad jurídica a todos sus habitantes. La vulgarización jurídica que afectaba al Derecho, ya desde finales del siglo III, había provocado una gran dispersión y disparidad de normas jurídicas, que dificultaban su aplicación práctica.

Los distintos intentos codificadores que se habían dado anteriormente, como el código teodosiano o la ley de Citas, habían puesto de manifiesto la existencia de una gran inseguridad en la aplicación del Derecho; por este motivo, se venía demandando desde hacía tiempo, un gran proyecto codificador que contuviera todo el Derecho vigente, para dar mayor certeza en la aplicación del Derecho. La situación para llevar a cabo esta

obra era idónea, en la parte oriental del Imperio, en donde existían escuelas jurídicas como las de Berito o Constantinopla, en las que se preparaba a los futuros miembros de la administración imperial. En estas escuelas se vivía un auténtico renacimiento jurídico, renacimiento que algunos han llegado a denominar, clasicismo, en el sentido de que se imita el estilo de la jurisprudencia clásica, pero sin llegar al espíritu creador de ésta.

Codificación del Derecho

Justiniano, para llevar a cabo esta gran obra de codificación, nombró una serie de comisiones dentro de las que destacó la figura de Triboniano, quien fue el verdadero impulsor del Digesto. Esta codificación, a la que después se denominó, *Corpus iuris civilis*, estuvo compuesta por las siguientes partes:

- Primera edición del código: el emperador, en el 528, nombró una comisión para que reuniera, en un código, las constituciones imperiales vigentes, partiendo de los códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano. El trabajo se realizó con rapidez, y esta primera edición se publicó en el 529.

No obstante, esta primera edición estuvo poco tiempo en vigor, ya que fue necesario elaborar una segunda, en el 534, para adaptarla al resto de la compilación.

- El Digesto: en el 530, Justiniano encargó a Triboniano, que nombrara una comisión para que reuniese en una sola obra, siguiendo la sistemática edictal, todo el Derecho jurisprudencial vigente, este encargo se llevó a cabo con sorprendente rapidez y tres años más tarde, en el 533, se publicó el Digesto. A partir de este momento, sólo se podían aportar en los juicios, los textos de los juristas que estuvieran recogidos en el Digesto, y tal y como hubiesen quedado redactados definitivamente en el mismo.

El Digesto contiene fragmentos de 39 juristas, algunos de ellos de finales de la República, aunque la mayoría pertenecen a Paulo y Ulpiano.

Cada fragmento o texto tiene un encabezamiento o *inscriptio*, en donde figura el nombre del jurista y el título de la obra de la que se extrae dicho fragmento, por lo demás, los compiladores modificaron, formal y sustancialmente, estos fragmentos para adaptarlos al Derecho de su época, a estas alteraciones las denominamos interpolaciones, y su descubrimiento y estudio, constituye uno de los fines de la moderna ciencia romanística.

10-01-02

Sobre el método de elaboración del Digesto, resulta sorprendente, que la comisión encargada de hacerlo reuniera una obra de esta magnitud en un plazo de tan breve de tiempo, sobretodo si tenemos en cuenta, que como dice el propio Justiniano, tuvieron que manejar unos dos mil libros que venían a ocupar tres millones de líneas.

La teoría más aceptada, hoy en día, que intenta explicar el método de trabajo de esta comisión, se debe al romanista alemán Bluhme, que la propuso a comienzos del siglo XIX.

Según él, la comisión se dividiría en tres subcomisiones, encargándose cada una de ellas de tres partes o masas constantes. Estas masas, serían las siguientes:

- Masa edictal: compuesta por los comentarios, al edicto del pretor, de Paulo, Ulpiano y Gayo.
- Masa sabiniana: compuesta por los comentarios, a la obra de Sabino, de Paulo, Ulpiano y Pamponio (Derecho Civil).
- Masa papiniana más el "apéndice": compuesta por la obra del jurista Papiniano, más las obras de los restantes juristas que aparecen en el Digesto.

Cada subcomisión, después de terminar su trabajo sobre cada una de estas partes, sería convocada en sesión plenaria, donde se escogería la aportación más rica sobre cada materia, completándose con el resto de aportaciones de las otras subcomisiones.

Al margen hay otras teorías, que intentan explicar el método de trabajo de los compiladores partiendo de la existencia de trabajos preliminares o predigestos, que ayudarían a esta comisión, así, una de estas teorías considera que los compiladores se habían servido del trabajo que dejarían los miembros de la primera comisión, que nombró el emperador Teodosio un siglo antes, con la finalidad de reunir todo el Derecho vigente en una gran proyecto. De todas formas, hoy en día, no podemos saber cómo pudo trabajar esta comisión, pero podemos asegurar, por un lado, que Justiniano exagera a la hora de referirse al volumen de obras que manejarían los compiladores, y por otro lado, es cierto que debieron existir trabajos previos, en las escuelas jurídicas, que servirían para allanar el camino de los compiladores.

- Las Instituciones: prácticamente cuando estaba terminado el Digesto, se nombró otra comisión para que elaborase un manual institucional de enseñanza del Derecho, que sustituyera a las, ya superadas en este momento, instituciones de Gayo. Las instituciones de Justiniano se publicaron en el 533, y siguen de cerca la sistemática de las instituciones de Gayo, aunque para su elaboración, la comisión correspondiente tuvo en cuenta las obras institucionales de otros juristas, el propio Digesto que estaba casi terminado, y algunas instituciones imperiales contenidas en la primera edición del código.
- Segunda edición del código de Justiniano: el emperador ordenó realizar una segunda edición del código, para corregir sus imperfecciones y adaptarlo al resto de la compilación. Se publicó, en el 534, una segunda edición que es la que nos ha llegado. En cada fragmento, al comienzo del mismo, aparece el nombre del emperador que dio esa constitución, y al final aparece la fecha y lugar donde se publicó.
- Las Novelas o nuevas constituciones: estas son las constituciones dadas por Justiniano y por los emperadores posteriores a él, después de la compilación. Estas novelas nunca fueron reunidas oficialmente.

15-01-02

Lección 12 y 13. El sujeto del Derecho: la persona

Conceptos de la dogmática moderna

La moderna ciencia del Derecho ha elaborado, a lo largo del tiempo, una serie de conceptos estructurales en un sistema. Tales conceptos, si bien tienen su raíz última en las concepciones romanas, no se identifican con las concepciones romanas ni reflejan el lento proceso histórico, que fue resolviendo problemas mediante soluciones que nunca se estructuraron en principios y conceptos abstractos. Dentro de estos conceptos destacamos los siguientes:

- Persona: es todo ser o entidad, capaz de Derechos y obligaciones, es claro por tanto que, la acepción jurídica de este término no coincide con la acepción usual del mismo, según esta definición, vemos que la persona puede ser de dos tipos:
 - Persona física: es aquél sujeto de Derecho que tiene naturaleza individual humana.
 - Persona jurídica: determinadas entidades, colectividades o grupos de bienes, pueden ser sujetos de Derecho, aunque no tengan naturaleza individual humana, tal es el caso de las asociaciones, corporaciones o fundaciones.
- Capacidad jurídica: es la idoneidad para ser titular de Derechos y de obligaciones.
- Capacidad de obrar: es la idoneidad para actuar en el tráfico negocial.

Las concepciones romanas

- Persona: esta palabra es latina, originariamente, designaba las máscaras que utilizaban los actores en sus representaciones teatrales. En el lenguaje usual, el término persona, al igual que lo que sucede modernamente, expresaba la idea física del ser humano y nunca se utilizó en las fuentes jurídicas, en el sentido de sujeto de Derecho.
- Caput: es una palabra que significa cabeza, expresa también la idea de individuo humano. Caput forma parte de una expresión técnica que es la capitis deminutio, con ella, la jurisprudencia romana se refería a los casos en los que una persona se desvinculaba de la familia a la que pertenecía, bien porque hubiese perdido su libertad (capitis deminutio máxima), bien porque hubiese perdido su condición de ciudadano romano (capitis deminutio media), o bien porque hubiese sido dado en adopción, emancipado o en el caso de las mujeres porque hubiese pasado a depender de la manus de su esposo (capitis deminutio mínima).
- Status: es una palabra que expresa la situación o posición jurídica. La posición o status de una persona, en el Derecho Romano, se determina en función de la posición que tenga respecto de la libertad (status libertatis), respecto de la condición de ciudadano romano (status civitatis) y respecto de la posición que tenga dentro de la familia (status familiae: sui iuris o alieni iuris).

Como la situación más idónea en el Derecho Romano es la de aquél que tiene la posición más favorable en los tres status, se dice que, sólo el que es libre, ciudadano romano y paterfamilias, tiene capacidad jurídica, en el sentido moderno.

16-01-02

Nacimiento y extinción de la persona física

La persona física cobra existencia en el Derecho Romano por el nacimiento y se extingue por el fallecimiento. Para que se considere nacida una persona, la jurisprudencia exigía tres requisitos:

- Que fuera un nacimiento efectivo, es decir, que el parto se hubiese separado completamente del claustro materno.
- Que fuera un nacimiento en vida, el recién nacido tenía que estar vivo en el momento del nacimiento, porque si nacía muerto, entonces se consideraba como si nunca hubiera nacido.

La relevancia práctica de esta determinación es muy importante en materia de sucesiones, aunque el parto tan sólo haya vivido unos instantes. Por ejemplo, este hecho puede determinar la adquisición automática de unos Derechos, a favor del recién nacido en la sucesión intestada y la pérdida de esos mismos Derechos, a favor de otras personas. En este caso, los Derechos favorecerían a su madre aunque se hubiera casado sine manu.

El hijo recién nacido tiene que ser tenido en cuenta por su padre en el testamento, bien para instituirle heredero o bien para desheredarle, porque si no lo hace, el testamento es nulo y se abre entonces la sucesión intestada.

Puede ser determinante este hecho para decidir sobre la persona si, en un momento determinado, tenía la capacidad sucesoria necesaria porque, a partir de una determinada época, la capacidad para suceder estuvo condicionada al número de hijos que pudiera tener una persona.

La jurisprudencia romana, de la época clásica, discutía sobre el momento, a partir del cual, se podía estimar que una persona estaba con vida. A este respecto, los proculeyanos consideraban que el parto estaba vivo desde el momento en el que este emitiera gritos; la escuela contraria, la de los sabinianos, cuya opinión prevaleció, estimó que el recién nacido estaba vivo desde el momento en que realizara algún movimiento, aunque no emitiera gritos.

- Se exige que el parto tenga forma humana. Si la madre da a luz a un ser monstruoso, contrario a la naturaleza, se considera como si no hubiese nacido nunca, sobre esto, los juristas decidieron que no era un ser monstruoso el parto con más o menos miembros, es decir, con simples deformidades, el problema es que, los juristas romanos, no trazaron la línea divisoria entre simples deformidades y aquellos casos en los que el feto careciera de forma humana. De todas formas, este tipo de partos se podían tener en cuenta si de ellos se derivaba alguna ventaja para sus progenitores.

La persona física se extingue por la muerte, en Roma no existió nunca un registro de defunciones y la persona que pretendía deducir unos Derechos, de la muerte de una persona, tenía que probar el fallecimiento efectivo de la misma.

17-01-02

En cuanto a la determinación del momento de fallecimiento de una persona, podemos destacar lo siguiente:

- Si un ciudadano romano era hecho prisionero por el enemigo, en época de guerra, caía en esclavitud, pero desde la perspectiva del Derecho Romano, este ciudadano, no era considerado como un esclavo, sino que se encontraba en una posición especial en la que se le respetaba su posición jurídica, hasta el momento de su regreso.

Si el ciudadano romano, prisionero, consigue regresar, recupera la situación jurídica de la que era titular hasta el momento de su captura, por el llamado Derecho de postliminio. Si ese ciudadano romano fallece, siendo prisionero, entonces desde el punto de vista del Derecho Romano se considera que cayó en esclavitud desde el momento mismo de su captura; uno de los problemas que se deriva de esta situación, era la de provocar la nulidad del testamento que hubiese dejado hecho ese ciudadano romano.

Esto era así, porque en el Derecho Romano, para poder otorgar por testamento, se exigía, entre otros requisitos, que el testador fuese libre en el momento de hacer testamento y en el momento de su fallecimiento. Para resolver este problema, se aprobó una ley a finales de la República, por la que se introdujo la ficción de que, en estos casos, el ciudadano romano había fallecido antes, exactamente en el momento de su captura, de manera que, mediante esta ficción, el testamento quedaba convalidado.

- Con relación al supuesto de fallecimiento simultaneo de dos personas, en una misma catástrofe, se introdujo ya en la época postclásica, la siguiente presunción, partiendo de un rescripto que fue dado en la época de Adriano:

Si fallecían un padre y un hijo en la misma catástrofe, atendiendo al criterio de la resistencia física, se estimaba que, si el hijo era púber fallecía después que el padre y que si el hijo era impuber fallecía antes que su padre. Esto es importante a la hora de la sucesión intestada, ya que dependiendo de quién muriera antes o después, la herencia pasaría a manos de la madre o bien a los agnados (si el hijo moría después que su padre heredaría su madre).

El esclavo en Roma no es persona, es decir, no es sujeto de Derecho, sino que tiene la consideración jurídica de cosa, y dentro de las cosas pertenece a la categoría de las res mancipi o cosas económicamente más importantes.

22-01-02

Status libertatis

Situación jurídica de los esclavos

Los esclavos no tienen capacidad jurídica, pero el Derecho Romano sí les reconoce capacidad de obrar, por este motivo, todas las adquisiciones que realizan revierten siempre en beneficio de su dueño. Si el esclavo realiza o celebra un negocio jurídico de carácter real, el titular del Derecho real adquirido será el propio dueño del esclavo, si el negocio jurídico celebrado por el esclavo es obligacional, entonces el titular del Derecho de crédito nacido de ese negocio será el dueño del esclavo, incluso cabe la posibilidad de que el propietario de un esclavo posea una cosa a través de su esclavo, pues se considera que el esclavo es mero instrumento de su dueño, sin embargo, el esclavo no es sujeto de obligaciones y si a pesar de esto celebra un negocio jurídico del que deriva una deuda, el acreedor no puede dirigirse, según el Derecho Civil, contra el dueño del esclavo por la deuda contraída por este, no obstante, el Derecho pretorio introdujo una excepción a esta regla general, a través de las llamadas acciones adiecticias (adiecticiae) "acciones añadidas", por las que el acreedor, en determinados casos, podía ir contra el dueño de un esclavo por las deudas contraídas por este.

En cuanto al Derecho de familia, los esclavos no tienen reconocido el connubium, es decir, la facultad para contraer justas nupcias, las uniones entre esclavos o entre esclavo y una persona libre no tienen efectos jurídicos. El hijo de la esclava nace esclavo por el hecho de nacimiento y es propiedad del dueño de la esclava.

En materia de sucesiones, los esclavos no pueden suceder en la sucesión intestada. En la sucesión testamentaria hay que distinguir dos posibilidades; si el testador es un tercero e instituye heredero en su testamento a un esclavo, entonces el esclavo adquiere para su dueño, si este último tiene la capacidad necesaria para suceder por testamento, que exigía el Derecho Romano; por otro lado, si el testador es el dueño del esclavo e instituye heredero a su esclavo en su testamento, entonces es necesario además, que le conceda la libertad en ese mismo testamento a través de una cláusula específica denominada manumisión testamentaria.

Los esclavos no tienen capacidad procesal, por tanto no pueden actuar como parte, en un proceso privado, pero pueden solicitar la intervención del magistrado en el ámbito del procedimiento extraordinario, para que se cumplan determinadas disposiciones dictadas en su favor.

Por último, los esclavos pueden obligar a sus dueños por los delitos privados que hayan cometido, sin embargo, en estos casos el dueño puede elegir entre pagar la condena o entregar el esclavo al perjudicado, por el delito cometido del esclavo. Este tipo de acciones que se ejercitan por los delitos privados, cometidos por los esclavos, se denominan acciones noxales (perjuicios).

24-01-02

Formas por las que se cae en esclavitud

- Cautiverio de guerra: es la primera causa de esclavitud y se apoya en una regla del Derecho de gentes por la que, el vencedor en la batalla, adquiere como botín de guerra las cosas y la propia persona del enemigo capturado.
- Por nacimiento: el hijo de la esclava nace esclavo, según el principio por el que se establece que el nacido debe seguir la condición jurídica que tenga la madre en el momento del parto, si estamos ante una unión no legítima. A lo largo de la época clásica, se introdujeron numerosas excepciones a este principio, así por ejemplo, podemos destacar el senadoconsulto Claudiano, por el cual se dispuso, en primer lugar, que la mujer libre que mantenía el trato carnal con un esclavo, en contra del parecer del dueño de ese esclavo, caía en esclavitud; en segundo lugar, estableció que si ese trato carnal era consentido por el dueño del esclavo, la mujer conservaba la libertad, pero el hijo nacía esclavo. No obstante, a finales de la época clásica, se abrió paso una interpretación jurisprudencial más favorable al nacido, según la cual, si la madre había sido libre en algún instante, desde la concepción hasta el parto, el hijo nacía libre, aunque su madre no lo fuera en el momento del parto.
- La condena: el que ha sido condenado por la comisión, por determinados delitos públicos o el que ha sido

condenado en un proceso privado, en la época arcaica, puede caer en esclavitud en determinados casos. Por ejemplo, el acreedor puede ejecutar su Derecho de crédito sobre la propia persona del deudor insolvente, al ejecutar ese crédito del deudor se hace esclavo del acreedor. También los condenados en un proceso a trabajar en las minas, luchar en el circo, etc.

Formas por las que se adquiere la libertad

El esclavo adquiere la libertad, o bien por manumisión o bien por la decisión unilateral de su dueño o bien por una decisión del poder público:

- **Manumisión:** es el acto jurídico, en virtud del cual, el dueño de un esclavo concede la libertad a un esclavo que es de su propiedad. Para que la manumisión sea eficaz es necesario que se trate de un acto concreto y expreso, por ese motivo, no es suficiente el simple abandono, en este último caso, el esclavo sigue siéndolo y se considera que es cosa abandonada susceptible de ser adquirida por ocupación.

Existen dos formas de manumisión, la forma solemne o según el Derecho Civil, en este caso, el esclavo manumitido según el Derecho Civil, adquiere la condición de ciudadano romano, no obstante, su situación jurídica no es igual a la del que nació libre, por eso, los juristas distinguen entre ingenuos o ciudadanos que han nacido libres, y libertos o ciudadanos que han sido anteriormente esclavos. Las formalidades que exige el Ordenamiento jurídico civil son, o bien celebrar determinados rituales o bien hacer constar en el testamento la intención de conceder la libertad a un esclavo (manumisión testamentaria). Y por otro lado, la no formal o de Derecho pretorio, cuando no se cumple los requisitos que exige el Derecho Civil, pero consta la voluntad expresa de conceder la libertad, el esclavo sólo adquiere una libertad de hecho, pero jurídicamente sigue siendo esclavo. Para resolver este problema y dar una situación jurídica específica a estos esclavos, se aprobó la lex Iunia Norbana, según esta ley, los esclavos manumitidos, sin observar las formalidades anteriores, no adquirirían la condición de ciudadanos romanos, sino que se les concedía una posición intermedia, de ahí que se les denomine latinos junianos.

29-01-02

- **Por decisión del poder público:** el poder público, según las épocas, concedía la libertad a determinados esclavos, sin tener en cuenta la voluntad de sus dueños, bien como premio por su lealtad o bien como sanción a su dueño por los abusos de poder que hubiese podido cometer.

Patronato

Entre el esclavo manumitido y su anterior propietario se establece una relación jurídica que implica una serie de deberes recíprocos que denominamos patronato. Según esto, el patrono y antiguo dueño, está obligado a ayudar a su antiguo esclavo (liberto) en casos de necesidad, pero fundamentalmente la relación de patronato implica una serie de deberes que debe cumplir el liberto, en beneficio de su patrono o de su familia. Estos deberes son de tres tipos:

- **Obsequium:** se refiere al respeto y reverencia que debe prestar el esclavo a su antiguo dueño.
- **Operae:** se refiere a los trabajos que se obliga a prestar el liberto a su antiguo dueño o la familia de éste.
- **Bona:** se refiere a las expectativas hereditarias que tiene el patrono o su familia en la herencia del liberto, en caso de que éste no tenga sui o herederos de propio Derecho.

Status civitatis

Sabemos que, por el principio de la personalidad del Derecho, sólo los que tienen la condición de ciudadanos romanos se rigen por el ordenamiento jurídico romano, no obstante, sabemos también que, con la expansión geográfica de Roma, los romanos tuvieron que aceptar la posibilidad de que determinadas personas, que no

tenían la condición de ciudadanos participasen, en mayor o menor medida, en las instituciones jurídicas romanas. Por este motivo, según este grado de participación, se distinguen tres posiciones fundamentales, la de los que son ciudadanos romanos, la de los peregrinos o extranjeros y la de los latinos, que ocupan una posición intermedia.

Ciudadanos romanos

Dentro de los ciudadanos romanos, sólo el que es varón y sui iuris (paterfamilias) ocupa la posición idónea, es decir, sólo el paterfamilias puede ser titular de todos los Derechos o facultades que reconoce el ordenamiento jurídico romano. Estas facultades o Derechos son los siguientes:

- En el ámbito del Derecho público, el ciudadano tiene la facultad de participar en los comicios, llamado ius suffragii, facultad de desempeñar los distintos cargos políticos, llamado ius honorum y la facultad de formar parte del ejército, llamado ius legionis.
- En lo que se refiere al Derecho privado, el ciudadano romano tiene en primer lugar el commercium, es decir, la facultad de celebrar negocios que tengan como finalidad la adquisición y transmisión del Derecho de propiedad y de otros Derechos reales, supone también la posibilidad de celebrar negocios jurídicos obligacionales y supone la facultad para suceder en la sucesión intestada y para adquirir y disponer por testamento. En segundo lugar el connubium, que es la facultad para contraer matrimonio legítimo y para poder adquirir las distintas potestades que se derivan de la situación familiar. Y en tercer lugar el ius actionis, que es la capacidad para ser parte en un proceso privado romano.

30-01-02

Los modos de adquisición de la ciudadanía son:

- Por nacimiento: si estamos en un matrimonio legítimo, el nacido es ciudadano romano si su padre lo es en el momento de la concepción y su madre es al menos latina o peregrina, con el connubium reconocido. Si estamos en una unión ilegítima, entonces se aplica la regla ya conocida de que el nacido sigue la condición o status que tenga la madre en el momento del parto, por tanto, si la madre es ciudadana romana en ese momento el nacido lo es también, pero sabemos que se introdujeron numerosas excepciones a esta regla, como el senadoconsulto claudiano ya visto, según el cual, el hijo nacido de una unión entre esclavo y ciudadana era siempre esclavo.
- El esclavo manumitido, según el Derecho Civil, se hace ciudadano romano.
- Por decisión del poder público, es decir, por voluntad de las asambleas populares o de los magistrados autorizados por ellas en la época republicana, o por decisión del emperador en la época imperial. En estos casos, se podía conceder la ciudadanía a una sola persona o a los habitantes de toda una comunidad, por ejemplo en época republicana la lex Acilia del siglo II a.C. que dispuso que los provinciales, que denunciaran y consiguieran condenar a los magistrados romanos de esa provincia por corrupción, adquirirían la ciudadanía romana. De todas formas en el 212 d.C., el emperador Caracalla concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, con la excepción de los dediticios, aunque esto último es muy discutido.
- Hasta el 1 a.C. los latinos adquieren la ciudadanía romana si se establecían de modo permanente en la ciudad de Roma, o por desempeñar cargos políticos en su comunidad.

Las causas por las que se pierde la ciudadanía son:

- Por caída en esclavitud o pérdida de libertad.
- Por exilio voluntario del ciudadano romano al instalarse en una comunidad distinta a la suya.

Peregrinos o extranjeros

Los extranjeros que viven dentro del mundo romano se les denomina peregrinos, a diferencia de los que son extranjeros en sentido estricto que se denominan bárbaros. Según el principio de la personalidad del Derecho, estos peregrinos se rigen por sus propias normas y su situación jurídica concreta depende del tratado que su comunidad haya celebrado con Roma. Por lo demás, las relaciones jurídicas, que se dan entre extranjeros y romanos, están tuteladas por normas de gran flexibilidad que componen el *ius gentium*, este Derecho es aplicado en Roma por el pretor peregrino y en las provincias por el gobernador de la provincia.

Básicamente hay dos tipos de peregrinos, en primer lugar aquellos que pertenecen a determinadas comunidades que gozan de una posición más ventajosa y a las que se les reconoce incluso privilegios como el *connubium*, y en segundo lugar los peregrinos *dediticios*, son los que han luchado contra Roma y se han rendido.

19-02-02

Latinos

Los que son latinos ocupan una posición intermedia entre los que tienen la consideración de ciudadanos y los peregrinos o extranjeros. Según las circunstancias concretas suelen participar en gran medida de las instituciones típicamente romanas. Se distinguen tres tipos de latinos:

- *Veteres*, que son los miembros de aquellas comunidades con las que Roma firmó un tratado de alianza en el momento en el que comenzó la expansión territorial, en torno al siglo V a.C.
- *Coloniarios*, que son los habitantes de las colonias fundadas por los romanos y sus aliados.
- *Junianos*, que son los esclavos manumitidos sin haber observado las formalidades del Derecho Civil, a los que la *lex Iunia Norbana* dio un status específico.

(Status familiae: lección 29)

Lección 14. Negocio jurídico en el Derecho Romano

Concepto y tipos

El negocio jurídico es toda declaración de voluntad manifestada por los particulares para la consecución de un fin práctico, reconocido como lícito por el ordenamiento jurídico.

Los tipos de negocios jurídicos son:

- *Unilaterales*: un negocio jurídico es unilateral cuando contiene una sola declaración de voluntad, por ejemplo un testamento, el acto de aceptación de una herencia o del legado, el abandono de una cosa que es de nuestra propiedad, etc.
- *Plurilaterales*: son aquellos en los que concurren dos o más declaraciones de voluntad, por ejemplo una compraventa, un arrendamiento de cosa, etc.
- *Onerosos, gratuitos y lucrativos*: los negocios jurídicos onerosos son aquellos que suponen una contraprestación económica, por ejemplo la compraventa. Los gratuitos son los que no suponen una contraprestación económica, pero dentro de éstos tenemos que distinguir aquellos que producen un incremento patrimonial que son los lucrativos, de los que no lo producen que son simplemente gratuitos. Un ejemplo de negocio jurídico lucrativo es la donación, mientras que un ejemplo de negocio jurídico gratuito no lucrativo es el mutuo o préstamo de consumo gratuito.
- *Mortis causa e inter vivos*: los *mortis causa* son aquellos que tienen por objeto regular el destino de un patrimonio para el momento del fallecimiento del disponente.

Los negocios jurídicos *inter vivos* son los que producen sus efectos sin atender a la muerte de los

intervinientes. No obstante, dentro de éstos hay un tipo de negocios que producen sus efectos para después de la muerte de una persona, por ejemplo un contrato de seguro de vida.

La diferencia entre estos últimos y los mortis causa es que en los mortis causa es la propia persona, cuya muerte se tiene en cuenta en la regulación negocial, la que dispone de su propio patrimonio; mientras que en los negocios inter vivos el fallecimiento de una persona no es más que un dato de la propia regulación negocial, sin que nadie pueda disponer del patrimonio de la persona cuya muerte se toma como referencia.

- *Formales y no formales*: los formales son aquellos en los que las partes deben manifestar sus declaraciones de voluntad, cumpliendo determinados requisitos de forma. Los no formales son aquellos en los que las partes emiten sus declaraciones de cualquier forma. Una estipulación es ejemplo de formal y la compraventa de no formal.

20-02-02

- *Causales y abstractas*: los negocios jurídicos causales son aquellos en los que el ordenamiento jurídico dota de tal relevancia a la causa de los mismos, que de no existir ésta o de ser ésta ilícita, el negocio no produce sus efectos. La causa es el fin práctico elemental y primero de todos los negocios de un mismo tipo, esta causa común a los negocios de un mismo tipo se distingue del motivo particular o causa remota, que conduce a las partes a celebrar un negocio jurídico en cada caso. En la compraventa la causa es la determinación de la cosa que se quiere vender por el precio que se pretende obtener, no obstante, en cada caso particular, comprador y vendedor celebran una compraventa por diferentes motivos, por ejemplo el vendedor puede vender porque se dedique a ello profesionalmente o porque necesita el dinero por atravesar un momento de dificultades económicas, etc. y el comprador compra por necesidad, por motivos de ostentación, porque se dedique a ello, etc.

Los negocios jurídicos abstractos son aquellos en los que el ordenamiento jurídico no da relevancia a la causa que exista en los mismos y producen sus efectos por el mero hecho de que las partes emitan sus declaraciones de voluntad, cumpliendo determinados requisitos de forma. El ejemplo típico en el Derecho Romano es la estipulación, es decir, un negocio jurídico obligacional por el que un deudor se obliga a cumplir una determinada prestación, por el simple hecho de pronunciar solemnemente unas determinadas palabras (¿prometes darme 100?; sí, prometo darte 100).

Elementos del negocio jurídico

- *Elementos esenciales*: los que son necesarios para que el negocio produzca sus efectos, es decir, la capacidad de los intervinientes, la declaración de voluntad en que consista el negocio jurídico y la existencia de un fin práctico al que tienda ese negocio jurídico.
- *Elementos naturales*: son aquellos que acompañan a los elementos esenciales, sin necesidad de que sean establecidos en la regulación negocial por los intervinientes, aunque pueden ser suprimidos expresamente por éstos. Por ejemplo, en la compraventa la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor se considera, a partir de una determinada época, como un elemento natural de ese negocio, pero existe la posibilidad de que las partes excluyan esta responsabilidad en la regulación negocial.
- *Elementos accidentales*: las partes pueden limitar los efectos de un negocio jurídico a través de los elementos accidentales. Tradicionalmente se dividen en tres tipos:
- *El término*; es un hecho futuro y cierto del que depende la entrada en vigor (término inicial) o el cese definitivo (término final) de los efectos de un negocio jurídico. Por ejemplo, término inicial te pagaré 100 el 5 del próximo mes; término final te alquilo mi casa durante 5 años.
- *La condición*; hecho futuro e incierto a partir del cual entran en vigor (condición suspensiva) o cesan definitivamente (condición supletoria) los efectos de un negocio.

21-02-02

Un ejemplo de condición suspensiva es, te pagaré 100 si la nave regresa de Asia.

La condición resolutoria no se dio como tal en el Derecho Romano, pero hay casos conservados en el Digesto, en los que se arbitran mecanismos, en determinados negocios, por los que se llega a una situación similar al de la condición resolutoria. Por ejemplo, hay un caso en el que se reconoce la posibilidad de que el vendedor resuelva la compraventa celebrada, si su hijo regresa de la guerra.

- *El modo*; es la carga, el gravamen o la obligación que se impone al que se beneficia de un acto de liberalidad. Por ejemplo, te regalo mi casa si en su jardín levantas una escultura en mi honor, te instituyo heredero de todos mis bienes en el testamento siempre y cuando te comprometas a pagar una cantidad periódica a mi primo.

La diferencia en la condición es que, mientras el modo obliga pero no suspende los efectos del negocio, la condición no obliga pero sí suspende los efectos del negocio.

La representación en el negocio jurídico

Habitualmente en el negocio jurídico, es el interviniente en ese negocio quien emite la declaración de voluntad, no obstante, cabe la posibilidad de que un tercero emita esa declaración de voluntad, en sustitución de aquél sobre quien va recaer los efectos del negocio jurídico. En estos casos, hablamos de representación. La representación puede ser de dos tipos:

- *Directa*: cuando los efectos del negocio recaen directamente sobre la persona del representado. En este supuesto se dice que el representante actúa en nombre y por cuenta ajenos.
- *Indirecta*: en este caso los efectos del negocio recaen sobre la persona del representante, quien en un acto posterior, debe transmitir los efectos de ese negocio a su representado, en función del vínculo jurídico que les une. Se dice que el representante actúa por cuenta ajena pero en nombre propio. La representación indirecta es el caso típico que se da en el Derecho Romano.

Lección 16. Procedimiento formulario, origen, desarrollo y ámbito de aplicación

Concepto de proceso y épocas del proceso civil romano

El término proceso que existe en latín no fue nunca expresión típica del litigio romano. La palabra proceso se refiere al conjunto de actos que tienden a un fin y que están regulados por una ley interna. De este modo, desde una perspectiva jurídica, el proceso es el conjunto de actos que tienden a un fin, que es la defensa de los Derechos subjetivos y que están regulados por una ley interna, que denominamos ley procesal o Derecho procesal.

El proceso civil romano se divide en dos grandes épocas:

- Ordenamiento de los juicios privados (ordo iudiciorum privatorum).

Se divide en dos subetapas:

- Legis acciones o sistema de las acciones de la ley.
- Procedimiento formulario o por fórmulas.
- Procedimiento extra ordinem o procedimiento cognitorio.

26-02-02

La nota característica que distingue al ordenamiento de los juicios privados del procedimiento extraordinario

es la llamada bipartición procesal. En estos juicios el proceso se divide en dos fases:

- *Fase in iure*: que se celebra ante el magistrado jurisdiccional competente.
- *Fase apud iudicem*: que se lleva a cabo ante el juez o jueces competentes.

Entre las dos fases podemos destacar el momento procesal más importante del litigio, que es la *litis contestatio* o acuerdo por el que las partes deciden someter la controversia litigiosa, en los términos planteados ante el magistrado, a la decisión del juez.

Esta bipartición procesal no se da en el procedimiento extraordinario, pues el juicio se celebra únicamente ante un magistrado.

Acción y fórmula

El término acción es muy amplio, pero desde un punto de vista jurídico se utiliza siempre en el sentido de reclamación procesal, así tenemos que, formalmente, la acción es el mecanismo que se utiliza para poner en marcha el procedimiento. Y desde el punto de vista material, la acción es el instrumento que se utiliza para alcanzar la satisfacción de un Derecho subjetivo, reconocido por el Derecho Civil, o para solicitar la protección de una determinada situación que el pretor ha prometido que protegería en su edicto.

La fórmula es un breve escrito que se redacta ante el magistrado jurisdiccional, en donde se recogen, concisamente, los términos de la controversia litigiosa. Esa fórmula era entregada posteriormente al juez, que era quien daba la solución al caso concreto, según lo recogido en la fórmula.

Los modelos abstractos de las fórmulas aparecían en el edicto del pretor, y luego éstas se adaptaban a las circunstancias del caso que se planteara. Por tanto, en la época del procedimiento formulario, las acciones se ejercitan mediante estas fórmulas.

Origen del procedimiento formulario

El origen es un enigma, no obstante, hoy en día se tiende a situar este origen en el ámbito de la jurisdicción del pretor peregrino. El sistema de las acciones de la ley era un sistema excesivamente rígido y formulista, se adaptaba muy mal a las necesidades que aparecían en el tráfico jurídico y sólo podía ser aplicado por aquellos que tuvieran la condición de ciudadanos romanos.

27-02-02

Para resolver las controversias entre ciudadanos y extranjeros fue necesario crear un nuevo procedimiento. Este nuevo procedimiento ofrecía una serie de ventajas que no ofrecía el sistema de las acciones de la ley. Y esto es lo que hizo que el nuevo procedimiento introducido dentro del ámbito de la jurisdicción del pretor peregrino fuera desplazando paulatinamente al arcaico sistema de las acciones de la ley.

Tradicionalmente se distinguen dos grandes momentos en este desplazamiento del proceso de las acciones de la ley. El primero de ellos es el año 130 a.C. con la publicación de la *lex Aebutia*, esta ley permitió sustituir las antiguas reclamaciones orales de la *legis actio per conditionem*, por un breve escrito en el que se recogía concisamente los términos de la controversia litigiosa. Precisamente de aquí derivará la llamada *condictio* (la acción que se utiliza para reclamar, entre otras cosas, deudas ciertas de dinero). Esto luego se extendió al resto de las acciones de la ley, aunque siempre se fingía que las declaraciones solemnes habían sido pronunciadas por las partes en el litigio.

El otro gran momento de este desplazamiento se produjo en el 17 a.C. con la derogación definitiva del procedimiento de las acciones de la ley a través de las leyes Julias (*leges Juliae*) de Augusto, que

reorganizaron los procedimientos públicos y privados. Únicamente se conservó el sistema de las acciones de la ley para resolver determinadas cuestiones relativas al Derecho de sucesiones. Además, estas leyes introdujeron una distinción muy importante desde el punto de vista de caducidad de los litigios. Así, se distinguían entre *juicios legítimos*, que eran aquellos que se desarrollaban ante un juez único en la ciudad de Roma y siempre entre romanos, estos juicios legítimos debían concluir en el plazo máximo de 18 meses, y *juicios apoyados en el imperium del magistrado*, estos son los juicios que se daban cuando fallaban alguno de los requisitos exigibles para los legítimos. Este tipo de juicios debían concluir antes de que el magistrado jurisdiccional que los instituía dejara su cargo.

Lección 19. Organización jurisdiccional y judicial en el procedimiento formulario

Organización jurisdiccional (órganos jurisdiccionales)

Tienen jurisdicción en el procedimiento formulario en primer lugar el pretor, que como sabemos podía ser de dos tipos (urbano o peregrino); en segundo lugar tiene jurisdicción, pero limitada por razón de la materia, el edil, que se encarga de cuestiones relativas al sistema de contratación en los mercados; en tercer lugar, fuera de Roma, en municipios y colonias, tienen jurisdicción los magistrados locales, esta jurisdicción está limitada por razón de la materia y por razón de la cuantía, según establezca la ley colonial o municipal correspondiente, si el asunto queda fuera de la jurisdicción de los magistrados locales. Entonces es competente el pretor de Roma si estamos dentro de la península itálica, y si estamos en provincias entonces es competente el gobernador de la provincia.

28-02-02

Organización judicial en el procedimiento formulario

El órgano judicial en el procedimiento es el que dicta la sentencia. Normalmente, el órgano judicial es unipersonal, pero cabe la posibilidad de que, en determinados casos, la sentencia sea dictada por un órgano colegiado y no por uno unipersonal.

El juez era un particular elegido de común acuerdo por las partes. Por tanto, si se llegaba a ese acuerdo, la persona elegida debía ser varón y debía haber cumplido al menos 20 años. Si las partes no llegan a ese acuerdo se sigue un sistema muy peculiar de elección que equivale al convenio.

El pretor publicaba, junto al edicto, el *album iudicum* o lista de posible jueces. Esta lista estaba dividida en tres grupos o *decurias*, y para formar parte de las mismas se exigían, entre otros requisitos, la pertenencia a determinados grupos sociales, una mínima fortuna personal y una edad mínima.

Entonces, comenzando por el demandante, las partes eliminaban dos *decurias* y sobre la que quedaba, alternativamente, iban recusando o eliminando los distintos nombres que quedaban en esa lista, hasta llegar a uno solo. Ese era el juez elegido para dictar sentencia.

En las fuentes se utilizan los términos *iudex* o juez y *arbiter* o arbitro para designar al órgano judicial competente. Parece ser que el término *iudex*, que acabo desplazando al de *arbiter*, se utilizaba en aquellos casos en los que el órgano judicial debía decidir si se aplicaba rígidamente o no una regla jurídica concreta. Mientras que con la palabra *arbiter*, los romanos se referían a aquellos supuestos en los que el órgano judicial gozaba de una mayor discrecionalidad.

Excepcionalmente el órgano judicial podía ser colegiado, este es el caso del tribunal de recuperadores. Actualmente no sabemos por qué el pretor decía que, en determinados asuntos, debían ser juzgados por un órgano colegiado y no por uno unipersonal. A este respecto sabemos que, por ejemplo, era competencia de un tribunal de recuperadores la acción de injurias, en el caso de lesiones físicas; por ejemplo también, el

incumplimiento de las normas procesales que debían observar las partes en la fase *in iure*.

El sistema de elección de los recuperadores era el mismo que en el caso de los jueces, pero al llegar al número 7, en la decuria que quedase, se sorteaban tres o cinco miembros, según los casos.

Por último sabemos que, todavía en la época clásica, funcionaba un órgano judicial estable colegiado, denominado tribunal de los centumviro. Sobre éste apenas tenemos datos y lo único que conocemos es que, este órgano judicial, era competente sobre determinados asuntos relacionados con el derecho de sucesiones y que, sorprendentemente, seguían utilizando el procedimiento de las acciones de la ley y no el formulario.

El juez o jueces, que han sido elegidos, tienen el deber de dictar sentencia. No obstante, podían quedar eximidos de este deber si concurría alguna causa justificada. Sabemos que alguna de estas excusas la recogía directamente el pretor en su edicto y, normalmente, el que alegaba alguna de estas excusas debía jurar la existencia de las mismas.

Una vez que se elegía y se nombraba el juez, el pretor le exigía que prestara un juramento por el que se comprometía a actuar conforme a lo bueno y a lo justo (*bonum et aequum*). En virtud de este formulario, el juez quedaba eximido de cualquier responsabilidad.

04-03-02

Lección 20. La tramitación procesal de las acciones formularias

Actuaciones ante el magistrado

Citación y comparecencia

La primera fase, la fase *in iure*, es la que se desarrolla ante el magistrado jurisdiccional competente y termina con la *litis contestatio*, es decir, con el acuerdo de las partes por el que se decide someter la controversia jurídica, en los términos planteados por el magistrado, a la decisión de un juez o jueces.

Antes de empezar propiamente el litigio, el demandante tiene la obligación de avisar, extraprocesalmente y de manera privada, al demandado de su intención de litigar contra él, por tanto, mediante este aviso preprocesal al demandado se le comunica qué tipo de acción se va a ejecutar contra él, y cuales van a ser las pruebas que va a utilizar el demandante para sustentar su pretensión.

Si este aviso no se realiza, entonces el demandado dispone de una acción *in factum*, o acción por el Hecho, por una cantidad fija de seis tercios, en concepto de multa contra el demandante.

Propiamente el litigio comienza con la *ius vocatio*, es decir, con la citación formal a juicio y emplazamiento. Originariamente el demandado tenía que acudir al magistrado de manera inmediata, pero después se introdujo la posibilidad de que el demandado acudiera ante el Pretor en un momento posterior, para asegurar la comparecencia del mismo, o bien éste prestaba una estipulación, técnicamente denominada *vademonium*. O bien un tercero salía como garante del demandado, asegurando la comparecencia de éste un día determinado.

El día de la comparecencia, el demandante reafirma su acción y se desarrollaba el proceso, según las actuaciones procesales oportunas, sin embargo, excepcionalmente el litigio puede terminar en este momento procesal sin que sea necesario llegar a que el juez dicte sentencia. Las cuatro circunstancias por las que el pleito puede terminar en la fase *in iure* son las siguientes:

- Indefensión: se produce cuando el demandado no comparece, o aún compareciendo no lleva a cabo el comportamiento procesal idóneo para la buena marcha del litigio, y este último sobretodo cuando no presta

las cauciones que el magistrado le puede obligar a dar.

Para el caso de incomparecencia del demandado por causa justificada al magistrado, el Pretor decreta preventivamente un embargo del patrimonio del demandado para asegurar su comparecencia más adelante, pero si la incomparecencia no esta justificada, o no se lleva a cabo el comportamiento procesal oportuno, entonces el magistrado, según el tipo de acción ejercitada, podía decretar un embargo definitivo de todo el patrimonio del demandado, para proceder a su venta en pública subasta, o también podía conceder acciones o interdictos a ese demandante.

05-03-02

- **Transacción:** es un supuesto en virtud del cual las partes deciden poner fin a la controversia jurídica, al ceder recíprocamente en sus pretensiones. Si el demandante a pesar de la transacción, decide continuar con el litigio, el demandado disponía de una excepción fundamentada en la transacción o acuerdo para neutralizar esa acción.
- **Confesión:** el litigio también puede finalizar en este momento cuando el demandado se allana o confiesa como cierta la pretensión del demandante. Si el litigio versa sobre una cantidad de dinero determinado, el pleito llega a su fin en este momento. Pero si el objeto litigioso no está determinado, o aun estándolo, el demandado no puede restituir, es necesario llevar a cabo la tramitación procesal oportuna para estimar la cantidad de dinero que debe pagar el demandado.
- **Juramento:** las partes pueden decidir resolver la controversia jurídica mediante un juramento. Si el juramento favorece al demandante se procede de la misma manera que en el supuesto anterior. Y si el juramento favorece al demandado, y a pesar de ello el demandante continúa con el litigio, el demandado dispone de una excepción fundamentada en el juramento, para paralizar la acción del demandante.

Si no se dan estas circunstancias el litigio continúa ordinariamente, entonces, el magistrado estudiaba su propia jurisdicción sobre el asunto. Estudiaba si las partes tenían la capacidad procesal necesaria, exigía a las mismas que emitieran las declaraciones oportunas, exigía las cauciones adecuadas al caso, denegaba o daba la acción al demandante y en éste último caso procedía a la redacción de la fórmula de la acción.

Las partes litigantes

En el procedimiento, el demandante es aquella persona que asume la posibilidad de promover un litigio contra otra, y el demandado es la persona contra la que se litiga.

Por otro lado, la capacidad procesal es la idoneidad para ser parte en un procedimiento privado. En principio, en el proceso civil, tienen capacidad procesal los que son sui iuris. No obstante, hay que considerar el caso particular de los hijos de familia, personas que en principio al ser alieni iuris no tienen capacidad procesal. Su situación concreta experimenta un desarrollo a lo largo de la época clásica hasta el punto de que, en un momento determinado, se puede afirmar que los hijos de familia tienen capacidad procesal.

06-03-02

El primer paso que se dio, para el reconocimiento de capacidad procesal de los hijos de familia, se produjo cuando la jurisprudencia reconoció la posibilidad de que los hijos de familia se pudieran obligar civilmente. En este primer momento, el acreedor podía demandar a un hijo de familia por la obligación que hubiera hecho surgir, pero con pocas probabilidades de éxito. Ya que al no tener, el hijo de familia, capacidad patrimonial, éste nunca podía hacer frente a la sentencia en caso de que fuera condenatoria.

El paso definitivo para el pleno reconocimiento de la capacidad procesal se dio cuando a los hijos de familia se les reconoció cierta capacidad patrimonial a través de la institución peculio castrense. Este peculio era un patrimonio que formaba un hijo de familia con lo obtenido con ocasión del servicio militar (botín de guerra).

Sobre este patrimonio, la jurisprudencia reconoció amplias facultades de disposición a los hijos de familia y privó, en la práctica, de cualquier tipo de intervención sobre ese patrimonio al paterfamilias.

Para el caso de las mujeres que son sui iuris, su situación no es la misma que la de los varones jurídicamente independientes. Y se exigía, concretamente, que un tutor diera su autorización para que pudieran intervenir en el proceso. No obstante, a finales de la República, esta autorización acabó convirtiéndose, en la práctica, en mero trámite.

Para los menores que son sui iuris, hay que distinguir si éstos han alcanzado la pubertad o no. Dentro de los impúberes, se exigía la intervención en el proceso de un tutor; intervención que variaba, según los casos, dependiendo de si los impúberes tenían uso de razón o no. Si el sui iuris es púber pero menor de 25 años, la jurisprudencia exigía la intervención de un curator (curador) para que asesorara a ese menor.

Se habla de litis consorcio cuando dos o más personas concurren en un mismo pleito, en la posición de demandantes o de demandados. Se denomina litis consorcio porque se alude, precisamente, a las personas que siguen la misma suerte en un litigio.

En el Derecho Romano el litis consorcio es siempre voluntario, es decir, no hace falta que acudan al litigio todos los titulares de la relación jurídica, para que aquél sea válido. A pesar de esto, a finales de la época clásica se reconocen algunos supuestos en los que el litis consorcio tiene carácter necesario.

Un caso especial se plantea con las llamadas Acciones Populares, que son todas aquellas que buscan la satisfacción de un interés colectivo. En estas acciones, a pesar de que tengan esa finalidad, su ejercicio corresponde a una sola persona, es decir, se ejercitan a título individual, por eso, si el demandado en estos casos resulta demandado, la sentencia debe pagarse a aquella persona que haya ejercitado la acción, en caso de que soliciten varias personas el ejercicio de una Acción Popular, el pretor busca a aquella que sea más idónea, normalmente esta solía ser la que hubiera solicitado el ejercicio de la acción en primer lugar. Un ejemplo de estas acciones es el caso, ya estudiado, del edicto de retorsión.

07-03-02

La representación procesal: Cognitor y Procurator

En Roma la representación procesal es siempre indirecta, es decir, los efectos del litigio recaen sobre la figura del representante, quien debe transmitir, posteriormente, los efectos de ese litigio a la persona del representado, por este motivo, la formula de la acción ejecutada en caso de una representación procesal presenta transposición de sujetos, es decir, en el encabezamiento de estas formulas aparece el nombre del representado, y al final, en la llamada Condenatio, figura el nombre del representante.

Para este momento podemos hablar de dos tipos de representantes procesales, Cognitor y Procurator:

El Cognitor es un representante procesal que es nombrado solemnemente ante la otra parte, y ante el magistrado en la fase IN URE. Hay dos posibilidades en el caso del Cognitor: del demandante y del demandado

Cognitor del demandante: Es un caso que no plantea problemas, porque se considera que la acción que ejercitaba el cognitor, se consume debido a las formalidades que se exigen en su nombramiento, por tanto aquí no cabe la posibilidad de que el representado ejercite nuevamente la acción en caso de que no quede satisfecho con el resultado del litigio.

La rendición de cuentas, entre representado y representante, se realiza en virtud de una relación jurídica de mandato.

Cognitor del demandado: En este caso el problema que se plantea es la posibilidad de insolvencia del representante procesal, para evitar este riesgo, en el momento del nombramiento del cognitor, el demandante solicita al pretor que exigiera al demandado y representante que prestaran una caución, por la que se comprometiera a pagar la sentencia en todo caso. Esta caución recibe técnicamente el nombre de *cautio iudicatum sacri*, es decir, Caución para el Pago de la Condena.

En el supuesto de representación del procurator podemos distinguir dos casos:

Procurator omnium bonorum: es decir, el de un representante que administra el patrimonio de una persona, y que como consecuencia puede encontrarse en la necesidad de acudir a un litigio para defender los intereses de su representado.

Procurator ad litem: es decir, el procurator que acude a un litigio a representar a una persona, sabiéndolo ésta, o incluso sin tener conocimiento de la existencia de ese litigio, y por tanto de la representación procesal.

12-03-02

Existen dos supuestos:

a) *Procurator del demandante*: a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del cognitor, la acción no se extingue, porque no se exige ninguna formalidad para el nombramiento del procurator. Por este motivo y para evitar el riesgo de que representado y demandante ejercitaran nuevamente la acción contra ese demandado, si no quedase satisfecho con el resultado del litigio, el demandado solicitaba al Pretor, que exigiera al procurator la llamada de forma abreviada, en la época postclásica, *cautio de rato* o Caución de Ratificación. Por esta caución el procurator se comprometía a que su representado daría por ratificado el resultado del litigio.

Posteriormente entre procurator y representado se realizaba la rendición de cuentas. Existen tres posibilidades:

- Si se trataba de un procurator ad litem, que acudía por mandato expreso del representado, la rendición de cuentas se llevaba a cabo según la regulación propia del contrato de mandato.
- Si se trataba de un procurator ad litem, que acudía espontáneamente sin saberlo su representado, entonces la rendición de cuentas se realizaba según lo previsto para la gestión de negocios ajenos, pero tutelada por una acción in factum o Acción de hecho.
- Si se trataba de un *procurator omnium bonorum* la relación jurídica que existe entre representado y representante es la gestión de negocios ajenos, pero tutelada, ahora, por una Acción de Buena Fe.

b) *Procurator del demandado*: como en el caso del cognitor, el demandante aquí corre el riesgo de la posible insolvencia del procurator, entonces la caución que se exige es la misma, la *cautio iudicatum solvi* o *caución de pagar la condena*, pero teniendo en cuenta que quien presta la caución ahora es el propio procurator, y no su representado, la rendición de cuentas se realiza igual que lo ya estudiado.

(Ver en libro: contrato de mandato y gestión de negocios ajenos)

13-03-02

Lección 21. Litis Contestatio y contenido de la fórmula

Litis contestatio y efectos

La fase in iure termina con el decreto por el que el magistrado decide denegar o conceder la acción al demandante, y en este último supuesto se da paso a la *litis contestatio*, que es el momento central del litigio.

La litis contestatio se denomina así porque, en la época de las Acciones de Ley, aludía al momento procesal en el que debían comparecer unos testigos, para acreditar que las partes habían pronunciado solemnemente sus declaraciones.

En el procedimiento formulario, la litis contestatio, es un negocio procesal especial por el que las partes acuerdan someter la controversia jurídica, tal como ha quedado planteada por el magistrado en la formula de la acción, a la decisión del juez o jueces que hayan elegido. Desde este punto de vista el acuerdo en que consiste la litis contestatio es de todo punto necesario, y si no se celebra el litigio no puede continuar.

Los efectos derivados de la litis contestatio son tradicionalmente 3:

- *Efectos fijatorios*: por la litis contestatio se fijan definitivamente las partes procesales o sus representantes, el objeto litigioso y el juez o jueces que hayan sido elegidos. Si se celebra la litis contestatio y fallece una de las partes, sus herederos pasan a ocupar la posición que tenía el causante en el litigio, esto incluso en el caso de que la acción que dio lugar al juicio sea intransmisble. Por lo demás, celebrada la litis contestatio, cesa o termina el riesgo de caducidad de las acciones, para aquellos casos en los que las acciones sean temporales.
- *Efecto extintivo o de consumición de la acción*: después de la litis contestatio el demandante no puede ejercitar la misma Acción contra el demandado, y ello por el principio por el que no se puede volver dos veces sobre lo mismo (non bis in idem). Este principio opera de manera distinta según el tipo de Acción ejercitada, y así, hay veces que lo hace automáticamente y hay veces que se materializa a través de una excepción, concretamente a través de la Excepción de la Cosa Deducida en Juicio. El efecto extintivo produce sus efectos con relación a las personas que intervienen en la litis contestatio, por eso en el caso del procurador del demandante se exige la cautio de rato, porque la consumición de la Acción afecta exclusivamente al procurador, que es quien celebra la litis contestatio, y no a su representado.
- *Efecto creador de la litis contestatio*: por la litis contestatio se extingue la relación jurídica que dio lugar al litigio y surge una nueva relación de carácter obligacional, que faculta al demandante a exigir al demandado, en caso de vencer la satisfacción de la condena en que consista la sentencia.

Concepto de fórmula y partes de la fórmula

La Fórmula es un breve escrito que redacta el pretor, en donde se contiene, de manera precisa, los términos de la controversia litigiosa. Formalmente, la Fórmula aparenta ser una instrucción que da el magistrado al juez, por la que se le ordena que condene al demandado, si estima cierta la pretensión del demandante, o que le absuelva en caso contrario

14-03-02

Los modelos abstractos de las fórmulas figuraban en el edicto y luego estos modelos debían adaptarse a las circunstancias del caso concreto.

Desde muy pronto, las fórmulas de las acciones presentan unas cláusulas estables que cumplen una función específica, a estas cláusulas las denominamos parte de la fórmula.

Tradicionalmente las partes de la fórmula se dividen en:

- *Ordinarias*: se denominan así porque son suficientes para la redacción de la fórmula. Estas partes son la Intentio, Demonstratio, Condemnatio y Adiudicatio.
- *Extraordinarias*: son aquellas que se pueden agregar (las puede llevar la fórmula o no) y son la Exceptio y Praescriptio.

Las partes ordinarias

- *Intentio*: es aquella parte de la fórmula en donde se recoge el derecho pretendido por el demandante. La *intentio* puede ser de dos tipos:
- *Intentio cierta*: se da cuando lo que se pretende es un derecho determinado, lo que incluye los casos de reclamaciones ciertas de dinero. En estos casos de *intentio cierta*, el demandante tiene que llevar mucho cuidado a la hora de fijar su pretensión, porque si se equivoca en lo más mínimo, a la hora de reclamar su derecho, puede incurrir en petición abusiva o plurispetitio y perder de este modo el litigio. Por ejemplo, cuando el demandante reclama más de lo que le deben, o cuando por ejemplo reclama antes del vencimiento de una deuda.
- *Intentio incierta*: es el caso que se da en todos los demás supuestos. Por este motivo, las fórmulas con *intentio incierta* requieren, en la práctica, de una cláusula previa que se denomina *demonstratio*, en donde figura la causa o los hechos que fundamentan el derecho pretendido por el demandante. Esto sucede por ejemplo en el caso de las acciones de buena fe, que presentan una *intentio* genérica que exige una cláusula previa que recoja los hechos que fundamentan la pretensión o derecho alegado.
- *Demonstratio*: es aquella parte de la fórmula donde aparecen los hechos o la causa por los que se reclama. Llevan *demonstratio* las fórmulas de las acciones con *intentio incierta* y también un tipo de acciones pretorias que son las acciones *in factum* o acciones por el hecho que, al no estar fundadas en un derecho, presentan una gran *demonstratio* en donde se recogen los hechos que el pretor prometió solucionar en su edicto, por eso, al no estar fundadas en un derecho, no llevan *intentio*.

21-03-02

- *Condemnatio*: es aquella parte de la fórmula que figura al final de la misma, en donde se le concede al juez la facultad de condenar o absolver al demandado. Puede ser de dos tipos:
- *Cierta*: lo es cuando se le dice al juez que condene, si así lo estima oportuno, a pagar una cantidad determinada de dinero.
- *Incierta*: lo es en todos los demás supuestos.

En este segundo tipo, normalmente, el pretor fija unos criterios que debe seguir para determinar la estimación de la condena. Estos criterios son:

- Si el tipo de acción ejercitada es una acción penal, es decir, una acción que sanciona un delito privado, la fórmula viene redactada en pasado, para que la valoración del objeto litigioso la realice el juez, según el valor que tenía en el momento de la comisión del hecho delictivo.
- Para las acciones personales de la propiedad de una cosa cierta (la acción personal es aquella que ejercita todo acreedor para hacer valer su derecho de crédito frente al deudor que no cumple), aquí la fórmula viene redactada en presente, para que el juez realice la estimación en función del valor que tenga el objeto litigioso, en el momento de la *litis contestatio*.
- Para el resto de acciones, la fórmula viene redactada en futuro, es decir, la estimación de la condena se realiza en función del valor que tenga el objeto litigioso, en el momento de dictar sentencia.

Cabe la posibilidad de que al juez, incluso, no se le diga nada en la fórmula y que se le conceda, de esta manera, completa libertad para determinar la cantidad a que debe condenar al demandado. Este es el caso de las acciones concebidas en lo justo o acciones *in aequum conceptae* y de las acciones de *buena fe*. La diferencia entre estas acciones es que, mientras que en las primeras la libertad que se le concede al juez afecta únicamente a la estimación de la condena, en las acciones de buena fe la discrecionalidad del juez afecta a toda la relación sometida a juicio y no únicamente a la estimación de la condena.

Por este motivo, en estas acciones, el juez para realizar la valoración puede tener en cuenta dos conceptos:

- El daño emergente o detrimento patrimonial, sufrido por el incumplimiento del demandado.
- El lucro cesante, es decir, el perjuicio patrimonial que de cara al futuro sufre el demandante por el incumplimiento del demandado.

Un problema se plantea con aquellas acciones que, más que buscar la obtención de una cantidad de dinero, pretenden la restitución de una cosa que se encuentra en poder del demandado. Tal es el caso de la acción reivindicativa, de la de depósito o de la acción del comodato.

En estas acciones se introduce una cláusula especial denominada cláusula arbitraria, y por eso toman el nombre genérico de acciones arbitrarias, por la que se pretende forzar al demandado a restituir la cosa que está en su poder.

02-04-02

En esta cláusula, se le decía al juez que la condena del demandado quedase supeditada a la no restitución electiva de la cosa que obrase en poder del demandado. En las acciones arbitrarias, el juez, para realizar la estimación de la condena, tenía en cuenta siempre la valoración jurada del demandante. En esta valoración jurada del objeto litigioso, el demandante no sólo podía tener en cuenta el valor real del objeto litigioso, sino que además podía tener en cuenta el valor afectivo y el propio interés que tuviera sobre esa cosa. De ahí que, normalmente, la cantidad a la que podía ser condenado el demandado, era muy superior al valor real del objeto que se encontraba en su poder. Y es fácil comprender, por tanto, que en la mayoría de los casos, el demandado restituyera antes que ser condenado a esa cantidad. No obstante, para evitar abusos, el pretor introducía en la fórmula un límite o *taxatio*, que nunca podía ser superado. Si el juez no respetaba ese límite, frustraba el litigio y lo hacía "suyo" (*litem suam facere*), pasando a ocupar él mismo la posición de demandado.

Un límite máximo o *taxatio* también se introduce en las fórmulas de determinadas acciones. En estas acciones, por el tipo de relaciones que tutelan, se inserta en la fórmula una cláusula denominada *beneficio de competencia*, en la que se le indica al juez que condene al demandado en función de su capacidad patrimonial, respetándole lo justo para seguir viviendo.

La *condemnatio* aparece en las fórmulas de casi todas las acciones. Únicamente no llevan *condemnatio* los *praeiudicia*, es decir, las acciones meramente declarativas que no persiguen la condena de nadie y que, como su propio nombre indica, sirven para preparar un juicio ordinario posterior.

- *La Adiudicatio*: es una parte que llevan exclusivamente las acciones de división. Estas acciones de división son tres:
- La acción para la división de la herencia.
- La acción para la división de la cosa común.
- La acción de deslinde, que se utiliza para delimitar dos fundos próximos o vecinos, cuando los límites de esos fundos son imprecisos.

Mediante esta *adiudicatio* no sólo se constituye un derecho de propiedad, sino que también cabe la constitución de cualquier otro derecho real, sobre la cosa que se pretende dividir. En muchas ocasiones, las fórmulas de las acciones de división presentan *condemnatio*, precisamente, en aquellos casos en los que es necesario condenar a un condueño o copropietario para llegar al equilibrio de la división.

Las partes extraordinarias

- *Exceptio*: es aquella parte de la fórmula que aparece detrás de la pretensión del demandante, donde se recogen aquellas alegaciones del demandado que, en caso de ser ciertas, le conducen a la absolución. Para que la excepción sea tenida en cuenta por el juez, debe constar expresamente en la fórmula, pero esto no es necesario en las acciones de buena fe, en las que debido a la discrecionalidad de que goza el juez, en estos casos, no hace falta hacer constar expresamente las alegaciones del demandado para que se tengan en cuenta.

Las excepciones son siempre pretorias, pero a veces pueden estar fundadas en el Derecho Civil o, más concretamente, en una ley o un senadoconsulto. Un ejemplo de excepción, típicamente pretoria, es la *excepción de miedo*, cuando el demandado ha sido coaccionado para celebrar un negocio jurídico con amenazas graves; otro ejemplo es la *excepción de la ley cincia de donaciones*; también una excepción fundada en el Derecho es la excepción que tiene todo usufructuario frente a la reclamación que haga el propietario de la cosa que está usufructuando.

- **Praescriptio**: esta es una parte de la fórmula que figura, extraordinariamente, al comienzo de la misma y que tiene como finalidad asegurar los posibles riesgos que se puedan derivar del efecto de cosa juzgada de la sentencia. Se utiliza cuando se reclaman rentas periódicas, precisamente, para matizar que sólo se reclaman las rentas vencidas y no las futuras; de este modo no se impide, por el efecto extintivo de la sentencia, la posibilidad de reclamar esas rentas futuras.

Lección 22. Actuaciones ante el juez: Fase apud iudicem

Como ya sabemos, el juez debía prestar en el momento de su nombramiento un juramento por el que se comprometía a actuar conforme a lo bueno y a lo justo (*bonum et aequum*).

Mediante este juramento quedaba eximido de cualquier responsabilidad por supuesta injusticia de la sentencia. Además, el juez tenía el deber de dictar sentencia; si no lo hacía o daba una sentencia mala, por ir contra los términos de la fórmula, frustraba el litigio y lo hacía "suyo" (*litem suam facere*) pasando a ocupar, desde ese momento, la posición del demandado. Únicamente, el juez puede no dar sentencia cuando no ve claro el asunto; en este caso, se le exigía que prestase un juramento (*rem sibi non liquere*).

La fase *apud iudicem* comienza a iniciativa del demandante, quien solicita del pretor que decrete el *intertium*, es decir, que comiencen las vistas. El término *intertium* quiere decir, precisamente, que esas actuaciones comiencen en el plazo de tres días, lo que en sentido romano significa pasado mañana, porque los romanos computan en los plazos el día inicial.

Decretado el *intertium* las partes deben comparecer ante el juez; éste tiene la obligación de dictar sentencia ese mismo día, pero excepcionalmente puede solicitar un aplazamiento o *diffissio*, si así lo exigen las pruebas presentadas.

Las actuaciones ante el juez son orales, es en este momento procesal cuando intervienen los abogados, que son expertos en retórica, y en relación a sus discursos se practican las pruebas. El juez valora libremente las pruebas presentadas por las partes, pero no puede solicitar la práctica de pruebas distintas de las presentadas por las partes.

Las pruebas, en esta época, fueron fundamentalmente testificadas, es decir, practicadas a través de declaraciones de testigos o de declaraciones de las propias partes. Los instrumentos o pruebas documentadas todavía no tienen mucho peso en esta época, y se utilizan para aportar declaraciones de testigos que no pueden comparecer o aparecer, como libros bancarios, en donde se recogen por escrito las deudas existentes.

La sentencia es la opinión-decisión del juez sobre el caso jurídico que se le plantea. En el caso de que fuera competente un Tribunal de recuperadores, para decidir la solución, se exigía tan sólo la mayoría, sin necesidad por tanto de recurrir a la unanimidad. La sentencia se comunicaba oralmente a las partes, y parece ser, aunque no tenemos constancia de ello, que en la práctica esa sentencia también se recogería por escrito sin necesidad de cumplir ningún requisito de forma.

Cuando se ejercitan las acciones arbitrarias, por la finalidad de las mismas, el juez debía adelantar al demandado el resultado del litigio antes de dictar sentencia, para permitirle la posibilidad de que restituyera la cosa que estaba en su poder. Esto se extendió luego a los llamados juicios de buena fe y, posteriormente ya, a todo tipo de juicios; de ahí que a partir de una época determinada se digan en las fuentes que todos los juicios son absolutorios.

Determinadas sentencias llevan aparejadas la nota de infamia, que es una especie de pena accesoria de inhabilitación para desempeñar determinados cargos públicos. Esto ocurre con determinadas acciones penales y con algunas acciones contractuales, que sancionan comportamientos concretos del demandado. A estas acciones que pueden conducir a una condena con nota de infamia las denominamos *acciones infamantes* (actione famosae).

Por lo demás, la sentencia es firme desde el mismo momento en el que es pronunciada por el órgano judicial. Esto quiere decir que no se puede recurrir; la única posibilidad que le queda al demandado, si pretende recurrir, es buscar una vía indirecta a través de la acción ejecutiva o actio iudicati. Efectivamente, el demandado que ha sido condenado puede dejar que transcurra, intencionadamente, el plazo de 30 días que tiene para cumplir la sentencia. Después de esto, el demandante victorioso ejerce contra él la acción ejecutiva para que cumpla la sentencia, y es en este procedimiento de ejecución donde el demandado condenado puede alegar oportuno para invalidar la sentencia anterior, aunque en estos casos corre el riesgo de la *litiscrescencia*, es decir, que sea condenado al doble.

El motivo por el que no cabe recurrir una sentencia es porque las partes han elegido convencionalmente al juez y porque no existe una estructura jerárquica que permita que un órgano judicial superior revise la sentencia de un órgano inferior.

De la sentencia firme se deriva un efecto extintivo, similar al de la litis contestatio, que se denomina efecto de cosa juzgada. Lo que ocurre es que este efecto es más amplio que el de la litis contestatio, porque afecta a toda relación sometida a juicio y no exclusivamente a la acción ejercitada como pasa en la litis contestatio.

Lección 23. Ejecución de la sentencia

Para estudiar la ejecución de la sentencia lo hacemos desde dos posiciones distintas:

1) Analizando el procedimiento de ejecución:

El condenado en un litigio dispone de un plazo de 30 días para cumplir la sentencia. Y si no lo hace, el demandante victorioso abre un nuevo procedimiento que se denomina de ejecución, mediante el ejercicio de la acción ejecutiva o actio iudicati.

08-04-02

El procedimiento de ejecución, que se abre con la acción ejecutiva, sigue los trámites de un procedimiento ordinario. En este procedimiento de ejecución el demandado puede tener dos posiciones. En primer lugar, el demandado puede reconocer la existencia de una sentencia condenatoria en un juicio anterior y manifestar ante el magistrado que es insolvente, solicitando en este momento procesal la cessio bonorum o puesta a disposición de su patrimonio, en manos de los acreedores. En segundo lugar, el demandado puede oponerse a la pretensión del demandante. Esta oposición puede ser de dos tipos:

- Oposición a la sentencia condenatoria: en este caso, el procedimiento sigue su curso y es en la fase apud iudicem cuando el demandado hace constar la concurrencia de alguna causa que sirva para invalidar la sentencia de primer juicio. Por ejemplo, falsedad en las pruebas, el supuesto de litem suam facere o cualquier otro vicio procesal. El riesgo que corre el demandado, en este caso, es el de la litiscrescencia, es

decir, si resulta condenado en este nuevo juicio, lo será inexorablemente al doble.

- Puede ser una oposición no a la existencia de una sentencia condenatoria, sino una oposición a los términos de la sentencia condenatoria. Por ejemplo, si no se tuvo en cuenta en el juicio anterior el llamado beneficio de competencia. En este segundo caso el demandado no corre el riesgo de la litiscrescencia.

2) Estudiando el objeto sobre el que recae la ejecución:

En la época de las acciones de la ley, la ejecución es siempre personal, es decir, recae sobre la propia persona del deudor insolvente. Sin embargo, en la época del procedimiento formulario, el pretor reconoce una serie de supuestos en los que, además de la ejecución personal, cabe una ejecución sobre el patrimonio del deudor.

Ejecución patrimonial o venditio bonorum

La ejecución patrimonial consiste en la toma en posesión de todo el patrimonio del deudor ejecutado (ejecución universal), por parte de todos los acreedores (ejecución concursal), para que con lo obtenido con la venta de ese patrimonio en pública subasta, puedan resarcirse de las deudas pendientes.

La ejecución patrimonial se introduce a finales del siglo II a.C., para aquellos casos en los que no cabe la ejecución personal contra el deudor insolvente, porque éste se oculta. De aquí, el pretor extendió paulatinamente la ejecución patrimonial a otros supuestos. De este modo, en el edicto del pretor se decía que cabía la ejecución patrimonial en los siguientes casos.

- Contra el deudor que se oculta.
- Contra el que es condenado en un juicio y no cumple la sentencia.
- Contra el que se confiesa o allana.
- Contra el que incurre en indefensión.
- Contra el que fallece dejando deudas y no tiene herederos.

09-04-02

Tramitación de la venta del patrimonio

Missio in bona o embargo de los bienes: la ejecución patrimonial comienza bien a iniciativa de los acreedores o del propio deudor cuando solicitó la cessio bonorum, mediante un decreto de embargo del patrimonio que, en principio, es preventivo. Como la ejecución debe aprovechar a todos los acreedores, se publica este embargo contra el deudor para que concurren todos aquellos que tienen créditos pendientes. El embargo es preventivo durante un plazo de treinta días si el ejecutado está vivo, o de quince días si el ejecutado ha fallecido. Mientras este embargo es provisional, uno de los acreedores, denominado *curator bonorum*, se encarga de la gestión y administración del patrimonio; y además, cabe la posibilidad durante este plazo de tiempo que un tercero levante ese embargo al comprometerse a pagar las deudas pendientes. Después de ese plazo, el embargo se convierte en definitivo y se declara al ejecutado *fraudator* o deudor fallido, aplicándosele la nota de infamia si no solicitó la cessio bonorum.

Después de esto, se nombra un *síndico* o *magister bonorum* que es quien prepara el pliego de condiciones de la venta del patrimonio. Este síndico vende el patrimonio del ejecutado en pública subasta al máximo licitador que se denomina bonorum emptor o comprador del patrimonio. Después de la subasta, el síndico entrega el precio obtenido a los acreedores, siguiendo este orden de preferencia:

- Cobran preferentemente los acreedores hipotecarios; tienen Derecho a que sus créditos sean satisfechos íntegramente y son los primeros en cobrar por su especial relación con la cosa hipotecada.
- Los acreedores privilegiados; determinados créditos tienen prioridad a la hora de ser cobrados, por su propia naturaleza. Por ejemplo, los créditos del fisco, los del pupilo contra su tutor, los de la mujer en el

caso de la restitución de la dote por disolución del matrimonio, los créditos refaccionarios que se conceden para la reparación de las cosas (refectio), los créditos para la construcción o abastecimiento de navíos.

- Los acreedores comunes; son el resto de acreedores. Si no hay dinero suficiente para satisfacer sus créditos, entonces, se distribuye proporcionalmente entre los acreedores de esta categoría. La parte del crédito no satisfecha recibe el nombre de *crédito residual*, y se puede exigir al ejecutado después de la venta de su patrimonio.

Efectos de la ejecución

- Efectos respecto del bonorum emptor o el adjudicatario; viene a ser éste como un heredero del deudor fallido que se subroga en las relaciones jurídicas reales y personales de los que era titular ese ejecutado.

10-04-02

En cuanto a las relaciones jurídicas reales, el bonorum emptor adquiere la propiedad pretoria de las cosas que forman parte del patrimonio del ejecutado; entonces dispone de los interdictos correspondientes y de la acción publiciana que tutela su posición.

En cuanto a las relaciones jurídicas de carácter personal, el adjudicatario adquiere los créditos que eran, hasta ese momento, del ejecutado. La forma por la que se subroga el adjudicatario, en estos créditos, varía según los casos. De este modo, la acción personal que ejercite el comprador presenta las siguientes particularidades:

- Si el ejecutado está vivo, la forma de la acción que ejercite el bonorum emptor (comprador) presenta transposición de sujetos, es decir, en el encabezamiento de la fórmula aparece el nombre del ejecutado o titular de la relación jurídica y en la condemnatio de la fórmula aparece ya el nombre del bonorum emptor. A esta fórmula la denominamos *fórmula rutiliana*.
- Si el deudor ejecutado ha fallecido, entonces, la fórmula de la acción personal que ejercite el comprador (bonorum emptor) es ficticia, porque se le dice al juez que finja que el comprador es un heredero del fallecido ejecutado. A esta fórmula se la denomina *fórmula serviana*.

Además, en estos casos, cabe la compensación cuando existan créditos recíprocos, es decir, si el deudor fallido tenía un crédito frente a un tercero y éste era a su vez acreedor del ejecutado, el bonorum emptor al ejercitar la acción personal en la que se había subrogado debía hacerla deductio o descuento, es decir, restar del crédito pretendido la deuda pendiente que no había satisfecho el ejecutado. Esto mismo, la compensación, ocurría cuando existían créditos recíprocos entre el comprador y un acreedor de la masa de acreedores.

11-04-02

En último lugar, el bonorum emptor debe pagar a los acreedores en función de la cantidad total que ofreció en el momento de la subasta del patrimonio. Si no lo hacía, los acreedores podían ir contra el comprador por la totalidad del crédito pendiente o por la parte a la que se comprometió satisfacer el comprador.

- Efectos de la ejecución respecto del deudor ejecutado; se distinguen dos posiciones:
- Si el ejecutado no oculta su insolvencia y solicita la cessio bonorum, no se le aplica la nota de infamia y goza del beneficio de competencia.
- Si el deudor oculta su insolvencia o enajena parte de su patrimonio en fraude de acreedores, en este caso se le aplica la nota de infamia, no goza de beneficio de competencia y todavía cabe contra él la ejecución personal si así lo solicitan los acreedores. El curator bonorum, en caso de enajenación fraudulenta, dispone del llamado interdicto fraudatorio, para recuperar los bienes que salieron del patrimonio en fraude de acreedores.

El acreedor o acreedores que no acudieron a la ejecución tienen la posibilidad de ir posteriormente contra el

ejecutado. Por otra parte, los acreedores que tienen pendiente parte de su crédito, es decir, si hay créditos residuales, pueden ir contra el ejecutado después de la ejecución.

Lección 18. Recursos complementarios de la jurisdicción pretoria

Como sabemos, la jurisdicción es una de las facetas del imperium o potestad en su grado más alto. Esta jurisdicción era desempeñada por los pretores, aunque no sólo por ellos, y era aquella actividad que tenía que ver con todo lo referente a la Administración de Justicia.

Dentro de esta actividad jurisdiccional, la jurisprudencia romana señalaba que determinados actos eran más de imperium que de jurisdicción. Con esta idea, los juristas no querían decir que estos actos no fueran jurisdiccionales y tampoco pretendían contraponer el imperium a la jurisdicción, sino que en estos actos, que eran jurisdiccionales, el poder discrecional del magistrado se manifestaba más claramente. A estos actos los denominamos recursos complementarios de la jurisdicción pretoria, y son las estipulaciones pretorias, los embargos, los interdictos y las restitutiones in integrum o restitutiones íntegras.

• *Estipulaciones pretorias:*

En determinados casos, el pretor puede exigir a una de las partes que preste una caución o estipulación de garantía, para prevenir riesgos futuros o tutelar intereses dignos de protección.

16-04-02

Por medio de estas estipulaciones, la parte obligada se comprometía a pagar como indemnización una cantidad de dinero, si se daba el supuesto que se pretendía asegurar. Si se negaba a prestar la estipulación, el pretor disponía de medidas coactivas indirectas, como imposición de multas, denegación de acciones o decretos de embargo. Por ejemplo:

- ◆ *Vadimonium o vadimonio*, es decir, la promesa por la que el demandado se compromete a comparecer un día determinado. Si no lo hacía, el pretor le imponía una multa.
- ◆ *Cautio de rato o caución de ratificación del litigio*; como sabemos, esta caución debía prestarla el procurator del demandante con la finalidad de que su representado diese por ratificado el resultado del litigio. En este caso, el pretor podía denegar la acción si el procurator no prestaba la caución.
- ◆ *Cautio iudicatum solvi o caución de pagar la condena*; esta caución se debía prestar, por ejemplo, en el caso del cognitor del demandado, y por la misma el demandado se comprometía a pagar la sentencia condenatoria si su representante era insolvente. Aquí la medida indirecta es un decreto de embargo.
- ◆ *Cautio usufructuaria o caución usufructuaria*; es la que debe prestar el usufructuario y mediante la misma se compromete a usar y disfrutar convenientemente la cosa que usufructúa. Si no presta esta caución, el pretor denegará la acción al usufructuario, cuando la ejercite para reclamar del propietario la cosa sobre la que tiene derecho de usufructo.
- ◆ *Cautio damni infecti o caución de daño tenido*; esta es la caución que debe prestar el propietario de un edificio o de un obra ruínosa que amenaza con derrumbarse y provocar daños al vecino. Si no presta esta caución, el pretor decreta un embargo a favor del vecino.

• *Los embargos:*

Es una medida que decreta el magistrado, por la que se pone bajo el control de una persona bienes que pertenecen a otra. Los embargos pueden recaer sobre un bien concreto (*missio in possessionem*) o sobre todo un patrimonio (*missio in bona*).

Un ejemplo de *missio in possessionem* se da en el caso de la *cautio damni infecti*. Si el dueño de la obra ruinosa no presta la caución, el magistrado decreta un embargo sobre esa obra, convirtiendo al vecino en adquirente en vías de usucapión de la misma. Un ejemplo de *missio in bona* se da en el caso del condenado en un juicio que no cumple o se da también en el caso del que incurre en indefensión.

El embargo tiene carácter preventivo cuando busca obligar a alguien, a que cumpla un determinado comportamiento. Y si no lo consigue, transcurrido un tiempo, ese embargo se vuelve en ejecutivo. Por ejemplo con la indefensión.

- *Los interdictos:*

Es una orden que dicta el pretor por la que obliga a que se haga o no se haga algo. El interdicto es una medida ágil y rápida que decreta el pretor para que se resuelva, momentáneamente, un conflicto que de ser resuelto en un proceso ordinario, se dilataría en exceso, provocando graves perjuicios para una de las partes.

Precisamente por esto, el interdicto no impide la celebración de un juicio posterior, en el que se decida ya sobre el fondo del asunto.

Por ejemplo, el propietario que se ha visto privado de algo que era suyo, no puede recurrir a la violencia para que se la entregue el actual poseedor. Si recurre a la violencia, el actual poseedor puede solicitar un interdicto, para impedir que ese propietario recupere lo que es suyo por la fuerza. Esto independientemente de que, en juicio ordinario, el propietario ejercite su acción y consiga recuperar lo que es suyo.

17-04-02

Tipos de interdictos:

- *Exhibitorios*: cuando el pretor ordena a alguien que exhiba algo que retiene injustificadamente.
- *Prohibitorios*: cuando el pretor prohíbe un determinado comportamiento.
- *Restitutorios*: cuando el pretor ordena que se restituya una cosa que se retiene injustificadamente.

La orden interdictal puede ser cumplida o no por el destinatario. Si no lo hace, se abre un procedimiento de ejecución del interdicto, cuya tramitación es compleja.

- *Restitutio in integrum*:

Es un acto que decreta el magistrado, por el que se invalida un acto civil válido que da lugar, en el caso concreto, a una situación injusta. Mediante la *restitutio in integrum*, el pretor ordena volver a la situación inmediatamente anterior a la celebración del acto jurídico válido que provoca una situación de injusticia material.

Es claro, por tanto, que el pretor a través de estas medidas corrige al Derecho Civil. Por ejemplo, en principio sabemos que las personas sometidas bajo el poder de un paterfamilias no pueden empeorar la situación jurídica de éste. En el caso de que una mujer *sui iuris* con deudas pendientes celebre la *conventio in manum*, por la que pasa a depender de la manus de su marido, los acreedores no pueden cobrar las deudas pendientes de esa mujer porque ella ha pasado a ser *alieni iuris*. Para evitar este problema, el pretor decretaba una *restitutio in integrum*, por la que ordenaba volver la situación anterior a la celebración de la *conventio in manum*, precisamente para que los acreedores pudieran dirigirse contra la esposa por las deudas pendientes.

Acciones civiles y pretorias (lección 17)

El pretor, para aquellos casos que ya están tutelados en el sistema de las acciones de la ley, crea acciones

formularias dentro del procedimiento formulario para proteger esos mismos supuestos. Esas acciones se llaman Acciones Civiles, mediante éstas el pretor ayuda al Derecho Civil.

Las acciones pretorias son de cuatro tipos:

- *Acciones ficticias*: son aquellas en las que el pretor ordena al juez que tenga como existente algo inexistente o que tenga como inexistente algo que realmente ha sucedido. El ejemplo típico de acción ficticia es la acción publiciana.

En principio, para adquirir la propiedad de una res Mancipi es necesario celebrar uno de estos dos negocios formales: una Mancipatio o una In Iure Cessio. Si se celebró una compraventa de una res Mancipi, por ejemplo de un esclavo, pero no se celebró ninguno de los negocios formales, necesarios para adquirir la propiedad, el comprador no adquiriría la propiedad del esclavo, sino que tan sólo se convertía en poseedor en vías de usucapión. Transcurrido un año ya adquiriría la propiedad del esclavo vendido. El problema es que, durante este plazo, el usucapiente no disponía de ninguna acción para defenderse de las perturbaciones de terceros, por esto el pretor creó la acción publiciana.

18-04-02

En la fórmula de esta acción se le dice al juez que finja que el usucapiente es verdadero propietario, aunque no haya transcurrido el plazo de la usucapión.

- *Acciones útiles*: mediante estas acciones el pretor extiende, a personas o circunstancias nuevas, acciones ya existentes en el Derecho Civil o en el Derecho pretorio. Por ejemplo, todo el desarrollo de la acción reivindicatoria, que es la acción que protege el derecho de propiedad, se realiza a través de acciones útiles. De este modo, se protege análogamente al usuario o usufructuario de una cosa.
- *Acciones in factum o acciones por el hecho*: estas acciones son las que crea el pretor para sancionar hechos que son completamente nuevos. Estas acciones in factum son innumerables en el edicto. Por ejemplo, toda extensión del delito de daños patrimoniales se realiza a través de acciones in factum.

En principio, la ley Aquilia de daños exigía, para demandar a una persona, que existiera una relación física y directa entre la conducta del sujeto y el objeto dañado.

A través de las acciones in factum, el pretor tutela todos aquellos supuestos en los que hay una responsabilidad por daños, a pesar de que no exista la relación directa entre la persona que comete el daño y el objeto dañado.

- *Acciones con transposición de sujetos*: mediante estas acciones se consigue que los efectos de un litigio recaigan sobre personas distintas a las que aparecen como titulares de la relación jurídica sometida a juicio. Por eso, en el encabezamiento de la fórmula aparece el nombre del titular de la relación y en la condemnatio el nombre de la persona sobre la que va recaer los efectos de la sentencia.

DERECHOS REALES

Lección 36 y 37. Concepto de cosa jurídica y clasificación de las cosas

La acepción del término cosa, en sentido jurídico, no coincide con la acepción que tiene en el lenguaje usual. El Derecho toma en cuenta las cosas en cuanto que reportan una utilidad o un beneficio económico. Por eso, la cosa jurídica es todo aquello que es susceptible de una gestión o de una evaluación económica.

Clasificación de las cosas:

- *Res in commercio*: son aquellas que son susceptibles de pertenencia personal.
- *Res extra commercium*: son aquellas que no son objeto del tráfico negocial y no cabe, por tanto, la propiedad privada sobre ellas. Dentro de éstas, están las que por su finalidad son de uso común, o están destinadas a un uso público, o están destinadas al culto, etc.

23-04-02

- *Res Mancipi*: son las cosas económicamente más importantes, y para la adquisición y transmisión de las mismas, el Derecho Romano exige la celebración de determinados negocios formales que son:
 - ◆ Mancipatio
 - ◆ In iure cessio

Las res Mancipi son, como sabemos, los fundos, animales de tiro y carga, los esclavos y las servidumbres rústicas antiguas. El resto de cosas son res nec Mancipi, y para la adquisición de la propiedad de éstas no se exige ningún acto formal.

- *Cosas muebles y cosas inmuebles*: las cosas muebles son todas aquellas que se pueden trasladar de un sitio a otro, sin menos cabo de su esencia; por ejemplo un vestido, un carro o un esclavo. Las cosas inmuebles son el suelo y lo incorporado al mismo de manera permanente; por ejemplo un edificio, un fundo o las plantas.
- *Cosas consumibles y no consumibles*: las cosas consumibles son las que al utilizarlas el hombre las consume; por ejemplo el trigo, el arroz, el aceite, el dinero, etc. Y las no consumibles son aquellas que si bien al ser utilizadas se produce un desgaste inevitable, el hombre no las consume inmediatamente con su utilización; por ejemplo no es consumible un carro o una casa, pero por ejemplo habría problemas para considerar si un vestido es consumible o no.
- *Cosas fungibles y no fungibles*: las cosas fungibles son aquellas que se pueden sustituir por otras de la misma categoría, es decir, de la misma especie y calidad y que se cuantifican por su peso, número o medida (aceite, vino, arroz, etc.). Las no fungibles son aquellas que son apreciadas por sus características individuales (un fundo, una casa, etc.).

No obstante, hay que tener en cuenta que el criterio que se sigue para distinguir las cosas fungibles y no fungibles es puramente objetivo; ahora bien, cabe la posibilidad de que las partes establezcan, en una determinada relación jurídica, que una cosa fungible sea tenida en cuenta individualmente, hablamos entonces de cosas específicas, o también cabe la posibilidad de que las partes tomen en cuenta una cosa no fungible junto con otras haciéndolas objeto genérico de una determinada relación, hablamos entonces de cosas genéricas.

Un ejemplo de cosa específica es el libro que hace el número mil en una determinada edición. Y un ejemplo de cosa genérica sería: te compro cualquiera de los cuadros de Goya que estén en tu poder.

24-04-02

Al margen de lo anterior, el que es propietario de una cosa puede desarrollar sobre la misma una serie de actividades que son:

- *Actos de uso*: son aquellos que permiten utilizar una cosa sin alterar su integridad, por tanto, los actos de uso sólo caben sobre las cosas no consumibles.
- *Actos de disposición*: son los que alteran o cambian la integridad de una cosa, la disposición puede ser física o jurídica. La física es total cuando la cosa se destruye (alimentos), y es parcial cuando se cambia la función que tiene atribuida una cosa. La jurídica es total cuando se dispone de la pertenencia de una cosa sin alterar la esencia de la misma, en estos casos hablamos también de consumición. La jurídica es parcial

cuando se grava la propiedad con cualquier otro derecho real, en estos casos hablamos de alteración jurídica; por ejemplo, cuando constituimos una servidumbre o un usufructo.

- *Actos de disfrute*: son aquellos que permiten adquirir los frutos que produce una cosa sin alterar su integridad. Los frutos pueden ser naturales o civiles. Son naturales los que producen naturalmente una cosa sin la intervención de la mano del hombre (cría de un animal, la lana, etc.). Son frutos civiles las rentas que se obtienen por la cesión del aprovechamiento de una cosa; por ejemplo, el alquiler de una cosa.

Lección 38 y 39. La posesión

Concepto de posesión

La posesión es una situación de hecho, o una situación de ventaja jurídica, que tiene una persona sobre una cosa. Esa situación, en cuanto que no constituye un derecho, no está tutelada a través de acciones y es defendida por el pretor mediante interdictos. La palabra posesión o *possessis* deriva del verbo *sentarse*, y en origen significa asentamiento. La posesión tiene su origen en las concesiones de fundos del *ogia publicus* que se daban a los particulares. El *ogia publicus* era el suelo conquistado al enemigo, y sobre él no cabía la propiedad privada. El aprovechamiento de estos fundos era concedido a los particulares que se denominaban *vectigalistas*, que se comprometían a pagar un canon o *vectigal* por esa cesión. Esta situación en la que se encontraban los *vectigalistas* se extendió después a otras situaciones similares, protegidas también por el pretor a través de interdictos posesorios. En el momento de máximo desarrollo de esta extensión, los juristas distinguen entre posesión civil y posesión pretoria.

25-04-02

2

DERECHO ROMANO

1